**Sygn. akt: KIO 60/16**

**WYROK**
**z dnia 27 stycznia 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2016 r. przez wykonawcę **CEZAR C.M., P.G. Sp. z jawna z siedzibą w Radomiu**
w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie**

**przy udziale:**

A. wykonawcy **Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **D.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Daten D.K. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie w zakresie oferty wykonawcy Daten**
2. **W pozostały zakresie umarza postępowanie odwoławcze w związku z uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego odnośnie ofert Cezar Sp. z o.o. oraz Intertrading Systems Technology Sp. z .o.o.;**
3. Kosztami postępowania odwoławczego w zakresie części oddalonej obciąża wykonawcę **CEZAR C.M., P.G. sp. z jawna z siedzibą w Radomiu** i:



1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą 1/3 kwoty uiszczonej przez wykonawcę **CEZAR C.M., P.G. sp. z jawna z siedzibą w Radomiu** tytułem wpisu od odwołania,
2) zasądza od **CEZAR C.M., P.G. sp. z jawna wykonawcy z siedzibą w Radomiu** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **D.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Daten D.K. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
4. **Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego w pozostałym zakresie uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania i nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy CEZAR C.M., P.G. sp. z jawna z siedzibą w Radomiu** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 2/3 uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący:**

**Sygn. akt KIO 60/16**

**UZASADNIENIE**

W dniu 18 stycznia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożył wykonawca CEZAR C.M. i P.G. Spółka Jawna z siedzibą w Radomiu, zwany dalej „Odwołującym".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu wraz z materiałami komputerowego eksploatacyjnymi oraz oprogramowania" prowadzi Zamawiający: Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej - Curie w Warszawie. Odwołanie dotyczy Pakietu Nr 1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14/10/2015 r. pod nr 2015/S 199-360792.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:
1. nieprawidłowej czynności badania i oceny ofert;
2. zaniechaniu odrzucenia ofert Wykonawców:
a. Daten (dalej jako: „Daten");
b. Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim (dalej jako: „Cezar");
c. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawa (dalej jako: „IST");
3. wyborze oferty Wykonawcy DATEN, jako oferty najkorzystniejszej, w ramach Pakietu nr 1.

Zamawiający naruszył w szczególności następujące przepisy:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców Daten, Cezar, IST, pomimo, iż ich treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej, jako „SIWZ");
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie przy ocenie oferty wyjaśnień udzielonych przez Daten dotyczących treści oferty, pomimo, iż udzielone wyjaśnienia stanowią de facto zmianę treści oferty;
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, a jednocześnie zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:
1) uwzględnienie odwołania;



2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert Wykonawców: Daten i Cezar oraz IST, a w konsekwencji dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, w związku z czym może on ponieść szkodę. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, pomimo że złożył najkorzystniejszą z niepodlegających odrzuceniu ofert. Naruszeniem interesu Odwołującego oraz powstaniem po jego stronie szkody skutkuje już sama czynność zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Daten (Odwołujący uzyskał drugą w kolejności liczbę punktów w kryteriach oceny ofert), jednakże, z uwagi na fakt, iż niezgodność ofert IST oraz Cezar z treści SIWZ jest tożsama z niezgodnością dotyczącą oferty Daten, dlatego też w odwołaniu podnoszony jest zarzut związany z oceną wszystkich trzech wskazanych ofert.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana Odwołującemu w dniu 7 stycznia 2016 roku. Koniec 10-cio dniowego terminu na wniesienie odwołania upływałby w dniu 17 stycznia 2016 r., który był dniem ustawowo wolnym od pracy, stąd - zgodnie z art. 115 Kodeksu cywilnego - termin ten upłynął w dniu 18 stycznia 2016 roku. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego wraz z materiałami eksploatacyjnymi oraz oprogramowania. Przedmiot zamówienia podzielony został na trzy Pakiety. W ramach Pakietu nr 1, jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez Wykonawcę Daten. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Wykonawcy Cezar i IST zostali sklasyfikowani odpowiednio na miejscach trzecim i czwartym.

Mając na względzie treść oferty Wykonawcy wybranego, jaki i Wykonawców wskazanych na pozycji trzeciej i czwartej, Odwołujący uważa, że czynność badania i oceny ofert, a w konsekwencji czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Pakietu nr 1, została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, ponieważ oferty wymienionych Wykonawców winny podlegać odrzuceniu jako niezgodne z treścią SIWZ.

Niezgodność treści oferty Wykonawcy DATEN z treścią SIWZ oraz nieuprawniona zmiana treści oferty



---

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, która materializuje się wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ.
Oferta Wykonawcy Daten nie odpowiada treści SIWZ w zakresie Pakietu nr 1 w odniesieniu do następujących elementów przedmiotu zamówienia:
- materiały zużywalne do drukarki kolorowej (poz. 10 Załącznika nr 1 do SIWZ);
- materiały zużywalne do faksu (poz. 24 Załącznika nr 1 do SIWZ);
- myszka bezprzewodowa (poz. 17 Załącznika nr 1 do SIWZ);

Ad. materiały zużywalne do drukarki kolorowej (poz. 10 Załącznika nr 1 do SIWZ)

Zgodnie z poz. 10 opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał dostawy 10-ciu kompletów materiałów zużywalnych do drukarki kolorowej wskazanej w poz. 9. Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby oferowane tonery posiadały wydajność na poziomie minimum 20 000 kopii przy 5% zaczernieniu, w tym 1/3 kopii kolorowych (opis wymagań zawarty w Załączniku nr 1 do SIWZ w poz. 10 na str. 1 oraz na str. 9 tego załącznika).

Wykonawca Daten zaoferował 10 kompletów materiałów składających się z tonera „OKI toner cyan 44469724", tonera „OKI toner magenta 44469723", tonera „OKI toner yellow 44469722" oraz tonera „OKI toner Czarny 44973508" (strona 16 oferty). Do oferty Wykonawca załączył oświadczenie producenta (str. 39 oferty), z której wynika, iż oferowane tonery CMY posiadają wydajność 5 000 stron, zaś toner czarny - 7 000 stron.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż zaoferowany komplet czterech tonerów nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż brak jest możliwości wydrukowania za jego pomocą 20 000 kopii (stron) przy 5% zaczernieniu, w tym 1/3 kopii kolorowych.

Zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, komplet tonerów powinien być wystarczający do wydruku 20 000 kopii, w tym 6 667 w kolorze. Wskazać należy, iż do wydruku kolorowego, drukarka używa kompletu czterech tonerów (CMY+czarny). Za pomocą zaoferowanego kompletu możliwe jest wydrukowanie jedynie 7 000 stron, w tym 5 000 stron kolorowych. Można jedynie domyślać się, iż wykonawca błędnie przyjął, iż dla zapewnienia oczekiwanej wydajności 20 000 kopii wystarczające jest zsumowanie wydajności poszczególnych tonerów. Nie jest to jednak prawdziwe, gdyż przy wydruku kolorowym pracują równocześnie cztery tonery.

Wykonawca Daten, w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2015 r., wskazał, iż rzekomo w skład jednego kompletu tonerów wchodzi „taka ilość, która wystarczy do wydrukowania 20 000 stron, w tym 1/3 kolorowych, przy zaczernieniu 5%".

Stwierdzić należy jednak, iż wyjaśnienia te są sprzeczne z wyraźną treścią oferty, w której nie wskazano każdy z czterech tonerów w liczbie pojedynczej. Gdyby Wykonawca



---

zamierzał zaoferować jako komplet po kilka sztuk poszczególnych typów tonerów, wpisałby - wręcz zobowiązany był do wpisania - w treści oferty taką informację. Prawdziwość twierdzenia, iż w przypadku oferowania większej - niż 1 sztuka - ilości poszczególnych typów

materiałów wchodzących w skład kompletu, w ofercie znalazłaby się stosowna informacja, potwierdza chociażby sposób przygotowania oferty przez wykonawcę Cezar, który w kolumnie „Typ i model oferowanego sprzętu" w sposób matematyczny opisał zawartość oferowanego kompletu. Np. w odniesieniu do poz. 24 podał, iż w zakres 1 kompletu wchodzi bęben 1 sztuka oraz 5 tonerów („Panasonic kpl= 1 x KX-FAD473X + 5x KX-FAT472x").

W aktualnej sytuacji, treść oferty DATEN wprost wskazuje na jej niezgodność z SIWZ, złożone wyjaśnienia prowadzą zaś do niedozwolonej zmiany oferty. Dopiero w wyniku wyjaśnień Zamawiający uzyskuje informację, iż w skład kompletu wchodzi więcej sztuk tonerów niż po jednym z każdego typu - która to informacja powinna stanowić treść oferty. Przede wszystkim jednak Wykonawca, nawet w wyjaśnieniach, nie sprecyzował w dalszym ciągu przedmiotu oferty, tj. nie wskazał dokładnie ile sztuk poszczególnych typów wchodzi w skład oferowanego kompletu. Informacja ta zaś jest niezbędna do weryfikacji, czy oferowany komplet spełnia wymóg wydajności na poziomie 20 000 kopii.

Podsumowując, przyjęcie udzielonych wyjaśnień i ocena oferty DATEN z ich uwzględnieniem prowadzi do wprowadzenia niedozwolonej zmiany oferty, co prowadzi wprost do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, zarówno sama treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ zaoferowano komplet tonerów o parametrach nieodpowiadających wymaganiom Zamawiającego. Natomiast, nawet w przypadku uwzględnienia wyjaśnień DATEN z dnia 9 grudnia 2015 r., w dalszym ciągu oferta nie zawiera informacji o oferowanym komplecie materiałów zużywalnych, co nie pozwala Zamawiającemu na weryfikację zgodności oferowanych rozwiązań z wymaganiami Zamawiającego, co również prowadzi do niezgodności oferty z treścią SIWZ, a zatem do konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. materiały zużywalne do faksu (poz. 24 Załącznika nr 1 do SIWZ)

Zgodnie z poz. 24 opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał dostawy 5-ciu kompletów materiałów zużywalnych do faksu wskazanego w poz. 23. Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby oferowane materiały posiadały wydajność na poziomie minimum 10 000 kopii przy 5% zaczernieniu (opis wymagań zawarty w Załączniku nr 1 do SIWZ w poz. 24 na str. 1 oraz na str. 14 tego załącznika).

Wykonawca DATEN zaoferował 5 kompletów „Panasonic komplet KX-FAT411X oraz KXFAD412X" (str. 16 oferty). Do oferty Wykonawca załączył specyfikację producenta (str. 57 oferty), z której wynika, iż oferowany toner KX-FAT411X posiada wydajność 2 000 stron, zaś bęben KXFAD412X - 6 000 stron.



---

Również w tym przypadku Wykonawca wskazał iż komplet składa się z KX-FAT411X oraz KXFAD412X, nie wskazując, iż oferuje więcej sztuk poszczególnych materiałów w ramach jednego kompletu. DATEN w wyjaśnieniach z dnia 9 grudnia 2015 r. zgodził się jedynie, iż rzeczywiście, aby zapewnić wydajność kompletu na poziomie 10 000 kopii (stron) komplet powinien składać się z 5 szt. tonerów oraz 2 szt. bębnów. DATEN również w tym przypadku nie wskazał ile sztuk poszczególnych materiałów objętych jest przedmiotem oferty.

Podsumowując, analogicznie jak w przypadku materiałów zużywalnych do drukarki (poz. 10), oferta w zakresie poz. 24 jest niezgodna z SIWZ, gdyż zaoferowano komplet o niższej wydajności (tj. zestaw toner o wydajności 2 000 stron i bęben 6 000 stron pozwoli na wydruk jedynie 2 000 stron) niż wymagana. Udzielone wyjaśnienia prowadzą w sposób nieuprawniony do zmiany oferty, z uszczerbkiem dla art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Z treści oferty w żaden sposób nie można wywnioskować, iż przedmiotem oferty jest komplet składający się z kilku sztuk tonerów i kilku sztuk bębnów. Dodatkowo same wyjaśnienia DATEN, nawet przy ich uwzględnieniu, w dalszym ciągu nie powodują kompletności treści oferty pozwalającej na weryfikację jej zgodności z SIWZ - nie jest wiadome ile sztuk poszczególnych materiałów wchodzi w skład oferowanego kompletu, a w konsekwencji nie można zweryfikować czy oferowany komplet ma wymaganą wydajność 10 000 kopii.

Ad. myszka bezprzewodowa (poz. 17 Załącznika nr 1 do SIWZ)

Zamawiający opisał minimalne wymagane parametry dla zamawianej myszki bezprzewodowej w Załączniku nr 1 do SIWZ - w Specyfikacji nr 1 (dla Pakietu nr 1), Pozycja nr 17 (str. 11 i 12 Załącznika nr 1 do SIWZ). Zamawiający wymagał, aby myszka posiadała parametr „programowanie przycisków".

Wykonawca DATEN zaoferował Zamawiającemu Bezprzewodową Mysz Laserową EM113 Esperanza (poz. 17 w tabeli na str. 16 oferty). Jak wynika jednak z specyfikacji technicznych producenta wskazanego produktu, Bezprzewodową Mysz Laserową EM113 producenta Esperanza nie posiada programowalnych przycisków. W specyfikacji producenta dołączonej do oferty DATEN (str. 55 oferty) nie została wymieniona wskazana funkcja myszy. Odwołujący natomiast uzyskał potwierdzenie bezpośrednio od producenta Esperanza, iż Mysz EM113 „nie posiada programowalnych przycisków". Jako dowód Odwołujący załączył do odwołania wydruk korespondencji e-mail pomiędzy przedstawicielem Odwołującego a przedstawicielem Esperanza dotyczącej posiadania przez mysz EM 113 funkcji programowania przycisków

Wobec powyższego, oferta DATEN w zakresie Pakietu nr 1, w odniesieniu do poz. 17 [mysz bezprzewodowa), jest niezgodna z treścią SIWZ, z uwagi na fakt, iż zaoferowana Bezprzewodowa Mysz Laserową EM113 jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.



---

Niezgodność treści oferty Wykonawcy Cezar z treścią SIWZ

Wykonawca Cezar w odniesieniu do materiałów zużywalnych wskazanych w poz. 10 Załącznika nr 1 do SIWZ zaoferował materiały niezgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ.

W odniesieniu do materiałów zużywalnych do drukarki kolorowej (poz. 10) zaoferował po 1 sztuce tonerów czarny, magenta, yellow i cyan - każdy o wydajności 7 000 kopii (poz. 10, str. 3 oferty: „Samsung kpi = CLT-C6092S/ELS+ CLT-K6092S/ELS+CLT-M6092S/ELS+CLT- Y6092S/ELS"). Z tego też względu, wydajność zaoferowanego kompletu jest niższa od wymaganej, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Niezgodność treści oferty Wykonawcy ITS z treścią SIWZ

Wykonawca ITS w odniesieniu do materiałów zużywalnych wskazanych w poz. 10 i 24 Załącznika nr 1 do SIWZ zaoferował materiały niezgodne z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ.

W odniesieniu do materiałów zużywalnych do drukarki kolorowej (poz. 10) zaoferował po 1 sztuce tonerów: czarny (o wydajności 7 000 kopii) oraz po 1 sztuce magenta, yellow i cyan - każdy o wydajności 5 000 kopii (poz. 10, str. 8 oferty). Wykonawca opisując oferowany w poz. 10 przedmiot używał liczby pojedynczej, ani nie zawarł w treści oferty żadnych innych informacji wskazujących na okoliczność, aby w skład oferowanego kompletu wchodziła większa liczba tonerów.

W odniesieniu natomiast do poz. 24, Wykonawca nie wskazał nawet typu i modelu oferowanego urządzenia, co całkowicie uniemożliwia ocenę złożonej przez niego oferty.

Z uwagi na powyższe, oferta we wskazanym zakresie jest niezgodna z SIWZ, tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Prowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający dokonał nienależytej oceny ofert, czego skutkiem było zaniechanie odrzucenia z postępowania wadliwych ofert złożonych przez Wykonawców DATEN, Cezar oraz ITS. Konsekwencją powołanych uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na przeprowadzenie postępowania z poszanowaniem powołanych zasad.



---

Przez wzgląd na powyższe, Odwołujący w sposób oczywisty nie może konkurować z Wykonawcami, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami postawionymi w SIWZ. Takie oferty w żadnym razie nie mogą stanowić porównania z ofertą zgodną ze wszystkimi oczekiwaniami Zamawiającego oraz wprost stanowią uchybienie zasadzie równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych przez wykonawców na wezwanie Zamawiającego, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenie oferty Przystępującego i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia ofert innych wykonawców, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 21 stycznia 2016 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim. Wnosił on o uwzględnienie odwołania. Izba ustaliła, że przystąpienie było skuteczne. Przystępujący Cezar wskazywał również na niezgodności w treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Biorąc pod uwagę treść art. 185 ust. 5 ustawy Pzp, że czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, zgłoszone zarzuty pozostawały poza przedmiotem rozpoznania Izby w postępowaniu odwoławczym. Zauważyć należy, że Przystępujący Cezar uprawniony był do wniesienia własnego odwołania, z prawa tego nie skorzystał. Będąc przystępującym w tym postępowaniu



odwoławczym uprawniony był jedynie do popierania stanowiska Odwołującego, który co ciekawe, kwestionował również prawidłowość treści oferty Przystępującego Cezar i żądał odrzucenia tej oferty.

W dniu 22 stycznia 2016 roku zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca D.K. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą z Daten siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Przystępujący Daten"). Wnosił on o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów skierowanych do jego oferty. Izba ustaliła, że przystąpienie było skuteczne.

W dniu 25 stycznia 2016 roku na podstawie art. 186 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty oraz żądania przedstawione przez Odwołującego. Zamawiający zadeklarował, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokona czynności ponownej oceny ofert.

Przystępujący Daten w dniu 26 stycznia 2016 roku złożył sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania i wnosił o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność zarzutów, przedstawiając w tym zakresie argumentację i materiał dowodowy.

**Izba ustaliła,** że:

W dniu 8 grudnia 2015 roku Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego Daten do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym pozycja nr 10 – zaoferowane tonery posiadają wydajność niższą od wymaganej przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał zaoferowania dla urządzeń Oki C531dn materiałów zużywanych na 20 000 kopii, w tym 1/3 kopii kolorowych. Wykonawca Daten zaoferował komplety składające się z: czarnego tonera o oznaczeniu (44973508) pozwalającego na wydruk 7000 kopii oraz zestawu tonerów CMY: (C: 44469724, M: 44469723, Y: 44469722) przewidzianego na wydruk 5000 kopii. Sumaryczna ilość wydruku dla zaoferowanych tonerów to 12 000 kopii, co wprost jest niezgodne z wymaganiami określonymi przez

Zamawiającego. Wydajność tonerów wprost wynika z oświadczenia OKI załączonego w ofercie Daten.
Pozycja 17 – mysz bezprzewodowa laserowa EM113 – brak możliwości programowania przycisków. Zamawiający wymagał funkcji programowania przycisków zaoferowana mysz nie posiada wymaganej funkcjonalności, co zostało potwierdzone u producenta myszy.
Pozycja 24 – zaoferowane materiały eksploatacyjne posiadają wydajność niższą od wymaganej. Zamawiający wymagał zaoferowania materiałów zużywalnych do urządzenia Panasonic Fax KX-MB2061 na 10 000 kopii. Wykonawca zaoferował komplet składający się



z Toner KX-FAT411X (wydajność 2000 kopii) oraz bęben KX-FAD412X (wydajność 6 000 kopii). Zaoferowane materiały pozwalają na wykonanie jedynie 2000 kopii. Komplet powinien się składać z 5 szt. Toner KX-FAT411X oraz 2 sztuk bębna KX-FAD412X.

9 grudnia 2015 roku Przystępujący Daten odpowiadając na wezwanie, wskazał, że w pozycji nr 10 zaoferował 10 kompletów materiałów zużywalnych o wydajności 20 000 stron każdy. Z oferty nie wynika, że w jednym komplecie zaoferowano po jednej sztuce każdego tonera. Podano tylko typ i model oferowanych tonerów, a przedmiotem dostawy będzie taka ilość, która wystarczy do wydrukowania 20 000 stron, w tym 1/3 kolorowych przy zaczernieniu 5%. Wykonawca załączył oświadczenie producenta do oferty, z którego wynika wydajność dla pojedynczych tonerów, a nie dla kompletu. Producent nie miał wglądu w ofertę przed jej złożeniem.
W przypadku pozycji 24 wskazano, że zaoferowano 5 kompletów materiałów zużywalnych o wydajności 10 000 stron każdy. Z oferty nie wynika, że zaoferowano po jednej sztuce tonera i bębna. Podano tylko typ i model tonerów i bębnów, a przedmiotem dostawy będzie taka ilość, która wystarczy do wydrukowania 10 000 stron przy zaczernieniu 5%. Słusznie Zamawiający twierdził, że komplet pozwalający na wydrukowanie 10 000 kopii powinien składać się z 5 szt. tonerów i 2 sztuk bębnów, ale bezpodstawnie stwierdzono, że w skład oferowanego kompletu wchodzi jeden toner i jeden bęben.
Co do pozycji 17 zaznaczono, że bezprzewodowa mysz laserowa posiada możliwość programowania przycisków. Dołączono pismo od producenta myszy, zawierające opis sposobu realizacji tej funkcjonalności. Z oświadczenia wynika, że przyciski w myszy laserowej EM113 są programowalne przy użyciu odpowiedniego oprogramowania, również darmowego (np. X-Mouse Button Control) a w niewielkim zakresie przy użyciu narzędzi systemu MS Windows.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zakresu merytorycznego rozpoznania odwołania i kształtu sentencji przedmiotowego orzeczenia.

Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Daten dotyczyło jedynie jego oferty. Wykonawca ten nie miał interesu w tym, aby odwołanie w pozostałej części podniesionych zarzutów zostało rozstrzygnięte na korzyść którejkolwiek ze stron (zarówno Zamawiającego jak i Odwołującego, czy też innych wykonawców, którzy złożyli w postępowaniu oferty, a skwalifikowani zostali na dalszych pozycjach rankingu wykonawców i nie zgłosili przystąpienia w postępowaniu odwoławczym). Nie ulega wątpliwości, że interes w uzyskaniu



rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje, winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie wpływać ma na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, że w konsekwencji dopuszczalnym było - ze względu na wyjątkową sytuację zaistniałą w tym postępowaniu – aby wykonawca wniósł sprzeciw jedynie w zakresie zarzutów związanych z jego ofertą – wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości, także w stosunku do pozostałych dwóch wykonawców. Dopuszczalność wniesienia częściowego sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania wyrażono w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej np. w wyroku z dnia 28 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2626/11

i 2633/11) oraz w wyroku z dnia 14 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1602/12, 1607/12, 1613/12, 1616/13, 1617/13, KIO 1618/13), jak też w wyroku z dnia 30 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 510/12).

Nie można nie zauważyć, że przyjęcie - wyjątkowo w tym postępowaniu odmiennej koncepcji – byłoby niczym innym jak wymaganiem od wykonawcy złożenia sprzeciwu również wobec uwzględnienia zarzutów dotyczących innych (konkurencyjnych) ofert, i w konsekwencji wiązałoby się z koniecznością bronienia ofert należących de facto do innych wykonawców, z którymi Przystępujący Daten w żaden sposób - faktyczny ani prawny - nie jest związany. Powyższe wiązałoby się także z koniecznością ponoszenia kosztów postępowania w całości za innych wykonawców. Nie można również nie zauważyć, że wykonawca Cezar Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, choć ten kwestionował prawidłowość złożonej przez niego oferty, czym pozbawił się możliwości bronienia swojej oferty i nie skorzystał z przysługującego mu prawa wynikającego z art. 185 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego w niniejszym stanie faktycznym nakazanie Przystępującemu Daten wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów - również zarzutów odwołania odnoszących się do innych ofert - byłoby niczym innym jak nakazaniem wykonawcy bronienia ofert, które nie zostały przez niego złożone i z ofertą Przystępującego konkurują. Dlatego też Izba uznała, że należało uwzględnić oświadczenie Przystępującego w przedmiocie sprzeciwu wniesione wyłącznie w odniesieniu do własnej oferty i tylko w tej części rozpatrywać odwołanie merytorycznie. Izba w tym zakresie w pełni podzieliła i przyjęła za własne wywody oraz ustalenia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2015 roku (sygn. akt KIO 1083/15).



---

**Na podstawie ustalonego w postępowaniu stanu faktycznego, Izba uznała,** że **odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego Daten.**

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Oceniając ustalony w postępowaniu stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż zapisy SIWZ obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednoznacznie zdaniem składu orzekającego Izby potwierdzają, że Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym w ujęciu tabelarycznym typu i modelu oferowanego sprzętu w przypadku materiałów zużywalnych do drukarki kolorowej i faksu. Żaden element tabeli nie zobowiązywał wykonawcy do wskazania konkretnej ilości tonerów składających się na „komplet” materiałów do danego urządzenia, a pojęcie „kompletu” bez bliższego oznaczenia, jakie elementy się na niego składają do zapisów SIWZ wprowadził sam Zamawiający. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wymagał podania ilości poszczególnych materiałów eksploatacyjnych wchodzących w skład kompletu. Nie można się także zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, że pod pojęciem kompletu w ujęciu wydajnościowym rozumiał on jeden wkład, który powinien zapewnić zamierzoną wydajność wydruku. Ilość oferowanego asortymentu została przez Zamawiającego określona

jako 10 kompletów, natomiast 1 komplet miał zapewniać wydajność 20 000 kopii, w tym 1/3 kopii kolorowych (drukarka) i 10 000 kopii (faks). Zapisy SIWZ nie wskazują, że Zamawiający oczekiwał jednego wkładu lub też oczekiwał wyliczenia składu kompletu, a skonstruowanie w tej sposób oferty przez Odwołującego było jego inicjatywą własną. W ocenie Izby



przedstawienie oferty w ujęciu każdej z tych możliwości byłoby poprawne. Zgodzić należy się z twierdzeniami Przystępującego Daten, że Zamawiający dla każdego kompletu materiałów zużywalnych określił parametry przez wydajność materiałów, a nie przez ich ilość. Oznacza to, że w toku realizacji dostawy wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia takiej ilości materiałów eksploatacyjnych, które zapewnią osiągnięcie założonych parametrów wydruku. Słusznie zauważył także przystępujący Daten, że w przypadku jego oferty i materiałów do drukarki już sama cena pozycji w formularzu wskazywać mogła pośrednio, że nie mamy do czynienia z kompletem rozumianym jako jedna sztuka tonera z każdego koloru. Jednocześnie zauważyć należy, że Odwołujący nie postawił w odwołaniu zarzutu rażąco niskiej ceny, a więc przedstawiony przez niego cennik nie mógł być dowodem na powyższą okoliczność, że cena tej pozycji oferty jest zbyt niska. Cena oferty Przystępującego Daten nie była przedmiotem badania, nie był on wzywany do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów cenowych, nie był więc zobowiązany do dowodzenia prawdziwości tezy przeciwnej, że cena oferty nie jest rażąco niska. Złożone przez Przystępującego Daten oświadczenie OKI Polska dowodzić miało jedynie, że cena pozycji formularza wskazuje, iż nie mamy w przypadku „kompletu" do czynienia z pojedynczymi sztukami materiałów eksploatacyjnych. Nie przedstawiono natomiast dowodów przemawiających za okolicznością, że cena pozycji wskazywać może na niemożliwość osiągnięcia zakładanej wydajności materiałów.

Dostrzeżenia wymaga, że złożone przez Przystępującego Daten wyjaśnienia w trybie art. 87 ustawy Pzp, wbrew tezom Odwołującego, nie zmieniają treści oferty. Przystępujący w przypadku materiałów do drukarki potwierdził, że dostarczy 10 kompletów materiałów po cenie wynikającej z formularza ofertowego i wydajności określonej przez Zamawiającego. Zamawiający nie pytał o ilość materiałów poszczególnych tonerów składający się na komplet, więc wykonawca nie odnosił się do tego zagadnienia w wyjaśnieniach. Wykonawca potwierdził także, że w przypadku materiałów do faksu dostarczy 5 kompletów i twierdząco odpowiedział na pytanie Zamawiającego, że aby osiągnąć wydajność 10 000 kopii konieczne jest dostarczenie 5 sztuk tonerów i 2 sztuk bębnów oraz że taka ilość materiałów została uwzględniona i wyceniona w ofercie. Zdaniem Izby w obu przypadkach Przystępujący Daten potwierdził treść oferty, nie dokonując w tym zakresie jakichkolwiek zmian. Nie może zatem być mowy o jakichkolwiek niezgodnościach treści oferty z treścią specyfikacji.

W przypadku myszki bezprzewodowej Zamawiający określił w SIWZ, że ma ona posiadać możliwość programowania przycisków. Kwestia posiadania tej funkcjonalności przez model zaoferowany przez Przystępującego Daten (EM113 Esperanza) wyjaśniania była w toku postępowania o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Wykonawca z wyjaśnieniami przedstawił oświadczenie producenta, że dany produkt taką funkcjonalność zapewnia przy użyciu odpowiedniego (także darmowego) oprogramowania, a w niewielkim



zakresie przy użyciu narzędzi systemu MS Windows. Odwołujący zaś w tej materii przedstawił korespondencję mailową z pracownikami producenta, z której wynikało, że funkcjonalność ta nie jest dostępna. Oceniając przedstawiony materiał dowodowy bez wątpienia prymat należało dać złożonemu oświadczeniu umocowanego przedstawiciela producenta jako stanowisku oficjalnemu, będącemu wiążącym oświadczeniem woli. W drugiej kolejności oceny wymaga okoliczność, w jaki sposób Zamawiający oczekiwał osiągnięcia danej funkcjonalności w produkcie. Podzielić w tym zakresie należy stanowisko Przystępującego Daten, że Zamawiający w SIWZ nie określił szczegółowo sposobu osiągnięcia danej funkcjonalności. Powyższe oznacza, w ocenie składu orzekającego Izby, że dopuszczalny i możliwy do uwzględnienia w ofercie był każdy z istniejących sposobów osiągnięcia funkcjonalności programowania przycisków, zarówno przez zaoferowanie produktu posiadającego zainstalowane przez producenta sterowniki w samym produkcie, czy też przez użycie dodatkowego oprogramowania (niekoniecznie producenta), które umożliwia programowanie przycisków. Funkcjonalności tej nie musiał posiadać sam produkt. Z bliżej

nieokreślonych przyczyn Odwołujący wywodzi także, że nawet jeżeli możliwe było użycie dodatkowego oprogramowania, to dodatkowe oprogramowanie pochodzić musi od producenta myszy i powinno być ono wymienione w treści oferty. Jak już wcześniej zauważono w uzasadnieniu, Zamawiający oprócz wskazania pewnej funkcjonalności, w żaden inny, dokładniejszy sposób jej nie opisał. Izba nie znalazła podstaw w zapisach SIWZ, aby różnicować pod względem poprawności użycia niezbędne do osiągnięcia funkcjonalności oprogramowanie, tylko z powodu źródła jego pochodzenia. Kwestią wtórną jest, czy oprogramowanie do programowania przycisków dostępne jest na stronie producenta produktu, czy też na innej stronie wskazanej przez Wykonawcę. Z punktu widzenia Zamawiającego i ustalonych zapisów SIWZ istotne było osiągnięcie funkcjonalności, nie zaś sposób (metoda) osiągnięcia tego parametru.

Z uwagi na okoliczność, że producent nie wymieniał danej funkcjonalności na stronie internetowej dotyczącej produktu oraz nie wynikała ona z materiałów dołączonych do oferty, prawidłowo wezwał Zamawiający wykonawcę Daten do złożenia wyjaśnień. Przedstawione stanowisko wykonawcy nie zmienia treści oferty ale wyjaśnia w jaki sposób dana funkcjonalność zostanie zrealizowana, co nie stoi w sprzeczności z treścią SIWZ, ponieważ ta nie określała sposobu. Z tych względów Izba uznała, że treść oferty Przystępującego Daten zgodna była z treścią SIWZ, co oznacza, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wskazać należy, że podstawowe zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie zostały przez Zamawiającego naruszone.



---

Opis przedmiotu zamówienia umożliwiał wzięcie udziału w postępowaniu dużej grupie wykonawców, ustalone wymogi, tak w opisie warunków udziału w postępowaniu, jak też w opisie przedmiotu zamówienia nie utrudniały wykonawcom dostępu do zamówienia, a jednocześnie zapewnić miały Zamawiającemu dostawę sprzętu na miarę jego potrzeb. Zamawiający nie naruszył również art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, dokonał wyboru oferty, która była najkorzystniejsza według przyjętych kryteriów oceny ofert.

W zakresie pozostałych ofert kwestionowanych w postępowaniu - wobec niezgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego wykonawcy Cezar Sp. z o.o. oraz wykonawcy Intertrading Systems- posiadających niewątpliwie interes w przystąpieniu do tego postępowania – oraz wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze i wydać postanowienie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp zdanie drugie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powołanego przepisu wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika także, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu odwołania nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie może zawierać również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę ich charakter i treść są postanowieniami. Za takie rozstrzygnięcie uznać należy choćby postanowienie o kosztach umieszczane w wyroku Izby, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). I tak skarżący może jedynie podważać przez wniesienie skargi do sądu prawidłowość rozstrzygnięcia Izby o kosztach postępowania, w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Wobec powyższego przedmiotowe orzeczenie Izby, w punkcie pierwszym sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania w zakresie zarzutów związanych z ofertą Przystępującego Daten Z kolei orzeczenie Izby zawarte w punkcie drugim sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło umorzenia postępowania w pozostałej części związanej z zarzutami, wobec uwzględnienia zarzutów odwołania, a zatem było postanowieniem. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać

postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu o umorzeniu postępowania odwoławczego zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym,



jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (tak: A. Góra – Błaszczykowska, Postanowienia…, 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Eraciński (w:) Kodeks postępowania cywilnego…, t.2, red. T. Eraciński, s. 110).

Reasumując, w związku z faktem, że w części postępowania dotyczących pozostałych dwóch ofert po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu, postępowanie odwoławcze w tym zakresie – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp – należało umorzyć.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie pierwszym sentencji orzekła w formie wyroku, w punkcie drugim zaś na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie wydała postanowienie.

W punkcie trzecim i czwartym sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, co oznacza, że zgodnie § 5 ust. 3 pkt 2 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), zatrzymując 1/3 wysokości wpisu oraz zasądzając od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw koszty wynagrodzenia pełnomocnika. Następnie Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, biorąc pod uwagę, że Zamawiający uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu, zaś po jego stronie nie przystąpił w terminie żaden wykonawca oraz na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, znosząc wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między Zamawiającym a Odwołującym w tym zakresie. W związku z tym, na podstawie § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, Izba orzekła o konieczności dokonania zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty stanowiącej 2/3 uiszczonego wpisu od odwołania, gdyż uwzględnienie miało miejsce przed rozpoczęciem posiedzenia.

**Przewodniczący:**