

Sygn. akt: KIO 2833/12

## WYROK

z dnia 15 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Warszawie (02-683), ul. Gotarda 9** oraz **MCX Systems Sp. z o.o. w Warszawie (02-683), ul. Gotarda 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Rzeszowie (35-036), ul. Dąbrowskiego 30**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NextriaOne Polska Sp. z o.o. w Warszawie (00-805), ul. Chmielna 85/87** oraz **Zeto-Rzeszów Sp. z o.o. w Rzeszowie (35-326), ul. Rejtana 56** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Warszawie (02-683), ul. Gotarda 9** oraz **MCX Systems Sp. z o.o. w Warszawie (02-683), ul. Gotarda 9** 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 udzielenie zamówienia: **MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Warszawie (02-683), ul. Gotarda 9 oraz MCX Systems Sp. z o.o. w Warszawie (02-683), ul. Gotarda 9** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Warszawie (02-683), ul. Gotarda 9 oraz MCX Systems Sp. z o.o. w Warszawie (02-683), ul. Gotarda 9** na rzecz zamawiającego: **Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie (35-036), ul. Dąbrowskiego 30** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - 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 prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Budowa systemu dystrybucji informacji głosowej, tekstowej, wizualnej oraz alarmowania w jednostkach Policji woj. podkarpackiego wraz z elementami wyposażenia centrów zarządzania siecią regionalną” zostało wszczęte przez Komendę Wojewódzką Policji w Rzeszowie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 27-043959) w dniu 9 lutego 2011 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do części pierwszej tego zamówienia, wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MCX Telecom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Warszawie oraz MCX Systems Sp. z o.o. w Warszawie, zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego, a także wobec zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NextriaOne Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz Zeto-Rzeszów Sp. z o.o. w Rzeszowie (zwanych dalej łącznie konsorcjum NextriaOne lub Przystępującym) oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tych wykonawców.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu w zakresie części 1 zamówienia:

- *„naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ustawy poprzez wybór oferty konsorcjum NextiraOne jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu względnie jego oferta winna być odrzucona*
- *naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i w związku z i art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia*

[dalej: SIWZ] podczas, gdy oferta ta jest zgodna z treścią SIWZ i brak uzasadnienia faktycznego decyzji co uniemożliwia jej weryfikację,

- z ostrożności - naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów tj. ponownego przeprowadzenia testów na potwierdzenie, że oferowany system odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ,
- naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum NextiraOne, pomimo że konsorcjum NextiraOne złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- z ostrożności 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 wykluczenia konsorcjum NextiraOne, pomimo że konsorcjum NextiraOne nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- z ostrożności naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum NextiraOne do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania,
- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty konsorcjum NextiraOne, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- z ostrożności naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum NextiraOne do uzupełnienia do uzupełnienia dokumentów tj. ponownego przeprowadzenia testów na potwierdzenie, że oferowany system odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ.”

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił w zakresie części 1 czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, a następnie wykluczył z udziału w postępowaniu konsorcjum NextiraOne, ewentualnie odrzucił złożoną przez to konsorcjum ofertę oraz uznał ofertę złożoną przez Odwołującego za najkorzystniejszą. Ponadto z ostrożności, tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że zachodzi konieczność przeprowadzenia ponownych testów, Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania do ponownego zaprezentowania oferowanego przez Odwołującego systemu celem ustalenia czy odpowiada on treści SIWZ, zaś tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że nie zachodzi przesłanka wykluczenia konsorcjum NextiraOne, wnosił on o zobowiązanie

Zamawiającego do wezwania tego konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wezwania do ponownego zaprezentowania oferowanego przez konsorcjum NextiraOne systemu celem ustalenia czy odpowiada on treści SIWZ.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpiło w dniu 24 grudnia 2012 r., konsorcjum NextiraOne zgłaszające swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności z powodów jakie wskazywali Zamawiający z Przystępującym.

W ocenie składu orzekającego zarzuty odnoszące się ze swej istotny do przeprowadzanych przez Zamawiającego testów oraz ich wyników oddzielić należało i oceniać jako odrębne od zarzutów odnoszących się stricte do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poprzedzającej ją bezpośrednio czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czy też zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego. Pierwszą grupę zarzutów uznać należało, zdaniem Izby, za wniesione po terminie, a co za tym idzie, za niepodlegające rozpoznaniu przez Izbę. Jak wskazano we wcześniej zapadłym w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego orzeczeniu Izby (KIO 2260/12): „W załączniku nr 9 do siwz dla zadania nr 1 zamawiający podał, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty przeprowadzi testy funkcjonalności. Testy będą miały na celu potwierdzenie spełniania przez oferowane urządzenia funkcjonalności wymaganych przez zamawiającego oraz, że oferent jest w stanie przeprowadzić wymagane prace konfiguracyjne.” W innym z orzeczeń Izby (KIO 2361/11, KIO 2362/11, KIO 2364/11), również do tego postępowania się odnoszącym, Izba uznała, iż testy te należałoby „uznać za etap merytorycznego badania oferty pod kątem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”. Zamawiający, już na etapie SIWZ, poinformował wykonawców o zamiarze przeprowadzenia przywoływanych tu testów, w szczególności poprzez treść załącznika nr 9 do SIWZ: „Zasady przeprowadzania testów funkcjonalność”. Testy te były prowadzone w sposób jawny, każdy z wykonawców mógł uczestniczyć w charakterze obserwatora w testach systemów oferowanych przez pozostałych wykonawców. Co istotne,

wykonawcy zostali również poinformowani, iż Zamawiający uzna, że oferowane mu rozwiązanie spełnia sformułowane przez niego wymagania pod warunkiem uzyskania przez wykonawcę pozytywnej oceny z każdego punktu objętego testem, zaś konsekwencją nieuzyskania takiej oceny będzie odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę. Przebieg testów był dokumentowany za pomocą protokołu podpisanego przez przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, ponadto Wykonawcy mieli prawo wnieść do tegoż protokołu pisemne uwagi. Zamawiający pismem z dnia 9 listopada 2012 r. wezwał Odwołującego do wniesienia takich uwag. W piśmie tym zawarł również informację, iż po ich wniesieniu, protokół zostanie zakończony. Odwołujący takie uwagi wniósł – odniósł się w nich do treści protokołu i zawartych w nim ustaleń. Co równie ważne, Zamawiający odrębnym pismem z dnia 21 listopada 2012 r., doręczonym w dniu 22 listopada 2012 r., poinformował Odwołującego o zakończeniu procedury testów, a także przesłał kopie protokołów z testów systemów oferowanych tak przez Odwołującego, jak i Przystępującego. W tak ustalonym stanie faktycznym, nie sposób uznać, iż Odwołujący nie dysponował wiedzą o dokonanej przez Zamawiającego czynności testów i poczynionych przez Zamawiającego w ich toku ustaleń, a co istotniejsze o konsekwencjach negatywnej oceny oferowanego przez niego systemu. W świetle postanowień SIWZ, w szczególności załącznika nr 9 do niej, oczywistym było, iż kolejną czynnością Zamawiającego podjętą wobec oferty Odwołującego, będzie jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Pomimo tej wiedzy, Odwołujący nie wniósł odwołania wobec zakończonej czynności Zamawiającego, która, o ile była dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, mogła go narazić na szkodę pozbawiając możliwości uzyskania zamówienia. W ocenie Izby, nie ma bowiem wątpliwości, iż powołane testy i dokonaną przez Zamawiającego w ich toku ocenę oferowanych mu systemów, uznać należy za odrębną czynność Zamawiającego, wobec której, w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, przysługiwało wykonawcom odwołanie. Czynność ta została przez Zamawiającego w sposób wyraźny opisana – w ostry i precyzyjny sposób określono jej ramy oraz warunki jej przeprowadzenia (na marginesie zauważyć należy, iż warunki te były przedmiotem odrębnego rozpoznania przez Izbę w sprawie KIO 2260/12 i ocenione zostały, jako nienaruszające przepisów ustawy Pzp), jak również konsekwencje jakie mieli ponosić wykonawcy po ustaleniu wyników testów. Przebieg testów został utrwalony w pisemnym protokole. Odwołujący był pisemnie wzywany do wniesienia uwag do treści tego dokumentu, otrzymał również informację o zakończeniu procedury testowej, a wraz nią kopie protokołów. Wszystkie te okoliczności pozwoliły uznać, iż Odwołujący w dniu 22 listopada 2012 r. powziął wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania wobec dokonanych przez Zamawiającego ustaleń w zakresie spełniania przez oferowany przez Odwołującego system testowanych funkcjonalności. W odpowiednim terminie Odwołujący nie skorzystał z przysługujących mu

środków ochrony prawnej – nie zakwestionował zatem w sposób skuteczny czynności przeprowadzenia testów i ich wyników. Mając to na uwadze Izba uznała, iż podnoszenie przez Odwołującego na obecnym etapie zarzutów odnoszących się do procedury przeprowadzania testów, samego sposobu ich przeprowadzenia i powziętych w ich wyniku ustaleń co do spełniania przez oferowane Zamawiającemu systemy stawianych im wymagań, uznać należało za spóźnione, a zatem niepodlegające rozpoznaniu przez Izbę. Kierując się tym przekonaniem, za wniesione po terminie Izba uznała zarzuty nieprawidłowej oceny w toku testów systemów oferowanych tak przez Odwołującego, jak i Przystępującego. Innymi słowy za niepodlegające rozpoznaniu Izby, na tym etapie postępowania i w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów, uznane zostały zarzuty wobec ustaleń poczynionych w toku testów przez Zamawiającego. Odmienne, jako wniesione w terminie, Izba oceniła choćby zarzuty odnoszące się do czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Mimo bowiem faktu, iż czynność ta była oczywistą, w świetle dokumentacji postępowania, konsekwencją wcześniejszej oceny oferowanych systemów, to jednak była ona działaniem od tejże oceny odrębnym, dokonany po zakończeniu całego procesu badania i oceny ofert, a zatem uwzględniającym wiele innych aspektów, które nie były uwzględniane podczas samych testów, takich jak np. kwestia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też błędu w obliczeniu ceny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Za taką właśnie oceną przemawia fakt, iż zarzuty podnoszone przez Odwołującego nakierunkowane zostały na umożliwienie uzyskania przez tego wykonawcę możliwości realizacji zamówienia. W przypadku uznania za słuszne zarzutów w odwołaniu zawartych, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby przywrócona do postępowania, a tym samym istniałaby możliwość uznania jej za najkorzystniejszą w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone przez Strony i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego, w tym również wraz z odwołaniem. Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z opinii biegłego, uznając iż został on powołany jedynie dla zwłoki, szczególnie w części odnoszącej się do oceny zgodności oferowanego systemu z wymaganiami Zamawiającego. Jak to już zostało wyjaśnione o uznaniu tej zgodności przesądzać miały przeprowadzane przez Zamawiającego testy, a zarzuty wobec nich ponoszone uznane zostały za spóźnione. Stąd też powołanie biegłego i zobowiązanie go do sporządzenia opinii

byłoby w tych okolicznościach bezcelowe i prowadziłyby jedynie do zwłoki w postępowaniu. W uznaniu Izby, również w zakresie odnoszącym się do zakresu dostawy wykonanej na rzecz powiatu dębickiego dowód w kształcie, w jakim wnioskował o jego przeprowadzenie Odwołujący, prowadziłyby jedynie do zwłoki w postępowaniu. Antycypując dalsze wywody, zaznaczenia w tym miejscu wymaga, iż postawiony przez Zamawiającego warunek wykazania się jedną dostawą systemu infokiosków został sformułowany w sposób ogólny i niedookreślony. Dlatego też należy przychylić się do stanowiska Przystępującego, wyrażonego w kolejnych pismach składanych w toku postępowania odwoławczego, a pierwszy raz sformułowanego już na etapie wyjaśnień z dnia 4 grudnia 2012 r. składanych Zamawiającemu. Zauważał on, iż z uwagi na fakt, że Zamawiający nie doprecyzował pojęcia „system infokiosków”, należy przyjąć jego potoczne znaczenie. Nie sposób sobie bowiem wyobrazić, aby poprzez system infokiosków należało rozumieć, jak chciał tego Odwołujący same jedynie infokioski – takie rozumienie treści warunku wyłączna drugi z członów składający się na to pojęcie, tj. słowo system. Tym samym niezbędne było również wykorzystanie infrastruktury i oprogramowania, które z niezależnych od siebie urządzeń utworzyłyby zorganizowaną całość, tj. prawidłowo funkcjonujący system. Zgodzić należało się również z Przystępującym w miejscu, gdy twierdził on, iż wobec niezakreślenia przez Zamawiającego w treści warunku granic tegoż systemu, można było uznać wobec zaistniałych wątpliwości, które nie powinny obciążać w tym przypadku wykonawcy, iż w skład takiego systemu wchodzić mogą różne urządzenia, a także różne oprogramowanie. Nie jest przy tym koniecznym, aby były one niezbędnym składnikiem takiego systemu, bez którego system taki nie będzie działał w ogóle. Wystarczającym będzie, że będą to składniki wykorzystywane przez ten właśnie system, choćby w części, jako dodatkowy element, nawet tylko usprawniający jego działanie. Mając na uwadze tak poczynioną wykładnię opisu warunku zawartego w SIWZ, Izba uznała, iż niecelowym będzie powoływanie biegłego w celu rozstrzygnięcia czy wykazywana praca obejmowała dostawę jedynie infokiosków, czy też ich systemu, a ponadto, które z elementów objętych tą dostawą były wystarczającymi i koniecznymi elementami systemu infokiosków. W treści warunku brak bowiem wymogu uwzględnienia w wycenie wykazywanej dostawy jedynie elementów „wystarczających i koniecznych”, co pozwala ująć w niej elementy choć tylko usprawniające pracę, a nawet poprawiające estetykę dostarczanych urządzeń. Jednym ograniczeniem było objęcie uwzględnianych w wycenie elementów jedną dostawą. Co równie istotne, biegły, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, miałby sporządzić swoją opinię jedynie w oparciu o SIWZ sporządzony przez powiat dębicki oraz stanowiący załącznik do przedstawionej Izbie umowy formularz cenowy sporządzony przez wykonawcę dostawy zrealizowanej na rzecz tegoż powiatu. W ocenie Izby lakoniczna forma powołanych dokumentów nie pozwala w sposób jednoznaczny przesądzić, czy którykolwiek z elementów objętych dostawą,



nie był choćby w niewielkiej części wykorzystywany na potrzeby systemu infokiosków, stąd też wnioskowana opinia z oczywistych względów opierać musiałaby się na przyjęciu określonego założenia, co obarczałoby ją błędem już u podstaw. Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła tak sformułowany wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający, zgodnie z § 4 ust. 4 SIWZ, podzielił przedmiot zamówienia na 5 zadań. Rozpoznawane odwołanie odnosiło się do czynności Zamawiającego podjętych w zakresie części 1 zamówienia.

Pismem z dnia 10 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Jako podstawę prawną tej decyzji przywołał on art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym przywołał on zapisy SIWZ odnoszące się do testów oferowanym mu systemów oraz przypisane im znaczenie dla procesu badania ofert każdego z wykonawców. Odniósł się także do testów oferowanego przez Odwołującego systemu, wskazując w których punktach testu nie wykazał on pożądaných przez Zamawiającego funkcjonalności, co przesądziło o odrzuceniu jego oferty.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie zawarte w piśmie z dnia 10 grudnia 2012 r. było nazbyt ogólne w części opisującej stan faktyczny, co uniemożliwiło mu właściwą argumentację. W jego ocenie wykazał on osiągnięcie przez oferowany Zamawiającemu system wszystkich wymaganych funkcjonalności. Tym samym jego oferta została bezpodstawnie odrzucona.

Zgodnie z podjętymi przez Izbę ustaleniami, w szczególnością oceną znaczenia wyników testów dla wyniku badania całej oferty, Izba uznała, iż tezy o należywym wykazaniu przez Odwołującego wymaganych przez Zamawiającego funkcjonalności, uznać należy w świetle przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 182, za spóźnione. Jak to już zostało wskazane wcześniej, negatywny wynik testów oferowanego systemu pociągał za sobą

odrzucenie badanej oferty. Bezdyskusyjnym w rozpoznawanym przypadku jest twierdzenie, iż powołany test skończył się dla Odwołującego wynikiem negatywnym w przypadku trzech spośród badanych funkcjonalności. Okoliczność ta sprawia, iż nie pozostawia żadnych wątpliwości fakt, iż Zamawiający w sposób uzasadniony odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp ofertę złożoną przez Odwołującego, a co za tym idzie, nie dopuścił się naruszenia powołanego przepisu. Nie naruszył on też, w ocenie Izby, art. 92 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, uzasadnił on bowiem w stopniu wystarczającym podjętą przez siebie decyzję. Na marginesie zauważyć należy, iż opis stanu faktycznego ustalonego jako wynik testów systemu oferowanego przez Odwołującego wykonawca ten poznał już w dniu 22 listopada 2012 r.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podzielił opinię wyrażoną we wcześniejszym wyroku Izby zapadłym w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, tj. w sprawie KIO 2361/11, KIO 2362/11, KIO 2364/11. W orzeczeniu tym Izba uznała, iż testy te należałoby „uznać za etap merytorycznego badania oferty pod kątem zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia”. Dlatego też w ocenie Izby, niewłaściwym wobec tej procedury byłoby działanie podejmowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak orzekła Izba w powołanym wyroku testy te mogłyby zostać powtórzone jedynie w przypadku, gdy ich negatywny wynik spowodowany byłby okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego, tj. naruszeniem przez niego przepisów ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie takie naruszenie nie zostało stwierdzone – jak to bowiem ustalono Odwołujący nie skorzystał w odpowiednim terminie z przysługujących mu środków ochrony prawnej wobec sposobu przeprowadzenia przez Zamawiającego powołanych testów.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił zarzuty zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 1. Twierdził on, iż wykonawca ten zawarł w złożonym wraz z ofertą wykazie wykonanych dostaw informacje nieprawdziwe. Jego zdaniem znacząco zawyżył wartość wykazywanej dostawy systemu infokiosków, co pozwoliło mu przekroczyć próg graniczny wartości dostawy określony w SIWZ.

Jak ustaliła Izba, zgodnie z treścią § 5 ust. 1 pkt 2) lit. b) Wykonawcy zobowiązani byli wykazać się wykonaniem jednej dostawy polegającej na dostarczeniu systemu infokiosków o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł brutto, przy czym Zamawiający zastrzegł, że w przypadku, gdy dostawa byłaby częścią większej inwestycji, wówczas należy wyodrębnić wartość związaną z systemem infokiosków.

Przystępujący, w celu wykazania spełnienia tegoż warunku w załączonym do oferty wykazie zrealizowanych dostaw w pozycji 3 wskazał na dostawę zrealizowaną na rzecz powiatu dębickiego opisaną jako „Dostawa systemu infokiosków”. Zgodnie z zawartym w powołanym wykazie oświadczeniem, wartość wykazywanej dostawy równa była kwocie 258 016,88 zł. Celem potwierdzenia faktu należytego wykonania powołanej dostawy wraz z wykazem złożony został list referencyjny, zgodnie z którym w skład dostawy wchodziła dostawa oprogramowania typu workflow, dostawa infokiosków oraz dostawa sprzętu komputerowego.

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2012 r. wezwał Przystępującego do wyjaśnienia, czy wszystkie elementy objęte dostawą zrealizowaną na rzecz powiatu dębickiego tworzą system infokiosków. W piśmie tym znalazło się wyliczenie sprzętu i oprogramowania, które wyliczone zostało w SIWZ opublikowanym przez powiat dębicki, a także ujęte w stanowiącym załącznik do umowy w sprawie realizacji dostawy na rzecz tegoż powiatu.

Pismem z dnia 4 grudnia 2012 r., jak to już wskazano powyżej, Przystępujący złożył Zamawiającemu żądane wyjaśnienia. Ten uznał je za wystarczające. Ocenę tę podziela skład orzekający. Nawiązując do stanowiska wyrażonego przy uzasadnieniu oddalenia wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, wskazać należy, iż wobec lakonicznej treści SIWZ sporządzonej przez powiat dębicki, najlepszym źródłem informacji były zapewne Starosta Dębicki. Odwołujący nie przedstawił jednak dowodu, który można byłoby ocenić jako rozstrzygający o zasadności twierdzenia, iż zawarte w przedłożonym Zamawiającemu wykazie wykonanych dostaw informacje opisujące dostawę wykonaną na rzecz powiatu dębickiego uznać należy za nieodpowiadające prawdzie. Za dowód taki w szczególności nie można uznać pisma Starosty Dębickiego z dnia 31 października 2012 r. W piśmie tym zawarte zostało jedynie stwierdzenie, iż w pozycji 15 specyfikacji technicznej (a co za tym idzie również formularza cenowego) można znaleźć opis kupionych w ramach tej dostawy infokiosków. Brak jednak w piśmie tym jednoznacznego stwierdzenia, iż Starosta Dębicki, jako strona odpowiedniej umowy, a przede wszystkim autor właściwej specyfikacji, uważa, iż powołane infokioski nie tworzyły odpowiedniego systemu, czy też były jego jedynym elementem. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 1, z uwagi na fakt, iż wykonawca ten zawarł w dokumentach złożonych wraz z ofertą nieprawdziwe informacje, które miałyby wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając dokonane ustalenia co do zasadności zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Izba uznała iż nie zostało również wykazane, aby poprzez dokonaną przez Zamawiającego ocenę spełniania przez Przystępującego

warunków udziału w postępowaniu naruszone zostały również przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak to już bowiem wyłuszczone powyżej, nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby choćby jeden z elementów objętych wykazywaną dostawą nie mógł być choćby dodatkowym składnikiem systemu infokiosków, stąd też Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków opisanych w SIWZ, a co za tym idzie, aby zaistniała konieczność wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, czy też wzywania go do uzupełnienia dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do Przystępującego, Odwołujący niezależnie od powyższego, podnosił również zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Jako podstawę faktyczną tegoż zarzuty przywoływał sposób prowadzenia przez Zamawiającego testów systemu oferowanego przez Przystępującego. Jak to już zostało omówione, Izba uznała zarzuty podnoszone wobec procedury powołanych testów za spóźnione. Analiza dokumentacji postępowania nie pozostawia wątpliwości, iż testy prowadzone przez Zamawiającego skończyły się dla Przystępującego wynikiem pozytywnym. Dlatego też wobec braku innych zarzutów, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, a co za tym idzie, nie zostało wykazane, aby naruszony został przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Brak było również podstaw do uznania, iż w omawianym tu kontekście naruszony został przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....