

Sygn. akt: KIO/UZP 1254/09

KIO/UZP 1369/08

WYROK

z dnia 24 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Renata Tubisz
Dagmara Gałczewska-Romek**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **16 września 2009r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B (sygn. akt. KIO/UZP 1254/09)

B. Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B (sygn. akt KIO/UZP 1369/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Główna Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** protestów:

A. Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B z dnia 6 sierpnia 2009r.

B. Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B z dnia 24 sierpnia 2009r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: S&T Services Polska Sp. z o.o., Malkolm D. Malińska i Wspólnicy Sp. J., 01-171 Warszawa, ul. Młynarska 48** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1254/09 i KIO/UZP 1369/09 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża **Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B**
 - B** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B** na rzecz **Komenda Główna Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B** kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B** na rzecz **Komenda Główna Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 25 538 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B**
 - B** kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B**

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Główna Policji - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "Dostawę i instalację 65 kompletnych stanowisk pełnofunkcyjnych do rejestracji elektronicznej danych identyfikacyjnych osoby".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało w dniu 8 stycznia 2009 r. opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nr 2009/5 4 -004758.

W dniu 18.05.2009 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: S&T Services Polska Sp. z o. o. (Lider Konsorcjum,) z siedzibą w Warszawie i Malkom D. Malińska i Wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum S & T Services).

Wobec dokonanego wyboru GILDIA Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie wniosła protest w dniu 28 maja 2009 r. zarzucając, że oferta złożona przez Konsorcjum S & T Services podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm., dalej: Pzp), ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zmianę treści oferty złożonej przez Konsorcjum S & T Services.

Zamawiający pismem z dnia 5.06.2009 r. postanowił protest uwzględnić częściowo, wobec czego

Konsorcjum S & T Services, będąc uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wniosło w dniu 15.06.2009r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wyrokiem z dnia 7 lipca 2009 r. Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert (sygn. akt KIO/UZP/787/09).

Po wydaniu wyroku przez Izbę Gildia Sp. z o.o. wniosła odwołania poprzedzone protestami, skierowane przez Prezesa Izby zarządzeniem z dnia 16 września do łącznego rozpoznania.

I. sygn. akt KIO/UZP/1254/09:

Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp przez:

- 1) bezprawne dokonanie czynności wezwania do ponownego przeprowadzenia testów;
- 2) nieprawidłowe wykonanie wyroku Izby z dnia 7 lipca 2009 r.;
- 3) zaniechanie ponownego dokonania, zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 7 lipca 2009 r., badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu wskazał, że powoływanym wyrokiem zamawiający został zobowiązany do dokonania ponownego badania i oceny ofert. Powołując się na treść uzasadnienia wyroku podniósł, że Izba potwierdziła braki zgodności plików 02-ŁONIEWSKA.nst oraz 03-ŚREDNICKI.nst z wymaganiami standardu ANSI/NIST i wskazała, że winno to skutkować ewentualną zmianą oceny punktowej oferty Konsorcjum S & T, w kryterium oceny technicznej. Odwołujący się wywiódł, że zamawiający chcąc prawidłowo wykonać wyrok Izby z dnia 7 lipca 2009 r. powinien poddać zgromadzony materiał (oferty wraz z ew. wyjaśnieniami oraz ew. dokumentami złożonymi w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, a także dokumentacji z testów -wynikami testów potwierdzonymi protokołami) ponownemu badaniu i ocenie i przyznać Konsorcjum S&T 0 punktów. Zarzucił, że wezwanie do ponownego przeprowadzenia testów jest działaniem sprzecznym z wyrokiem Izby, bezprawnym i naruszającym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz mogącym przynieść skutek w postaci dotknięcia postępowania wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślił, że odwołujący się wykazał w trakcie testów, iż jego oferta spełnia wymagania zamawiającego. Oferty pozostałych wykonawców z powodu błędów oferowanego sprzętu zostały odrzucone, bądź powinny otrzymać odpowiednią (zgodnie ze siwz i wyrokiem KIO) liczbę punktów, zatem działanie zamawiającego stanowi zagrożenie interesu odwołującego się, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku prawidłowego wykonania wyroku oferta odwołującego się wybrana zostałaby jako najkorzystniejsza.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w dniu 5 sierpnia 2009 r. (pismem z 5 sierpnia 2009 r.), odwołanie, za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego w dniu 24 sierpnia 2009 r. (pismo z tej samej daty). Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu 24 sierpnia 2009 r. (*via fax*) z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

W dniu 17 sierpnia 2009 r. zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że wyrokiem Izby z dnia 7 lipca 2009 r. zobligowany został nie tylko do powtórnej oceny ofert, ale także do powtórzenia czynności ich badania, zaś zgodnie z siwz, w tym postępowaniu istotnym elementem badania ofert są testy funkcjonalne oferowanego sprzętu. Ponadto wywiódł, że wykonanie wyroku Izby jest niemożliwe bez ponownego przeprowadzenia testów, ponieważ tylko wówczas istnieje możliwość zmiany oceny punktowej w przypadku stwierdzenia niezgodności z standardem ANSI/NIST.

Konsorcjum S & T Services przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp albo jego oddalenie, wskazując w szczególności na art. 191 ust. 1 a Pzp.

II. sygn. akt KIO/UZP/1369/09:

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, 183 ust. 5 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odroczenia przeprowadzenia testów, o których mowa w siwz, pomimo braku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 6 sierpnia 2009 r. Podniósł, że wezwanie do ponownego przeprowadzenia testów jest działaniem w sprzeczności z powołanym wyrokiem Izby, bezprawnym i naruszającym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący się wskazał, że wniesiony przez niego protest z dnia 6 sierpnia 2009 r. (dotyczący prawidłowości wykonania wyroku Izby w kontekście ponowienia testów, nie został ostatecznie rozstrzygnięty (zostało wniesione odwołanie sygn. akt KIO/UZP/1254/09), a więc wszelkie czynności zamawiającego dotyczące testów, o których mowa w siwz, są przedwczesne. Do czasu rozpoznania odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, zamawiający nie powinien podejmować jakichkolwiek czynności, które zostały zaskarżone w proteście z dnia 6 sierpnia 2009 r. oraz odwołaniu. Odwołujący się ocenił, że takie działania zamawiającego mogą doprowadzić do tego, iż przedmiotowe postępowanie dotknięte zostanie wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umożliwienie innym wykonawcom poprawienie swoich ofert, podczas gdy odwołujący się swojej oferty poprawić już nie może (uzyskał prawie maksymalną ilość punktów) narusza zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazując, że przypadku odroczenia wezwania do przeprowadzenia testów, a następnie ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 6 sierpnia 2009 r. na korzyść odwołującego się, złożona przez niego oferta wybrana zostałaby jako najkorzystniejsza, odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i

odroczenie czynności wezwania do ponownego przeprowadzenia testów do dnia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 6 sierpnia 2009 r. w rozumieniu art. 182 ust. 2 Pzp.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w dniu 24 sierpnia 2009 r. (pismem z tego dnia), odwołanie, za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego w dniu 11 września 2009 r. (pismo z tej samej daty). Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu 11 września 2009 r. (*via fax*), z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

W dniu 3 września 2009 r. zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał na prawidłowość swojego działania, zgodnego z wyrokiem Izby z dnia 7 lipca 2009 r.

Konsorcjum S & T Services przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp albo jego oddalenie, wskazując w szczególności na art. 191 ust. 1 a Pzp.

Na posiedzeniu, Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu. Izba uznała, że nie występuje przesłanka art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, gdyż prawidłowość wykonania wyroku Izby jest, w okolicznościach sporu, kwestią merytoryczną podlegającą badaniu na rozprawie.

Wobec powyższego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik (przystępujący Konsorcjum S & T Services) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I. sygn. akt KIO/UZP/1254/09:

Zgodnie z rozdziałem XVI siwz kryteria oceny ofert stanowią:

1. cena - 50%;
2. okres gwarancji - 10%;
3. ocena techniczna - 40 %.

Odwołujący się złożył ofertę oferującą wykonanie zamówienia za cenę 11.934.650 zł oraz 72 – miesięczny okres gwarancyjny, natomiast Konsorcjum S & T zaoferowało cenę 6.272.947 zł oraz 49-miesięczny (minimum 36-miesięczny) okres gwarancyjny.

Odwołujący się twierdzi, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu przeliczenia punktów w kryterium ocena techniczna, zgodnie z żądaniem odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, mimo że nie wszystkie czynności zamawiającego Izba uznaje za prawidłowe.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że w orzeczeniu z dnia 7 lipca 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP/787/09) Izba uznała, że błędne rozstrzygnięcie protestu stanowiące zapowiedź odrzucenia oferty Konsorcjum S & T mogłoby mieć istotny wpływ na wynik postępowania i na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1a Pzp uwzględniła odwołanie oraz na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert (str. 11 wyroku).

Sentencja powoływanego wyroku odpowiada dokonany w toku postępowania odwoławczego, poprzedzającego jego wydanie, ustaleniom, że oferta Konsorcjum S & T nie podlega odrzuceniu. Izba nie dopatrzyła się konieczności nakazywania już w sentencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z sentencją oraz treścią uzasadnienia czynności unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum S & T zamawiający winien dokonać w sytuacji ustalenia, że przeliczenie punktów w zakresie oceny technicznej spowoduje, że oferta Konsorcjum S & T nie będzie najkorzystniejsza. Izba uznała bowiem, że niezgodności plików 02-ŁONIEWSKA.nst oraz 03-ŚREDNICKI.nst ze Standardem ANSI/NIST mogą mieć ewentualny wpływ na ocenę punktową oferty Konsorcjum S & T (str. 11 wyroku). Podkreślić też należy w tym miejscu, że przez użycie przymiotnika „ewentualny” (str. 11 wyroku) Izba nie przesądziła o konieczności przeliczenia punktów w kryterium oceny technicznej. Izba uznała, że oceny, czy wykazane niezgodności ze Standardem ANSI/NIST powodują konieczność zmiany ilości punktów, w kryterium oceny technicznej, powinien dokonać zamawiający, mając również na względzie fakt, że ani „w rozstrzygnięciu protestu oraz na rozprawie zamawiający nie oświadczył jakich czynności zamierza dokonać po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu” (str. 11 wyroku).

Zamawiający dokonał wprawdzie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (pismem z dnia 30 lipca 2009r.) jednak prawidłowo odczytał wyrok Izby z dnia 7 lipca 2009 r. w kontekście dopuszczalności przeprowadzenia testów.

Wbrew twierdzeniom odwołującego się w wyroku z dnia 7 lipca 2009 r. Izba nie nakazała zamawiającemu wyłącznie ponownego (dokonanego „na papierze”) przeliczenia punktacji jedynie oferty Konsorcjum S & T . Istotne jest ponadto, że Izba nie wskazała *expressis verbis* sposobu przeprowadzenia przez zamawiającego czynności oceny ofert w kryterium oceny technicznej.

Izba za znajdujące uzasadnienie w treści siwz uznaje twierdzenia zamawiającego że ponowienie oceny punktowej, nie jest możliwe bez ponownego przeprowadzenia testów oraz, że niezgodności plików 02-ŁONIEWSKA.nst oraz 03-ŚREDNICKI.nst ze Standardem ANSI/NIST nie skutkują koniecznością zmiany oceny punktowej w kryterium oceny technicznej.

W pkt 3 rozdziału XVI zamawiający wskazał, że punkty w kryterium oceny technicznej stanowią punkty za wynik testów: testu daktyloskopijnego i za wyniki testu fotograficznego, których sposób przyznawania zamawiający szczegółowo opisał. Zamawiający ustalił również w siwz, że czasie testów nie będzie wymagane od wykonawców spełnienie wszystkich wymagań określonych dla sprzętu i oprogramowania w specyfikacji. Konieczne będzie jedynie przygotowanie do wydruku karty daktyloskopijnej według wzoru karty daktyloskopijnej do rejestracji oraz karty albumowej według załączonego wzoru. Celem testów będzie sprawdzenie jakości technicznej rejestrowanych i przesyłanych obrazów odbitek palców i dłoni, sprawdzenie jakości technicznej karty albumowej oraz rejestrowanych i przesyłanych zdjęć sygnalitycznych. Zamawiający postanowił również, że test daktyloskopijny obejmować będzie następujące elementy:

- daktyloskopowanie 30 osób,
- przesłanie pakietu z obrazami odbitek, w ramach przygotowanego stanowiska, przewidzianymi w specyfikacji mechanizmami, z miejsca daktyloskopowania do stanowiska odbioru, w którym pakiety będą drukowane w formie karty daktyloskopijnej na standardowym papierze dla drukarek laserowych (PC z zainstalowaną przeglądarką plików AN81/NI8T oraz drukarkę laserową wraz z programem jej obsługi na czas testów dostarczy Wykonawca),
- wydrukowane karty daktyloskopijne będą wprowadzane do zbiorów AFIS w standardowej procedurze skanowania wydrukowanej karty na stanowisku roboczym AFIS w CLK KGP,
- co najmniej 90% kart daktyloskopijnych przesłanych w ramach stanowiska testowego, odebranych na stanowisku odbiorczym i wydrukowanych musi spełnić kryteria jakościowe AFIS Meta Morpho (...). Nie spełnienie ww. warunku spowoduje

odrzućcie oferty na podstawie art, 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią siwz. Natomiast test fotograficzny obejmować będzie następujące elementy:

- fotografowanie 30 osób oraz wprowadzanie dodatkowych zdjęć wykonanych zewnętrznym cyfrowym aparatem fotograficznym;
- wydrukowanie w formie karty albumowej na standardowym papierze dla drukarek laserowych;
- przesłanie pakietu z obrazami zdjęć w ramach przygotowanego stanowiska, przewidzianymi w specyfikacji mechanizmami, z miejsca fotografowania do stanowiska odbioru, w którym pakiety będą rozpakowywane. Zamawiający będzie dokonywał oceny jakości plików zdjęć (wygenerowanych na stanowisku odbiorczym) na podglądzie monitora skalibrowanego sprzętowo na sprzęcie Zamawiającego. Zamawiający przy ocenie zdjęć będzie posługiwał się programami Aperture 2 i Photoshop CS3.

Nietrafnie wywodził zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, że testy stanowią element badania ofert. Zgodnie z postanowieniami siwz testy służyć mają ocenie technicznej, w zakres której wchodzić powinno przeprowadzenie testów, co wyżej wykazano.

Nakazanie przez Izbę dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a nie wyłącznie czynności oceny ofert ma oparcie w treści art. 20 ust. 1 *in fine* Pzp. Stanowi również realizację celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego t.j. wyboru oferty nie podlegającej odrzuceniu oraz zawierającej, zgodnie z art. 91 ust. 2 Pzp najniższą cenę lub, jak w okolicznościach sporu, najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do do przedmiotu zamówienia.

Z powyższych względów oraz z uwagi na fakt, że w wyroku z dnia 7 lipca 2009 r. Izba nie nakazała dokonania czynności badania i oceny wyłącznie oferty Konsorcjum S & T, oraz z uwagi na zasady wymienione w art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności badania i oceny ofert wszystkich wykonawców, którzy w dniu wydania orzeczenia przez Izbę t.j. 7 lipca 2009 r. ubiegali się o udzielenie zamówienia.

Zatem w ocenie Izby wezwanie odwołującego się do ponownego przeprowadzenia testów było uprawnione i nie stanowi niezgodności z orzeczeniem Izby z dnia 7 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP/787/09).

W tym miejscu stwierdzić jednak należy, że ponownej ocenie zamawiającego winien podlegać poprzednio oferowany przez wykonawców przedmiot świadczenia. Wezwanie do

ponownego przeprowadzenia testów nie powinno być rozumiane w ten sposób, że umożliwia wykonawcom, poprawienie ofert.

Nietrafnie jednak podnosi odwołujący się naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp z tego powodu, iż sam swojej oferty poprawić już nie może. Skoro odwołujący się otrzymał, jak twierdzi w odwołaniu, prawie maksymalną, a nie maksymalną liczbę punktów, to możliwe jest dalsze udoskonalanie swego produktu (jednak nie w ramach czynności badania i oceny ofert). W ocenie Izby tak uargumentowany zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp odnosi się, nie wprost do normy prawnej wynikającej z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz raczej do możliwości technicznych odwołującego się oraz Konsorcjum S & T, co pozbawione jest, wobec treści zarzutów, jakiegokolwiek doniosłości prawnej.

Izba uznała, że zamawiający wykonując wyrok Izby z dnia 7 lipca 2009 r. nie naruszył zasady równości i uczciwego traktowania wykonawców. Wezwanie do ponownego przeprowadzenia testów skierował na równych zasadach do odwołującego się (pismo z dnia 24 sierpnia 2009 r.) oraz Konsorcjum S & T.

W konsekwencji zamawiający nie dopuścił się bezprawnego dokonania czynności wezwania do ponownego przeprowadzenia testów oraz prawidłowo wykonał wyrok Izby z dnia 7 lipca 2009 r.

Zamawiający chcąc dokonać ponownego badania i oceny oferty odwołującego się w kryterium oceny technicznej, do czego został zobowiązany wyrokiem Izby z dnia 7 lipca 2009 r., zobowiązany jest poddać ją przewidzianym w siwz testom, zwłaszcza, że dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, znosząc tym samym punktację przyznaną poszczególnym ofertom. Skoro odwołujący się nie stawiał się na testy, zamawiający jest uprawniony do przyznania mu w kryterium oceny technicznej 0 pkt.

Nieprawidłowość w toku badania i oceny ofert, której dopuścił się zamawiający poddając ocenie (testom) produkt Konsorcjum S & T pozbawiony uchybień, które stały się przedmiotem oceny Izby w wyroku z 7 lipca 2009 r., nie ma wpływu na wynik postępowania skoro, jak trafnie wywodził na rozprawie zamawiający, w oparciu o postanowienia siwz, usunięcie uchybień nie umożliwi odwołującemu się uzyskania zamówienia. Nietrafnie domaga się odwołujący się przyznania Konsorcjum S & T 0 pkt, w kryterium oceny technicznej. Żądanie takie nie znajduje oparcia zarówno w treści siwz, jak i orzeczeniu Izby z dnia 7 lipca 2009 r. A skoro tylko taka ocena, przy pozostawieniu niezmienionej punktacji oferty odwołującego się (co jest, jak wywiedziono wyżej, niezasadne zarówno z uwagi na postanowienia siwz, jak i niestawiennictwo na testach), przyniesie skutek w postaci

uzyskania przez niego korzystniejszej sumarycznej oceny, niż oferta Konsorcjum S & T, to nie można uznać, iż posiada on interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Nie została również wypełniona obligatoryjna przesłanka uwzględnienia odwołania wynikająca z art. 191 ust. 1 a Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi, że nastąpiło naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

II. sygn. akt KIO/UZP/1369/09:

Izba uznała, że odwołujący się, tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania, nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Przywołana przesłanka jest spełniona, jeżeli:

- czynność lub zaniechanie przez zamawiającego czynności stanowi naruszenie przepisów ustawy;
- powyższe uniemożliwia uzyskanie zamówienia podmiotowi wnoszącemu środki ochrony prawnej;
- istnieje związek przyczynowy między naruszeniem przepisów a możliwością uzyskania zamówienia (związek adekwatny).

Odwołujący się w proteście z dnia 6 sierpnia 2009 r. podniósł zarzut bezprawnego wezwania do przeprowadzenia testów, a wobec oddalenia protestu, podtrzymał zarzut w odwołaniu wniesionym w dniu 24 sierpnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP/1254/09), rozpatrzonym powyżej. Następnie w dniu 24 sierpnia 2009 r. wniósł protest wobec czynności nie zaniechania przeprowadzenia testów, który znalazł swą kontynuację w niniejszym odwołaniu.

Izba stwierdza, że z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika obowiązek zamawiającego powstrzymania się z dokonaniem czynności, które stały się przedmiotem środków ochrony prawnej już na etapie wezwania do ich dokonania. Przeciwnie, jedyną czynnością, której nie może dokonać zamawiający do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 182 ust. 3 Pzp). Zamawiający jest uprawniony, po ocenieniu ryzyka związanego, w razie wniesienia odwołania, z uznaniem dokonanej czynności za niezgodną z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, do kontynuowania procedury udzielania zamówienia. Ustawowy zakaz obejmuje wyłącznie czynność podpisania umowy.

Brak naruszenia przepisów ustawy stanowi wystarczającą podstawę do odmowy posiadania przez odwołującego się interesu prawnego, nie tylko w prezentowanym wyżej rozumieniu, ale również interesu prawnego w znaczeniu szerokim (*sensu largo*), wyrażającego się w tym aby zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego nie była dotknięta sankcją nieważności.

Interes prawny stanowi przesłankę o charakterze materialnoprawnym, której spełnienie umożliwia merytoryczne rozpoznanie zarzutów odwołania. Z orzecznictwa Izby potwierdzonego wyrokami Sądów Okręgowych wynika, że wobec stwierdzenia braku interesu prawnego, Izba jest uprawniona od odstąpienia do merytorycznej oceny podnoszonych zarzutów. Oceny takiej może jednak dokonać na zasadzie dobrowolności. Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie brak jest również wynikających z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych merytorycznych podstaw do uwzględnienia odwołania.

Po pierwsze: jak Izba wskazała powyżej, przez dokonanie testów, stanowiących element badania i oceny ofert, zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie był zobowiązany do odstąpienia od przeprowadzenia testów. Z faktu, że odwołujący się zdecydował się nie wziąć w nich udziału a wniósł środki ochrony prawnej nie należy wywodzić naruszenia art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Po drugie: skoro odwołujący się wniósł protest a następnie odwołanie wobec czynności wezwania do przeprowadzenia testów, to podnoszenie zarzutu dotyczącego nie zaniechania przeprowadzenia testów, należy ocenić jako zbędne. W razie potwierdzenia zarzutu związanego z wezwaniem do przeprowadzenia testów, czynność przeprowadzenia testów nie wyrze skutków prawnych, w sensie prawnym traktowana będzie tak, jakby nie została dokonana. Nie ma zatem uzasadnienia dodatkowe kwestionowanie przeprowadzenia testów. Izba nie podziela argumentacji zaprezentowanej na rozprawie przez odwołującego się, wskazującej na potrzebę wzmocnienia stanowiska procesowego w sporze dotyczącym wezwania do przeprowadzenia testów (sygn. akt KIO/UZP/1254/09). Ocenie Izby przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania winna podlegać prawidłowość działania lub zaniechania zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Ewentualne uczestnictwo odwołującego się w testach pozostaje bez związku z oceną dopuszczalności przeprowadzenia testów przez zamawiającego.

Po trzeciej: podnoszony zarzut nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania – nie zachodzi zatem niezbędna przesłanka uwzględnienia odwołania wynikająca z art. 191 ust. 1 a Pzp. Dla uznania oferty odwołującego się za najkorzystniejszą nie jest wystarczające odstąpienie przez zamawiającego od ponownego przeprowadzenia testów. Z oświadczeń złożonych na rozprawie wynika bowiem, że w tym celu niezbędne byłoby dodatkowo przyznanie Konsorcjum S & T 0 pkt w kryterium oceny technicznej oraz pozostawienie punktacji odwołującego się w tym kryterium na niezmienionym poziomie. Kwestie te były podniesione w odwołaniu sygn. akt. KIO/UZP/1254/09 – nie są objęte zarzutami niniejszego odwołania i zostały rozstrzygnięte w sposób niekorzystny dla odwołującego się.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła oba odwołania.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp t.j. stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości 3600 zł w każdym z postępowań odwoławczych, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Izba działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*