

Sygn. akt: KIO 815/15

WYROK
z dnia 8 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Prowadzisz
Członkowie:	Anna Packo Beata Pakulska-Banach
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 5 i 8 maja 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PC Factory S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Comtek Systems P. S.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Województwo Kujawsko – Pomorskie w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko – Pomorskiego z siedzibą w Toruniu

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Asseco Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Combidata Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, Sigilogic Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie
- wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
- Komputronik Biznes Sp. z o.o. siedzibą w Poznaniu

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie PC Factory S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Comtek Systems P. S. i 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 PC Factory S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Comtek Systems P. S. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:
.....
.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Województwo Kujawsko – Pomorskie w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko – Pomorskiego z siedzibą w Toruniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Doposażenie w tablice interaktywne publicznych i niepublicznych szkół podstawowych funkcjonujących na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w ramach projektu: „Realizacja systemu innowacyjnej edukacji w województwie kujawsko-pomorskim poprzez zbudowanie systemu dystrybucji treści edukacyjnych”*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm. dalej: „ustawa” lub „ustawa Pzp”).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 4 października 2014 r. pod nr 2014/S 191-336256.

20 kwietnia 2015 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego, polegającą na:

- 1) wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 tj. za rzekome nie wniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą, podczas gdy Odwołujący prawidłowo złożył gwarancję wadium na przedłużony termin związania ofertą,
- 2) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego oraz art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów oraz niezgodną z ustawą Pzp ze względu na nieprawidłowe umocowanie do złożenia oferty oraz naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp przez dwukrotne wezwanie Integrated Solutions Sp. z o.o. do uzupełnienia pełnomocnictw,
- 3) zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz naruszenie zasady jawności postępowania art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3

4) uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, pomimo że oferta ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania w sytuacji gdy złożył on dokument gwarancji wadialnej na przedłużony okres związania ofertą w sposób zabezpieczający interes Zamawiającego zgodnie z ratio legis przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 kodeksu cywilnego oraz art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów oraz niezgodną z ustawą Pzp polegającą na nieprawidłowym umocowaniu pełnomocników do złożenia oferty oraz naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez dwukrotne wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictw, podczas gdy na podstawie w/w przepisu można wezwać do uzupełnienia danego dokumentu tylko jeden raz,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. pomimo, że treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wszystkich wymogów przewidzianych przez Zamawiającego w specyfikacji technicznej oraz nieprawidłowe przyznanie punktów za funkcjonalności opcjonalne co zostanie wykazane w uzasadnieniu,
- 4) naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady jawności postępowania w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 5) naruszenie art. 91 ustawy Pzp przez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Integrated Solutions Sp. z o.o. pomimo tego, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,
- 6) naruszenie innych przepisów wskazanych w treści Odwołania.

Oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania, tym samym Odwołujący miał interes we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, powtórzenie czynności badania

i oceny ofert, odrzucenie oferty Integrated Solutions Sp. z o.o., dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia niniejszego odwołania w dniu 10 kwietnia 2015 r., tj. w dniu przekazania przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz w części zarzutów w dniu 13 kwietnia 2015 r. tj. w dniu w którym doszło do ujawnienia próbki oprogramowania Returnstar IQ Interactive Education Platform V5.2.141216 oferowanego przez Intergrated Solutions Sp. z o.o.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający w dniu 20 marca 2015 r. dokonał wyboru oferty Komputronik Biznes Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Na czynność tę Odwołujący w dniu 30 marca 2015 r. złożył odwołanie do Izby (KIO 642/15). Na skutek odwołania Zamawiający w dniu 2 kwietnia 2015 r. poinformował o częściowym uznaniu odwołania. W zakresie dotyczącym oferty Integrated Solutions sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że przystępuje do ponownego badania oferty w zakresie wyjaśnienia zakresu pełnomocnictw jakimi na dzień składania ofert dysponowali pełnomocnicy tego wykonawcy w osobach A. Z. i W. S. oraz w odniesieniu do niektórych wskazanych funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego, których istnienie kwestionował Odwołujący. W dniu 10 kwietnia 2015 r. Zamawiający ogłosił ponowną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazując że najkorzystniejszą ofertę złożył Integrated Solutions Sp z o.o. i jednocześnie wykluczając z postępowania Odwołującego. Odwołujący wskazuje, że czynność Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2015 r. była nieprawidłowa gdyż, po pierwsze, niesłusznie wykluczono z postępowania Odwołującego, a po drugie, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o., pomimo istnienia do tego podstaw prawnych, co zostanie udowodnione poniżej. Taka czynność Zamawiającego czyni częściowe uznanie odwołania pozornym i w związku z powyższym Odwołujący składa niniejsze odwołanie.

- I. Wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie z wybranym wykonawcą umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Z

takiego celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika obowiązek Zamawiającego żądania wadium (w przypadku postępowań o wartości przekraczającej tzw. próg unijny). Wniesienie przez wykonawcę wadium ma zabezpieczać interes zamawiającego przejawiający się w zapewnieniu zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta jest najkorzystniejsza. Należy bowiem podkreślić, że podstawowym celem wprowadzenia do ustawy Pzp przepisów dotyczących wadium, w tym również przepisów przewidujących uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a Pzp), było zabezpieczenie interesu zamawiającego przejawiającego się w udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza. Innymi słowy, wadium ma zabezpieczać zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców (np. zmowy przetargowe) oraz zapewniać sporządzanie ofert przez wykonawców z należytą starannością. Zdarza się bowiem, że wykonawca celowo nie składa i nie uzupełnia na wezwanie zamawiającego określonych dokumentów. Działania takie przejawiają się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu, i ich nieuzupełnianiu bądź uzupełnianiu tylko przez tego wykonawcę, który - w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów - przedstawił nie najniższą cenę, ale zazwyczaj najwyższą. Przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp takim praktykom przeciwdziała, wprowadzając sankcję o charakterze finansowej uciążliwości polegającą na zatrzymaniu wadium w przypadkach w nim określonych.

Co istotne, pomimo wielu nowelizacji Pzp ratio legis przepisów Pzp dotyczących wadium nie uległo zmianie. Cel jakiego służyć ma wniesienie wadium oraz możliwość zatrzymania przez zamawiającego wadium jest ten sam - a mianowicie, ochrona zamawiającego przed nieuczciwymi praktykami wykonawców. Przeciwdziała on niemożliwości udzielenia zamówienia publicznego temu wykonawcy, który złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę, na skutek zaniechania uzupełnienia przez niego dokumentów na wezwanie zamawiającego (lub na skutek złożenia nieprawidłowego dokumentu). Poza wykluczeniem takiego wykonawcy (np. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ze względu na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) zaniechanie uzupełnienia dokumentów skutkuje bowiem zatrzymaniem wniesionego wadium.

Zamawiający w piśmie z dnia 10 kwietnia 2015 r. uzasadniając wykluczenie Odwołującego wskazał, że z gwarancji powinno wynikać *„bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ustawy Pzp [...] Z treści gwarancji taka możliwość nie istniała, albowiem treść art. 46 nie*

odpowiadała stanowi prawnemu, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie"; Zamawiający wskazał, że Odwołujący w dniu 16 lutego 2015 r. przedłużył termin związania ofertą oraz złożył gwarancję wadialną z tego samego dnia (ważna od dnia 19 lutego 2015 r.), która odwoływała się do brzmienia ustawy po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2015 r., podczas gdy postępowanie zostało wszczęte przed wejściem nowelizacji w życie i zastosowanie znajdowały przepisy w dawnym brzmieniu. W związku z różnicą treści pomiędzy przepisem art. 46 ust. 4a w brzmieniu przed i po nowelizacji Zamawiający doszedł do wniosku, że nowa gwarancja nie w pełni zabezpieczała jego interesy co jego zdaniem spełniło dyspozycje przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp tj. zaniechanie złożenia wadium na przedłużony okres związania ofertą. Interpretacja taka jest niesłuszna w okolicznościach stanu faktycznego co zostanie poniżej wykazane.

Odwołujący nie kwestionuje, iż w treści gwarancji wadialnej na przedłużony okres związania ofertą od 19 lutego 2015 r. do 10 kwietnia 2015 r. przytoczył treść obowiązującego przepisu art. 46 ust. 4a Pzp zamiast przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji. Zdaniem Odwołującego nie stanowi to jednak to podstawy do wyciągnięcia przez Zamawiającego wobec Odwołującego konsekwencji w postaci wykluczenia z postępowania i nie przesądza to o nieprawidłowości wniesionego wadium. Nieuprawnione są w szczególności twierdzenia Zamawiającego, jakoby przytoczenie przez Odwołującego treść obowiązującego przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w jakikolwiek sposób ograniczało uprawnienia Zamawiającego związane z zatrzymaniem wadium w niniejszym postępowaniu.

Należy zauważyć, że zmiana treści art. 46 ust. 4a Pzp dokonana nowelizacją z 29 sierpnia 2014 r. w rzeczywistości nie spowodowała ograniczenia uprawnienia zamawiającego do zatrzymania wadium. Nowelizacja ta potwierdziła jedynie dotychczasowy stan prawny w tym zakresie, wynikający z ratio legis uprawnienia zamawiającego do zatrzymania wadium. Z uwagi na cel wniesienia oraz uprawnienia zatrzymania wadium, jakim jest zabezpieczenie interesu zamawiającego przejawiającego się w udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza, również na gruncie stanu prawnego, obowiązującego przed ww. nowelizacją zamawiający mógł zatrzymać wadium wyłącznie tego wykonawcy, który w sposób nieuczciwy i działając w złej wierze nie złożył lub nie uzupełnił określonych dokumentów. Należy więc podzielić ugruntowany w judykaturze pogląd, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, uzasadniało zastosowanie art. 46 ust. 4a Pzp i zatrzymanie wadium, ponieważ ocenie w kontekście zawinienia wykonawcy muszą podlegać wszystkie okoliczności niewykonania w sposób ścisły wezwania o uzupełnienie m.in. dokumentów i wpływ tego

uchybień na przebieg postępowania przetargowego (wyrok SN z dnia 10 maja 2013 r., I CSK 422/12, niepubl.). Innymi słowy, orzecznictwo sądów dotyczących przepisu art. 46 ust. 4a Pzp z okresu przed ostatnią nowelizacją Pzp interpretowało ten przepis w sposób zbliżony z jego obecnym brzmieniem.

Tym samym, przepis art. 46 ust. 4a Pzp (w brzmieniu przed nowelizacją) nie był korzystniejszy dla zamawiającego niż obecnie. Z jego brzmienia oraz celu wynikała bowiem możliwość zatrzymania wadium tylko wówczas, gdy niezuzupełnienie braków oferty miało wpływ na wynik postępowania, np. spowodowało niemożność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Nowelizacja z 29 sierpnia 2014 r. wyłączała stan ten potwierdziła, poprzez doprecyzowanie art. 46 ust. 4a Pzp. W poprzednim stanie prawnym, praktyki zamawiających polegające na zatrzymywaniu wadium wykonawcom działającym w dobrej wierze zostały w orzecznictwie określone jako nieprawidłowe stosowanie tego przepisu skutkujące bezpodstawnym bogaceniem się instytucji publicznych.

W powyższym kontekście na szczególną uwagę zasługuje wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 29 września 2014 r., I ACa 372/14 (wyrok wydany na gruncie poprzedniego stanu prawnego). Zgodnie z tym wyrokiem „Nie można zgodzić się z oceną, jakoby art. 46 ust. 4a p.z.p. ustanawiał jako regułę prawo zatrzymania wadium, a wyjątkiem do tej reguły były sytuacje, w których niezłożenie żądanych dokumentów lub oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Przeciwnie - regułą wyrażoną wprost w art. 46 ust. 1 p.z.p. jest zwrot wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś art. 46 ust. 4a p.z.p. w całości przewiduje wyjątek uprawniający do zatrzymania wadium. Niewątpliwie odpowiedzialność określona w tym przepisie opiera się na zasadzie winy wykonawcy - obowiązek zatrzymania wadium powstaje więc tylko w przypadku zawinionego działania. W każdym wypadku podlegają badaniu przyczyny nie wykonania wezwania, bowiem obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku, gdy niewykonanie wezwania było następstwem okoliczności, na które wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu”.

Wykładnia art. 46 ust. 4a Pzp wymaga więc uwzględnienia celu jego wprowadzenia do systemu prawnego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2014 r., I ACa 1356/13/wyrok wydany na gruncie poprzedniego stanu prawnego).

Co więcej, w ocenie Odwoływającego obowiązujące brzmienie art. 46 ust. 4a Pzp jest - z punktu widzenia wykonawcy - bardziej restrykcyjne, niż poprzednio, ponieważ rozszerza

katalog sytuacji, w której zamawiający może zatrzymać wadium, gdy nieuzupełnienie braków oferty spowodowało niemożność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej wyraźnie wskazując, że dotyczy to również sytuacji wcześniej wprost nie wskazanych tj. polegających na braku zgody na poprawienie innej omyłki w ofercie czy nie złożeniu oświadczenia dotyczącego przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej. Odwołujący wniósł zatem w ww. zakresie wadium lepiej zabezpieczające interes Zamawiającego niż było to wymagane na podstawie przepisów Pzp, mających zastosowanie do niniejszego postępowania.

Konkludując, zmiana treści przepisu art. 46 ust. 4a nie miała wpływu na skuteczność zabezpieczenia wadium, gdyż w przypadku gdyby oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza (do czego Odwołujący konsekwentnie zmierza) to zaniechanie uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego, o których mowa w art. 46 ust. 4a Pzp, oznaczałoby możliwość zatrzymania wadium Odwołującego zarówno w starym jak i nowym brzmieniu.

Zamawiający nie dostrzegł ponadto szczególnych okoliczności które występują w niniejszej sprawie w odniesieniu do oferty Odwołującego. Wymaga bowiem podkreślenia, że sytuacja opisana w przepisie art. 46 ust. 4a Pzp (w brzmieniu przed nowelizacją jak i po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 19.10.2014 r.) w niniejszej sprawie nie mogła wystąpić. Odwołujący wraz z ofertą złożył wszystkie wymagane dokumenty i oświadczenia, w tym wszystkie wymagane na podstawie art. 25 ust. 1 pełnomocnictwa, listę podmiotów należących do grupy kapitałowej. Nie zaszła też sytuacja, w której Odwołujący miał obowiązek wyrazić zgodę na poprawienie tzw. innej omyłki z art. 87 ust. 2 pkt. 2 Pzp. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego w dniu 2 lutego 2015 r. uzupełnił wypełniony załącznik nr 3 do siwz (wykaz podwykonawców) oraz podał strony www producenta do uzyskania aktualnych sterowników. W tym samym dniu 2 lutego 2015 Odwołujący wyraźnie zaakceptował też poprawę przez Zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny oferty (choć przepisy Pzp nie wymagają tu odrębnej zgody).

Wymaga podkreślenia, że Odwołujący do oferty, dołączył Gwarancję Ubezpieczeniową z dnia 16 grudnia 2014 r., która stwierdzała, że **gwarant bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązuje się do wypłaty wadium na żądanie Zamawiającego, w przypadku zajścia „co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”**. Gwarancja ta była ważna do dnia **18 lutego 2015 r.** Wykonawca złożył więc wszystkie wymagane dokumenty, o których mowa w przepisie art. 46 ust. 4a Pzp. wraz z ofertą tj. w okresie ważności pierwotnej gwarancji

ubezpieczeniowej, która w żaden sposób nie była przez Zamawiającego kwestionowana. Należy zatem stwierdzić, że w postępowaniu nie miała szans ziścić się żadna z przesłanek z art. 46 ust. 4a Pzp - niezależnie od jego brzmienia sprzed lub po nowelizacji.

W dniu 16 lutego 2015r. Odwołujący przedłużył termin związania ofertą oraz ważność wadium do dnia 10 kwietnia 2015 r. poprzez przedłożenie nowej gwarancji przetargowej z dnia 16 lutego 2015 r. W treści gwarancji wystawca przytoczył treść przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 19 października 2015 r. lecz w tym momencie zapisy te nie miały żadnego praktycznego zastosowania gdyż wykonawca złożył kompletną ofertę wraz ze wszystkimi wymaganymi dokumentami i oświadczeniami. W pozostałych sytuacjach, które chroni wadium, tj. tych o których mówi przepis art. 46 ust. 5 Pzp. oba dokumenty gwarancji (z dnia 16 grudnia 2014r. oraz z dnia 16 lutego 2015 r.), mają de facto tożsamą treść. Gwarancja z 16 grudnia 2014 r. odwoływała się ogólnie do przypadków wskazanych w przepisie art. 46 Pzp a gwarancja z 16 lutego 2015 r. przytoczyła brzmienie art. 46 ust. 5 Pzp. Przepis ten nie był ostatnio nowelizowany i przewiduje następujące sytuacje kiedy Zamawiający zatrzymuje wadium wykonawcy: *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy*".

W dniu 10 kwietnia 2015 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu nowy dokument gwarancji na przedłużony okres do dnia 26 maja 2015r., który w sposób ogólny odnosi się do wszystkich przypadków określonych w art. 46 ustawy Pzp. Oferta jest więc prawidłowo zabezpieczona. (dowód Nr 1) kopia gwarancji Nr DOK0982GWB15BD z dnia 10.04.2015).

Z powyższego bezspornie wynika, że oferta Odwołującego prawidłowo zabezpieczała interesy Zamawiającego przez cały okres postępowania przetargowego i jest tak również na dzień składania niniejszego odwołania. Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu prawidłowy dokument wadium, w tym na przedłużony okres związania ofertą. Zgodnie z orzecznictwem Izby, np. wyrok z dnia 7 lipca 2014 r. KIO 1279/14: *„W sytuacji, gdy wadium odpowiada przepisom prawa, jak również, (przede wszystkim) zamawiający ma możliwość zaspokojenia ewentualnego roszczenia z wadium, należy uznać, że wadium jest skutecznie wniesione, a tym samym nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania*". Jak zostało wykazane, wadium Odwołującego spełnia wszystkie wymogi Pzp (w tym art. 45), a co więcej dokument gwarancji na przedłużony okres związania ofertą po 19

lutego 2015 r. umożliwił zaspokojenie Zamawiającego we wszystkich sytuacjach, które mogły wystąpić w okolicznościach sprawy i które przewiduje przepis art. 46. Z tego powodu Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp.

II. Nieprawidłowe umocowanie do złożenia oferty przez Integrated Solutions Sp. z o.o. Wymaga wskazania, że na stronie 135 oferty Integrated Solutions sp. z o.o. przedstawiono pełnomocnictwo z dnia 17.02.2014 r. dla A. Z., upoważniające go między innymi do składania ofert w imieniu spółki. Pan A. Z. udzielił dalszego pełnomocnictwa datowanego na dzień 26.11.2014 r. (strona 133 oferty) W. S., który następnie złożył ofertę w postępowaniu. Należy wskazać, że pierwszy z pełnomocników (A. Z.) przekroczył w sposób nieuprawniony zakres swojego umocowania. W pkt 3 pełnomocnictwa (strona 136 oferty) wskazuje się: *„Pełnomocnictwo upoważnia Pełnomocnika do dokonywania czynności, których łączna wartość nie może przekroczyć 4.000.000,00 zł (cztery miliony złotych) bez podatku od towarów i usług (VAT)”*. Tymczasem pełnomocnik ten upoważnił W. S. do złożenia zobowiązania ofertowego o wartości 27.383.135,76 zł brutto tj. wielokrotnie przekraczającego wartość zobowiązania, do którego zaciągnięcia był uprawniony. Zgodnie z art. 104 Kodeksu cywilnego jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Wymaga przy tym podkreślenia, że złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustanawia wiążące dla strony zobowiązanie, obowiązujące w terminie związania ofertą. W tym przypadku zobowiązanie to było od początku nieważne, gdyż obaj pełnomocnicy nie byli uprawnieni do zaciągania zobowiązań na kwotę przekraczającą 4 mln zł. Z tego względu oferta Integrated Solutions Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 104 Kodeksu Cywilnego. Taka oferta jest również niezgodna z ustawą Pzp i mogłaby podlegać odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

Wymaga szczególnego podkreślenia, że w „Informacji o częściowym uznaniu odwołania” z dnia 2 kwietnia 2015 r. Zamawiający wskazał, że w związku wyżej wskazanymi okolicznościami przystąpił do ponownego badania oferty Integrated w zakresie wyjaśnienia zakresu pełnomocnictw jakimi na dzień składania ofert dysponowali pełnomocnicy tego wykonawcy w osobach A. Z. i W. S. (dowód Nr 2: „Informacja o częściowym uznaniu odwołania” z dnia 2 kwietnia 2015 r.). **Pomimo tego, Zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy choć miał taki obowiązek w okolicznościach sprawy. Oznacza to, że uznanie w tym zakresie odwołania okazało się jedynie pozorne przez Zamawiającego a co**

więcej, z dokumentacji postępowania udostępnionej Odwołującemu w dniu 14 kwietnia 2015 r. wynika, że Zamawiający postąpił niezgodnie z prawem. Z dokumentacji postępowania udostępnionej Odwołującemu w dniu 14 kwietnia 2015r. wynika, że w dniu 8 kwietnia 2015 r. Zamawiający wezwał Integrated w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia pełnomocnictw jakimi na dzień składania ofert dysponowali Pan A. Z. i Pan W. S. . Zamawiający prawidłowo zatem uznał, że ograniczenie kwotowe pełnomocnictwa Pana A. Z. powoduje, że pełnomocnicy wskazani w ofercie nie mogli w sposób ważny złożyć oferty (dowód Nr 3: kopia wezwania do uzupełnienia z dnia 8.04.2015). Zamawiający pominął jednak fakt, że w zakresie pełnomocnictwa w dniu 28 stycznia 2015 r. wzywał już Integrated w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oryginału pełnomocnictwa udzielonego Panu W. S. . Integrated został zatem wezwany do uzupełnienia w dniu 28 stycznia 2015 r. i był to właściwy moment na dokonanie uzupełnień, również w zakresie pełnomocnictwa uprawiającego do składania zobowiązań przekraczających 4 mln zł, jeżeli, jak twierdzi Integrated, takie umocowanie wówczas istniało (o czym dalej) (dowód Nr 4: kopia wezwania do uzupełnienia z dnia 28.01.2015 r.) Wymaga podkreślenia, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą *„wezwanie do uzupełniania dokumentów, kierowane na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest jednokrotnym wezwaniem stosowanym przez Zamawiającego do wykonawcy w odniesieniu do konkretnego dokumentu”* (Wyrok z dnia 22 kwietnia 2010 r. KIO/UZP 545/10). **Zamawiający nie miał zatem prawa wzywać w dniu 8 kwietnia 2015 r. drugi raz Integrated do uzupełnienia tego samego dokumentu lecz należało od razu odrzucić ofertę Integrated.**

Zakres umocowania pełnomocników Integrated nawet po uzupełnieniu z dnia 8 kwietnia 2015 r. jest w dalszym ciągu nieprawidłowy. Należy bowiem wskazać, że na wezwanie z dnia 8 kwietnia 2015 r. Integrated złożył dokument pełnomocnictwa dla W. S. datowany na dzień 15 grudnia 2014 r. Tym razem W. S. został umocowany do działania bezpośrednio przez zarząd spółki (bez pośrednictwa Pana A. Z.) (dowód Nr 5: pełnomocnictwo z dnia 15.12.2014 r. dla W. S.). W ten sposób powstała sytuacja sprzeczności pomiędzy złożonymi w postępowaniu dokumentami pełnomocnictw, w obrocie funkcjonują obecnie sprzeczne ze sobą umocowania: 1) Pełnomocnictwo ogólne dla Pana A. Z. z dnia 17.02.2014 r. (ograniczone kwotowo do składania zobowiązań do 4 mln zł) do składania w imieniu spółki ofert oraz 2) pełnomocnictwo substytucyjne od Pana A. Z. dla W. S. z dnia 26.11.2014 r. *„do reprezentowania spółki ubiegającej się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Kujawsko-Pomorskie w imieniu którego postępowanie prowadzi Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego na Doposażenie w*

tablice interaktywne publicznych i niepublicznych szkół podstawowych funkcjonujących na terenie województwa kujawsko-pomorskiego w ramach projektu Realizacja systemu innowacyjnej edukacji w województwie kujawsko-pomorskim przez zbudowanie systemu dystrybucji treści edukacyjnych, znak sprawy WZP.272.67.2014". Jest to zatem pełnomocnictwo szczególne, odnoszące się do konkretnego postępowania przetargowego bardzo dokładnie zidentyfikowanego w treści pełnomocnictwa, ograniczone kwotowo do 4 mln zł ze względu na jego udzielenie przez A. Z.; 3) Pełnomocnictwo ogólne z dnia 15 grudnia 2014 r. dla W. S. udzielone przez Zarząd spółki, do „reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, w tym do „złożenia i podpisania oferty w Postępowaniu” (przetargowym - bez wskazania konkretnie o jakie postępowanie chodzi) (dowód Nr 6: kopia pełnomocnictw z dnia 17.02.2014 r. oraz z dnia 26.11.2014 r.). Z tego względu, Zamawiający w dniu 8 kwietnia 2015 r., po otrzymaniu uzupełnionego pełnomocnictwa dla W. S. datowanego na dzień 15.12.2014 r. powziął wątpliwości co do rzeczywistego zakresu umocowania i jeszcze w tym samym dniu 8 kwietnia 2015 r. wezwał Integrated do wyjaśnień „czy dotychczasowe pełnomocnictwa udzielone w toku postępowania lwskazane z nazwy postępowanie przetargowe/ zostały odwołane. W głównej mierze chodzi o pełnomocnictwo udzielone przez Pana A. Z. dla Pana W. S. z dnia 26 listopada 2014 r”. (dowód Nr 7: kopia wezwania z dnia 8.04.2015 r.)

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Integrated w piśmie z dnia 10 kwietnia 2015 r. wskazał: „Osoba podpisująca ofertę p. W. S. działała na podstawie dwóch pełnomocnictw, pierwszego z dnia 26 listopada 2014 r. (nr 270/IS/SP/26112014) ograniczonego kwotowo, udzielonego przez p. A. Z. na podstawie pełnomocnictwa z dn. 17 lutego 2014 r. (nr 27/IS/SP/17022014) oraz drugiego z dn. 15 grudnia 2014 r. (nr 67/IS/SP/15122014) udzielonego przez Zarząd Integrated Solutions Sp. z o.o. nie zawierającego ograniczenia kwotowego. Drugie z pełnomocnictw zostało Państwu przekazane przez wykonawcę w oryginale dn 8 kwietnia 2015 r. wraz z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą (dowód Nr 8: wyjaśnienia Integrated z dnia 10.04.2015 r.). Wymaga podkreślenia, że Integrated samodzielnie wskazał w w/w piśmie, że W. S. działa na podstawie obu tych dokumentów tj. pełnomocnictwa szczególnego od A. Z. i ogólnego od zarządu spółki. Jeżeli tak, to tym bardziej należy uznać, że W. S. nie miał prawa składać ważnej oferty. Należy bowiem wskazać, że pełnomocnictwo z dnia 15 grudnia 2014 r. ma charakter ogólny - nie wskazuje konkretnego postępowania przetargowego, natomiast pełnomocnictwo z dnia 26 listopada 2014 r. bardzo szczegółowo i dokładnie opisuje, że dotyczy tego konkretnego postępowania prowadzonego przez Województwo Kujawsko-Pomorskie i w tym przypadku

jest ono ograniczone kwotowo co przyznał sam wykonawca Integrated. Zdaniem Odwołującego, skoro mamy dwa ważne pełnomocnictwa, w tym jedno jest ogólne (do postępowań przetargowych) a drugie ma charakter szczególny (wskazuje z nazwy konkretne postępowanie) to nie można inaczej tego rozumieć jak tylko w ten sposób, że pełnomocnictwo szczególne zawęża uprawnienia pełnomocnika w konkretnie wskazanym postępowaniu. Jeżeli pełnomocnictwa te funkcjonują obok siebie to jest to jedyna możliwa relacja między nimi. Fakt, że pełnomocnictwo ogólne (nie zawierające ograniczenia kwotowego) zostało wystawione później niż pełnomocnictwo szczególne (zawiera ograniczenie kwotowe do 4 mln zł) nie ma tu żadnego znaczenia, gdyż wykonawca Integrated wyraźnie sam wskazał w wyjaśnieniach z dnia 10 kwietnia 2015 r, że oba te pełnomocnictwa funkcjonują w obrocie jednocześnie. Pełnomocnictwo szczególne ogranicza zatem zakres umocowania pełnomocnictwa ogólnego w tym konkretnym postępowaniu przetargowym. Należy zatem uznać, że W. S. ze względu na ograniczenie kwotowe możliwości zaciągania zobowiązań złożył ofertę nieważną, sprzeczną z ustawą Pzp oraz naruszającą ogólne przepisy kodeksu cywilnego. W ten sposób Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 Pzp gdyż bezwzględnie powinien był odrzucić ofertę Integrated Solutions Sp. z o.o. jako złożoną z przekroczeniem umocowania.

III. Zaniechanie odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. ze względu na sprzeczność z siwz oraz naruszenia zasady jawności postępowania przez Zamawiającego.

Jawność

Na wstępie wymaga szczególnego podkreślenia - co jest bezsporne - że w postępowaniu przetargowym dwóch wykonawców (Komputronik Biznes Sp. z o.o. i Integrated Solutions Sp. z o.o.) zaferowały identyczny sprzęt w zakresie tablicy interaktywnej oraz oprogramowania do tej tablicy tj. tablica wyprodukowana przez firmę Returnstar model IQ Board IRS 82 w/i-pentray oraz oprogramowanie tej samej firmy Returnstar do tablicy o nazwie i wersji: Returnstar IQ Interactive Education Platform V5.2.141216. Znajduje to potwierdzenie w ofertach obu wykonawców, a dokładnie w formularzu technicznym, gdzie zamawiający wymagał podania nazwy oferowanego sprzętu i oprogramowania.

Zgodnie z wymaganiem z siwz (w specyfikacji technicznej nad tabelą w pkt III) do oferty każdy z wykonawców miał obowiązek dołączyć próbkę oprogramowania. Wykonawcy Integrated oraz Komputronik zastrzegli próbki jako informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa co wynika z ich ofert. Sposób sporządzenia oferty i miejsce w którym

znajdowała się próbka w obu ofertach nie pozostawiało żadnych wątpliwości, że jest to materiał objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Próbka znajdowała się bowiem w obu ofertach za dokumentami określonymi jako „stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa” (dowód Nr 9: zdjęcia ofert Komputronik i Integrated ze wskazaniem gdzie w złożonych ofertach znajdowała się próbka).

Wymaga podkreślenia, że w trakcie postępowania przedstawiciele Odwołującego kilkakrotnie stawiali się w siedzibie zamawiającego w celu wglądu do dokumentacji (w tym ofert konkurencji) i Zamawiający odmówił im udostępnienia próbki oprogramowania do badań. Podkreślamy, że za każdym razem Odwołujący wnosił o udostępnienie „całej dokumentacji postępowania” z powołaniem się na treść art. 96 ust. 3 Pzp. tj. obejmujący protokół wraz ze wszystkimi załącznikami np. wniosek odwołującego z dnia 20 marca 2015 r. (dowód: wniosek Odwołującego o udostępnienie całej jawnej dokumentacji w tym protokołu z załącznikami z dnia 10 kwietnia 2015r.).

Ostatnio w dniu 17 kwietnia 2015 r. Zamawiający wprost odmówił dostępu do próbki oprogramowania załączonej do oferty Integrated wskazując na tajemnicę przedsiębiorstwa (dowód Nr 10: oświadczenie Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2015 r.).

Wymaga podkreślenia, że próbka oprogramowania Returnstar IQ Interactive Education Platform V5.2.141216, którą zbadał Odwołujący na potrzeby niniejszego odwołania, została ujawniona przez pełnomocnika Komputronik Biznes Sp. z o.o. w czasie rozprawy w dniu 13 kwietnia 2015 r. (KIO [642/15](#)). Po raz kolejny należy podkreślić, że choć próbka oprogramowania Integrated nie została (bezprawnie - co zostanie wykazane dalej) udostępniona Odwołującemu przez Zamawiającego, to oprogramowanie oferowane przez Integrated i Komputronik jest identyczne. Oferowanie takiego samego oprogramowania umożliwiło Odwołującemu - po uzyskaniu dostępu do próbki oprogramowania Komputronik w dniu 14 kwietnia 2015 r, zbadanie próbki i przedstawienie konkretnych zarzutów przeciwko zgodności oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. z siwz. Podkreślamy, że zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp termin na złożenie odwołania w tym zakresie należy liczyć dla Odwołującego od dnia 13 kwietnia 2015 r. tj. od ujawnienia próbki oprogramowania przez pełnomocnika Komputronik. Dodatkowym potwierdzeniem faktu, że oprogramowanie oferowane przez Komputronik i Integrated było objęte tajemnicą przedsiębiorstwa aż do 13 kwietnia 2015 r. jest treść pisma producenta oprogramowania z dnia 3 kwietnia 2015 r. złożone Zamawiającemu przez Integrated wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami w dniu 10 kwietnia 2015 r. W tłumaczeniu tego pisma znajduje się bowiem następujące stwierdzenie: „My Returnstar Interactive Technology Group CO LTD oświadczamy; że oprogramowanie IQ

interactive Education Platform V5.2 został przygotowane specjalnie dla naszego polskiego dystrybutora, firmy Dreamtec z Wrocławia, autoryzowanego na wyłączność procedury przetargowej w Toruniu (nr sprawy WZP.272.67.2014). [...] Ponadto oświadczamy, że **wskazana wersja oprogramowania nigdy nie została upubliczniona**, a jej premiera została zaplanowana na etapie realizacji wyżej wskazanego przetargu” (dowód Nr 11: kopia pisma producenta Returnstar z dnia 3.04.2015 r.)

Analogicznie w e-mailu z dnia 9 kwietnia 2015 r. dystrybutor oprogramowania również odmówił Odwołującemu dostępu do oprogramowania wskazując, że „Do czasu rozstrzygnięcia tego postępowania oprogramowanie **nie jest dostępne dla innych Klientów** (dowód Nr 12: wydruk e-mail dystrybutora Dreamtec do Odwołującego z dnia 9.04.2015 r.). Należy zatem ponownie podkreślić, że aż do dnia 13 kwietnia 2015 r. kiedy to na rozprawie KIO 642/15 doszło do ujawnienia treści próbki oprogramowania przez pełnomocnika Komputronik, była ona objęta tajemnicą przez obu wykonawców (Komputronik i Integrated). Biorąc pod uwagę fakt, że w dniu 13 kwietnia 2015 r. ujawniono próbkę Komputronik, zniesione zostały przesłanki ustawowe utrzymania w tajemnicy próbki Integrated. Skoro bowiem co jest bezsporne obie w/w firmy zaoferowały identyczne oprogramowanie, to ujawnienie jednego z nich powinno skutkować ujawnieniem próbki Integrated. Zgodnie bowiem z treścią art. 8 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *„Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje*. Skoro zatem próbka oprogramowania Returnstar IQ Interactive Education Platform V5.2.141216 została ujawniona do wiadomości publicznej, odpadła podstawa prawna do utrzymania jej w tajemnicy przez Zamawiającego. Należy zatem wskazać na bezprawność działań Zamawiającego, który uznał, że próbka Integrated pozostaje objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i w dniu 17 kwietnia 2015 r. odmówił dostępu do niej przedstawicielowi Odwołującego. Doszło zatem do naruszenia zasady jawności postępowania tj. naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 Pzp. Dodatkowo należy wskazać, że również KIO odmówiło Odwołującemu dostępu do dokumentacji postępowania - której część znajduje się w dyspozycji Izby w związku z postępowaniem KIO 642/15 powołując się przy tym na tajemnicę przedsiębiorstwa (dowód nr 13: pismo z KIO z dnia 17.04.2015 r.).

W związku z tym, że Odwołujący zamierzał między innymi zweryfikować fakt, czy Integrated Solutions Sp. z o.o. przedłużył ważność gwarancji wadialnej na okres po 10 kwietnia 2015 r. Odwołujący wnosi zatem aby zostało to zbadane przez Izbę, skoro takiej możliwości odmówiono Odwołującemu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący wskazał, że w zakresie niżej kwestionowanej zgodności oprogramowania z siwz termin na wniesienie odwołania należy liczyć od dnia 13 kwietnia 2015r. tj. od ujawnienia próbki oprogramowania Returnstar IQ Interactive Education Platform V5.2.141216.

Sprzeczność oprogramowania z siwz

Zgodnie z treścią siwz Zamawiający wymagał przedstawienia specyfikacji technicznej oferowanych urządzeń zgodnie z wzorem z załącznika nr 2 do siwz (Formularz ofertowy). Formularz zawierał wymagane parametry oferowanego sprzętu - tzw. parametry podstawowe (obowiązkowe) oraz parametry opcjonalne, za które wykonawcy mogli otrzymać dodatkowe punkty w kryterium jakość. Waga kryterium jakość wynosi 30 %. Specyfikacja techniczna ma postać tabeli, w której wykonawcy mieli potwierdzić (TAK/NIE) dany parametr lub wpisać go do ostatniej kolumny.

Integrated Solutions Sp. z o.o. (analogicznie jak wykluczony Komputronik) zaoferował w pkt. I specyfikacji technicznej tablicę interaktywną producenta Returnstar. model IQ Board IRS 82 w/i-pentray.

Funkcjonalności półki na pisaki:

W pkt. 3 tabeli parametrów opcjonalnych dla tablicy interaktywnej siwz zawierał następujący wymóg: *„Półka na pisaki wyposażona w przyciski do wyboru kolorów. Przycisk uruchamiający funkcję gąbki oraz przyciski do wywoływania procesu orientacji tablicy, klawiatury ekranowej i prawego przycisku myszy”*. Dodatkowo, w odpowiedzi na jedno z pytań z dnia 8 grudnia 2014 r. (strona 3 z 56) zamawiający uściślił, że przycisk kalibracji musi mieć charakter fizyczny, tj. kalibracja powinna zostać przeprowadzona bezpośrednio za pomocą przycisku a nie przy użyciu funkcji oprogramowania. Jeden z wykonawców proponował aby *„Kalibracja (orientacja tablicy) uruchamiana przy pomocy dedykowanego oprogramowania - ikony programowej wprowadzonej na pulpit systemu operacyjnego”*. Zamawiający wyraźnie odpowiedział: *„Zamawiający preferuje rozwiązania w postaci fizycznych przycisków służących do aktywowania najczęściej używanych funkcji ze względu na większą ergonomię takiego rozwiązania dlatego **nie zgodzi się na ich zastąpienie przyciskami w oprogramowaniu”***. Odwołujący wskazuje, że Integrated do wyjaśnień z dnia 10 kwietnia 2015 r. złożonych Zamawiającemu załączył oświadczenie dystrybutora tablicy przez niego oferowanej firmy Dreamtec sp. z o.o., w którym wskazano linki do filmów zamieszczonych w serwisie youtube, które miały udowadniać istnienie niektórych funkcjonalności oferowanej tablicy. Jeden z linków odsyła do następującego adresu: <https://youtu.be/LC0isv7Jxkk>. który miał zawierać film wykazujący, że półka na pisaki

posiada wymagane funkcjonalności w tym przycisk kalibracji. Po pierwsze należy stwierdzić, że wszystkie wskazane adresy internetowe nie zawierają żadnych filmów a po ich kliknięciu pojawia się informacja „film jest niedostępny”.

Po drugie, po odnalezieniu przez Odwołującego filmu pod innym adresem: <https://www.youtube.com/watch?v=LC0isv7JXkk> lub <https://www.youtube.com/watch?v=S46QxrdZ6XE> stwierdzamy na jego podstawie, że nie istnieje półka, która spełniałaby wymagania Zamawiającego w zakresie kalibracji. Wywołanie procesu kalibracji nie odbywa się prawidłowo. Proces kalibracji uruchamia się po to by skalibrować rozkalibrowaną tablicę czyli w sytuacji, gdy fizycznie dotykając punkt na tablicy nie odpowiada on punktowi ekranu w komputerze. W takim przypadku trafienie w generowany przez komputer (program) przycisk jest niemożliwe (nasz palec jest np. 30 cm od przycisku OK). Uruchomienie kalibracji przyciskiem fizycznym - zgodnie z wymogiem zamawiającego - powinno od razu wywoływać planszę z punktami kontrolnym do kalibracji, które należy po kolei dotknąć aby „pokazać” komputerowi/programowi gdzie dane punkty znajdują się fizycznie na powierzchni tablicy. Kalibracja pokazana na filmach w odniesieniu do tablicy oferowanej przez Integrated odbywa się dwuetapowo i jest mieszanka hardwarowo-softowa. Przycisk kalibracji istnieje, jednakże za jego pomocą zostaje wywołane okno dialogowe (software) i dopiero na nim naciskając na przycisk OK uruchamiamy plansze z punktami kontrolnymi do kalibracji, czyli właściwy proces kalibracji. Oznacza to, że sam przycisk do kalibracji de facto nie służy przeprowadzeniu kalibracji co nie spełnia wymogów siwz. Oznacza to, że de facto Integrated wprowadził dokładnie takie rozwiązanie na jakie Zamawiający się nie zgodził tj.: *„Kalibracja (orientacja tablicy) uruchamiana przy pomocy dedykowanego oprogramowania - ikony programowej wprowadzonej na pulpit systemu operacyjnego”*. Za analizowaną funkcjonalność jako opcjonalna Integrated niesłusznie otrzymał zatem 10 pkt. Wnosimy o przeprowadzenie dowodu na rozprawie z projekcji filmu znajdującego się na youtube w celu wykazania braku w/w funkcjonalności.

Funkcjonalności oprogramowania: paski przewijania poziomego i pionowego, suwaki i obszar roboczy okna:

W pkt. III.4 tabeli specyfikacji technicznej wskazano *„Organizacja okna programu na wzór popularnych programów do edycji tekstu, arkuszy kalkulacyjnych itp. pasek menu tekstowego, pasek narzędzi w postaci ikon, pasek tytułu okna, ikony minimalizuj, maksymalizuj i zamknij okno, paski przewijania poziomego i pionowego, suwaki i obszar roboczy okna. Dzięki czemu można skrócić czas potrzebny na wdrożenie nowych użytkowników wykorzystując ich umiejętności i doświadczenia nabyte przy pracy z tymi*

popularnymi aplikacjami Wymóg ten należy do tzw. parametrów obowiązkowych, bez których oferowane oprogramowanie nie spełnia wymogów siwz.

SIWZ zawiera odniesienie do popularnych programów (arkusz kalkulacyjny, edytor tekstu) jakim jest np. ms word. Każdy kto używał tego programu wie, że do przewijania tekstu z góry na dół bądź w poziomie wykorzystywane są paski przewijania poziomego i pionowego, suwaki, które pozwalają poruszać się po oknie obszaru roboczego. W oprogramowaniu oferowanym przez Integrated takiej funkcjonalności brak, co stwierdzono na podstawie próbki identycznego oprogramowania ujawnionego przez Komputronik w dniu 13 kwietnia 2015 r. W oprogramowaniu stwierdzono, że paski takie znajdują się tylko w oknie specjalnym (w galerii). Nie występują natomiast w obszarze roboczym co zdaniem Odwołującego nie spełnia wymagań siwz.

Sterowanie obszarem roboczym w oprogramowaniu Integrated odbywa się tak jak w najnowszej wersji Adobe Reader'a czyli za pomocą „rączki” co należy uznać za nieprawidłowe (dowód Nr 14: print screen-y z badania próbki oprogramowania Returnstar IQ Interactive Education Platform V5.2.141216.).

Funkcjonalność oprogramowania: polska wersja oprogramowania:

Zgodnie z pkt. Ul.3 tabeli specyfikacji technicznej zamawiający wymagał: „*Polska wersja językowa oprogramowania*”. W oprogramowaniu oferowanym przez Integrated takiej funkcjonalności brak, co stwierdzono na podstawie próbki oprogramowania Returnstar IQ Interactive Education Platform V5.2.141216. Oprogramowanie nie zostało w całości spolszczone. Instalacja programu nie ma polskiej wersji językowej, podobnie jak niektóre funkcjonalności samego programu po jego otwarciu np. w dodatkowych (specjalnych) galeriach (nazwy obiektów i katalogów). Główna galeria nie ma w ogóle polskich nazw obiektów, a jedynie nazwy katalogów są w języku polskim. Powoduje to, że ten parametr obowiązkowy nie jest spełniony przez oprogramowanie oferowane przez Integrated Solutions (dowody Nr 15: print screen-y z badania próbki oprogramowania Returnstar IQ Interactive Education Platform V5.2.141216.).

Zdaniem Odwołującego w/w dowody potwierdzają sprzeczność oferty Integrated z siwz. Jednakże, z ostrożności wnosimy o przeprowadzenie na rozprawie dowodu z prezentacji próbki oprogramowania przez Zamawiającego na komputerze co pozwoli w ciągu kilku minut w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzić zarzuty Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w

sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 kwietnia 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Asseco Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (pełnomocnik) oraz Combidata Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, Sigilogic Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie
- wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
- wykonawcę Komputronik Biznes Sp. z o.o. siedzibą w Poznaniu.

Zamawiający przesłał wszystkim wykonawcom informację o wpłynięciu odwołania w dniu 21 kwietnia 2015 roku; zgłoszenie przystąpień nastąpiło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 24 kwietnia 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenia przystąpień doręczone zostały Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a ich kopie zostały przekazane Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z ich udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Wykonawca Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył na posiedzeniu z udziałem stron Pismo procesowe przystępującego

Odwołujący złożył dowody ponumerowane na rozprawie od 1 do 6.

- dowód nr 1 - zdjęcie dokumentów,
- dowód nr 2 - wydruk z Internetu
- dowód nr 3 - wydruk z Internetu
- dowód nr 4 – wydruk z Internetu , zrzuty z ekranu filmów zamieszczonych na You Tube
- dowód nr 5 – wydruk złożony - okno dialogowe
- dowód nr 6 pendrive zawierające zgrane filmy z You Tube.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą – w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania – Izba uznała za niezasadny.*

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył wraz ze swoją ofertą wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000098697 z dnia 16 grudnia 2014 r., wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia z siedzibą w Sopocie. Termin ważności gwarancji upływał z dniem 18 lutego 2015 r. Następnie Odwołujący złożył Gwarancję przetargową nr MT080002KTG15 wystawioną przez mBank S.A. z siedzibą w Warszawie ważną do dnia 10 kwietnia 2015 roku. W treści tej gwarancji jako jedną z podstaw wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego wskazano: *„Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejsza”*.

Izba ustaliła, iż postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia zostało wszczęte w dniu 4 października 2014 r.

W dniu 19 października 2014 r. weszła w życie ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232).

Izba w tym miejscu zaznacza, że w sprawie o sygn. akt KIO 642/15, prowadzonej pomiędzy tymi samymi Stronami a dotyczącej tego samego postępowania o udzielenie zamówienia podnoszony był przez Odwołującego zarzut braku zabezpieczenia interesów Zamawiającego przez złożenie w wyniku przedłużenia terminu związania ofertą nowego wadium przez wykonawcę Komputronik zgodnie z przepisami ustawy Pzp mającymi zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 19 października 2015 r., podczas gdy postępowanie wszczęto po tej dacie – Izba uznała, że zarzut się potwierdził. W rozpoznawanej obecnie sprawie Odwołujący, złożył gwarancję, której postanowienia są identyczne (w części spornej) z postanowieniami zawartymi w kwestionowanej w innym postępowaniu odwoławczym (sygn. akt KIO 642/15) złożonej gwarancji na przedłużony okres związania ofertą.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niesporne jest między Stronami, że w treści gwarancji bankowej wystawionej na zlecenie PC Factory S.A. przywołana została treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu znolizowanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U.z 2014 r., poz. 1232).

Wskazać należy, że zgodnie z art. 3 ww. ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie wspomnianej wyżej nowelizacji oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Nowelizacja ustawy weszła w życie w dniu 19 października 2014 r., natomiast postępowanie o przedmiotowe zamówienie zostało wszczęte przed tym dniem, tj. w dniu 4 października 2014 r. Tym samym, w treści gwarancji powinno się znaleźć odniesienie do art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, a nie znolizowanym, gdyż znolizowany art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, rozszerza katalog dokumentów, których nieuzupełnienie przez wykonawcę doprowadzić może do utraty wadium, ogranicza krąg wykonawców, którym zagraża utrata wadium i zmienia rozkład ciężaru dowodu, co do przyczyn z powodu, których wykonawca nie uzupełnił w terminie wskazanych w wezwaniu dokumentów. Przed dniem 19 października 2014 r. to bowiem wykonawca, który nie złożył dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, jeżeli chciał uniknąć zatrzymania przez zamawiającego złożonego przez siebie wadium, zobowiązany był udowodnić, że zaniechanie wykonania wezwania wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. Natomiast po dniu 19 października 2014 r. taki obowiązek (obowiązek wykazania nieuzupełnienia dokumentów z przyczyn leżących po stronie wykonawcy) spoczywa właśnie na Zamawiającym. Znowelizowana ustawa ogranicza krąg podmiotów, co do których Zamawiający zatrzymuje wadium. Oznacza to, że znolizowana treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest mniej korzystna dla Zamawiającego.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko zaprezentowane już m.in. w orzeczeniach: z dnia 27 listopada 2014 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2369/14, z dnia 15 kwietnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 642/15 i z dnia 22 kwietnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 699/15, z dnia 23 kwietnia 2015 roku w sprawie o sygn. akt KIO 714/15, KIO 717/15, jak również w orzeczeniu z dnia 15 kwietnia 2015 roku w sprawie o sygn. akt KIO 642/15.

Izba wskazuje, że obowiązkiem wykonawców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań określonych w ustawie, jak również przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To na wykonawcy ciąży

obowiązek przedstawienia dokumentów zgodnych ze stanem prawnym obowiązującym w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie wpływa w żaden sposób na konieczność wypełnienia tego obowiązku ani ranking wykonawców w danym postępowaniu ani etap prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Oferta w postępowaniu jest zabezpieczona prawidłowo wniesionym wadium albo też nie jest nim zabezpieczona i nieuprawnione jest warunkowanie tego od czynności podejmowanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotna jest treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a ponieważ wskazane w treści gwarancji bankowej postanowienia dotyczące znowelizowanego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie odpowiadały obowiązującym przepisom prawa, mającym zastosowanie do przedmiotowego postępowania, Izba uznała, zarzut za niezasadny.

II.

W zakresie zarzutów zaniechania czynności odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego oraz art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy jako nieważną na podstawie odrębnych przepisów oraz niezgodną z ustawą Pzp ze względu na nieprawidłowe umocowanie do złożenia oferty oraz naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez dwukrotne wezwanie Integrated Solutions Sp. z o.o. do uzupełnienia pełnomocnictw .

Izba ustaliła, że w sprawie o sygn. akt KIO 642/15 Izba rozpoznawała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy i uznała, że zarzut się potwierdził, ale pozostawał bez wpływu na wynik postępowania. Zaznaczyć należy, że Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy), Izba w sprawie o sygn. akt KIO 642/15 uznawszy, że zarzut się potwierdził jednocześnie wskazała, że nie ma on wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy). Izba oceniając że zarzut nie ma wpływu na wynik postępowania brała pod uwagę również to, że wykonawca został wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i dokumenty te uzupełnił, i nie mogła w inny sposób dokonać oceny wpływu na wynik postępowania. Izba na rozprawie dniu 13 kwietnia 2015 roku dysponowała złożonymi w dniu 8 kwietnia 2015 roku dokumentami pełnomocnictw oraz wyjaśnieniami Integrated Solutions Sp. z o.o. z dnia 10 kwietnia 2015 roku. Należy również zaznaczyć, że Izba w ww. orzeczeniu wskazała, że nie doszło wcześniej do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, jednakże i to naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ

Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów. Izba postępując zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy uwzględniła czynność w kontekście oceny jej wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, że za wynik postępowania należy uznać jego rezultat, czyli wybór oferty jako najkorzystniejszej bądź unieważnienie postępowania, natomiast naruszenie przepisów ustawy musi być kwalifikowane czyli skutkujące zmianą lub możliwością zmiany tego wyniku (podobnie wyrok z dnia 14 marca 2013 roku sygn. akt KIO 467/15).

Izba ww. zarzut pozostawiała bez rozpoznania, ponieważ ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania a w ocenie Izby zarzut dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy). Izba zaznacza, że choć wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 642/15 został wydany w dniu 15 kwietnia 2015 roku a Zamawiający czynności dokonał w dniu 10 marca 2015 roku, to na dzień wydania orzeczenia Izba ustaliwszy stan sprawy w postępowaniu dokonała oceny i uznała, że ówczesny zarzut w sprawie o sygn. akt KIO 642/15 nie miał wpływu na wynik postępowania, który to wynik był już znany Izbie. Tym samym Izba uznała, że wynik czyli wybór oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. był właściwy. Choć podstawy do odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 ustawy należy zawsze interpretować ściśle, to w tym wypadku Izba uznała, że słuszna i celowa jest wykładnia celowościowa. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 2009 roku sygn. akt III CZP 110/09: *W ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala absolutnego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi rodzajami wykładni; nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektyw celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni. Jak ujął to Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów z dnia 1 marca 2007 roku (sygn. akt III CIP 94/06), odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne; jeśli takie racje nie zachodzą należy się oprzeć na wykładni językowej.*

W rozpoznawanej przez Izbie sprawie zachodziły podstawy do posłużenia się wykładnią celowościową przy interpretacji przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, bowiem Izba w zakresie rozpoznawanych zarzutów zajęła już stanowisko w innym, ww. orzeczeniu. Zamawiający swoimi czynnościami, których dokonał pomiędzy złożeniem odwołania a jego rozpoznaniem i wydaniem wyroku zmienił wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który Izba zmuszona była uwzględnić przy wydawaniu wyroku. Zamawiający dokonując czynności w zasadzie wykonał wyrok, który został wydany następczo po czynności Zamawiającego. Izba wskazuje, że również w wyroku z 15 kwietnia 2015 roku Izba uznała, że potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Komputronik na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy, jednakże pozostawał bez wpływu na wynik postępowania. Zarzut pozostawał bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania w dniu 10 kwietnia 2015 roku.

III.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 8 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. pomimo, że treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wszystkich wymogów przewidzianych przez Zamawiającego w specyfikacji technicznej oraz nieprawidłowe przyznanie punktów za funkcjonalności opcjonalne.

Izba ustaliła, że Odwołujący kwestionuje zaniechanie odrzucenia oferty Integrated Solutions Sp. z o.o..

Izba ustaliła, że zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 15 kwietnia 2015 roku sygn. akt KIO 642/15, - *Zgodnie z treścią oferty Przystępującego Komputronik wykonawca ten zaoferował oprogramowanie Returnstar IQ Intreactive Education Platform V5.2.141216 (str. 10 oferty), a do jego oferty załączono próbkę wskazanego oprogramowania. Oferta w tym zakresie nie została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.*

Natomiast w zakresie Integrated Solutions Sp. z o.o. stwierdzono - *W ofercie Przystępującego Integrated zaoferował on oprogramowanie tego samego producenta i załączył do oferty jego próbkę, a oferta objęta została w tym zakresie zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.*

Izba zaznacza, że w ww. wyroku jednoznacznie zostało określone, która próbka była jawna, a która próbka była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu z dnia 30 marca 2015 roku zaniechania odtajnienia próbki złożonej przez Integrated Solutions Sp. z o.o.. Uwzględniając, że dokonana przez Zamawiającego w dniu 20 marca 2015 roku czynność wyboru oferty najkorzystniejszej była kwestionowana przez tego samego Odwołującego, a Odwołujący podnosił już wtedy zarzuty w stosunku do oferty Integrated Solutions Sp. z o.o., między innymi zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy nie kwestionował on nieujawnienia próbki złożonej wraz z ofertą. Termin na wniesienie odwołania nie podlega przywróceniu, a wykonawca winien kwestionować wszystkie czynności lub zaniechania zamawiającego jednocześnie. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity (art. 182 ustawy), a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

W ocenie Izby podnoszenie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy jest spóźnione. Izba uznała, że zarzuty zgłoszone zostały po terminie (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy), a ponieważ ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania, Izba pozostawia zarzut bez rozpoznania.

Izba wskazuje, że w orzeczeniu z dnia 15 kwietnia 2015 roku sygn. akt KIO 642/15 podnoszone były przez Odwołującego zarzuty dotyczące niezgodność treści oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wskazać należy, że zarzut niezgodności treści oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący buduje w oparciu o próbkę oprogramowania załączoną do oferty Komputronik (która, jak zostało wykazane wyżej nie była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) natomiast kieruje zarzut w stosunku do oferty Integrated Solutions Sp. z o.o..

Integrated Solutions Sp. z o.o. na posiedzeniu wyjaśnił, że nie uzupełniał próbki oprogramowania a Zamawiający wyjaśnił, że nie dokonywał żadnych czynności w stosunku do oceny próbki po pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący oświadczył, że znana była mu w dniu 30 marca 2015 roku (data założenia pierwszego odwołania) pełna nazwa oprogramowania zaoferowanego przez Integrated Solutions Sp. z o.o.. Informacje dotyczące funkcjonalności oprogramowania i tablicy zawarte w ofercie Integrated Solutions Sp. z o.o. odtajnione zostały 20 marca 2015 roku. Dodatkowo należy zaznaczyć, że w ofercie Komputronik nazwa oprogramowania dedykowanego i jego próbka

jak i model tablicy interaktywnej były jawne.

Zamawiający wymagał przedstawienia próbki oprogramowania dedykowanego, jednocześnie nie wymagał przedstawienia tablicy interaktywnej – ocena ofert w zakresie spełnienia wymagań dotyczących tablic interaktywnych następowała w oparciu o wypełniony przez wykonawców formularz specyfikacji technicznej w zakresie określonych tam precyzyjnie funkcjonalności tablicy, ocena dokonywana była w oparciu o oświadczenie wykonawców.

Uwzględniając powyższe należy wskazać, że Odwołujący podnosił takie same zarzuty co do niezgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, jednocześnie informacje jakie stanowiły podstawę wniesienia odwołania, wbrew twierdzeniom Odwołującego, były znane z chwilą wniesienia pierwszego odwołania. Zaznaczyć bowiem należy, że w tej dacie znane były zarówno oprogramowania dedykowane oferowane zarówno przez Integrated Solutions Sp. z o.o. jak również przez Komputronik. Jak również znane były funkcjonalności tablic interaktywnych oraz model tablicy.

W ocenie Izby zgłaszane przez Odwołującego zarzuty są zarzutami spóźnionymi (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy), a ponieważ ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania, Izba pozostawia zarzut bez rozpoznania.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 przez uznanie za najkorzystniejszą oferty Integrated Solutions Sp. z o.o. pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona – Izba uznała za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył przepisu art. 91 ust 1 ustawy, tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 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 ze zmianami).

Przewodniczący:
.....
.....

