

WYROK
z dnia 30 czerwca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2023r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **T4B Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie** przy udziale wykonawcy **TEAM SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie na „*Modernizację Systemu Kontroli Dostępu i Systemu Przepustkowego na terenie Lotniska Chopina w Warszawie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 005-007803.

W dniu 16 czerwca 2023 r. wykonawca T4B sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego a także na niedochowaniu jednoczesności czynności odrzucenia ofert z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Team Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „Team Systems”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 107 ust. 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż złożona przez niego oferta jest zgodna z SWZ a złożone uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w pełni odpowiadają treści wezwania do ich uzupełnienia, są spójne i całościowe, a także poparte w pewnym zakresie dowodami złożonymi wraz z wyjaśnieniami i w pełnym zakresie dowodami uzupełnionymi bezpośrednio po złożeniu wyjaśnień.

2. art. 253 ust. 1 oraz 2 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w taki sposób, że naruszyło to uczciwą konkurencję, a sposób stosowania prawa przez Zamawiającego narusza zasadę przejrzystości i obowiązek równoczesnego wykonywania czynności odrzucania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Takie działanie Zamawiającego utrudnia złożenie odwołania na wybór oferty konkurencyjnej, która nie jest zgodna z SWZ w zakresie szerszym niż niezgodności, które istnieją wg Zamawiającego w ofercie Odwołującego, a mimo to oferta konkurencyjna nie zostaje odrzucona. Nierówne traktowanie polega także na przyjęciu oferty Team Systems mimo posiadania przez nią szeregu wad (niezgodności z SWZ), a odrzucenie oferty Odwołującego, wobec której sformułowano jeden zarzut niezgodności i jest to zarzut w ocenie Odwołującego bezzasadny.

3. art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez niedokonanie czynności odrzucenia oferty TEAM Systems Sp. z o.o., mimo iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ.

4. art. 137 ust. 1 w zw. z art. 8 ustawy Pzp i art. 701 § 4 Kc poprzez zmianę sposobu rozumienia postanowień SWZ co do cechy przedmiotu zamówienia, która stała się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, mimo iż wymagania Zamawiającego co do tej cechy określone w SWZ (a precyzyjniej w odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ) nie były sformułowane jednoznacznie, a Zamawiający te niejasności w pewnym momencie zaczął interpretować na niekorzyść Wykonawcy wbrew zasadzie *in dubio contra proferentem*.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

-unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,

-ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i równoczesnego poinformowania Wykonawców o wynikach postępowania.

-odrzućenia oferty Przystępującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 7 czerwca 2023 r. otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty ze względu na fakt, że z dostarczonych dokumentów nie wynikało, aby oferowany czytnik biometryczny posiadał bezdotykowy odczyt biometryczny odcisku palca, co według Zamawiającego było wymogiem SWZ, a z czym Odwołujący się nie zgodził. Odwołujący wskazał, że postępowanie prowadzone przez Zamawiającego przed datą odrzucenia jego oferty było prowadzone w taki sposób, iż Zamawiający modyfikował swoje rozumienie SWZ wskutek interpretacji przedstawianej przez uczestników przetargu. Wyjaśnił, że w dniu 4 maja 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp wezwał go do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie m.in. czytnika biometrycznego, którego cechy zostały ostatecznie ocenione jako niezgodne z SWZ. W wezwaniu Zamawiający zwrócił się „o potwierdzenie i udokumentowanie zgodnie z wymaganiami SWZ, że zaproponowany czytnik biometryczny posiada odczyt biometryczny odcisku palca”. Zamawiający zwrócił też uwagę, że w odpowiedzi z dnia 6 maja 2023 r. na pytanie nr 10 o treści: „Ile czytników biometrycznych należy przewidzieć? Czy czytniki biometryczne winny być dotykowe czy bezdotykowe?”, udzielił odpowiedzi: „Należy przewidzieć 8 czytników biometrycznych. Zaproponowane czytniki muszą być bezdotykowe”. Z tej odpowiedzi Zamawiający wyprowadził wniosek, że czytniki muszą zapewniać bezdotykowy odczyt odcisku palca. Jest to wniosek nieuprawniony. Odpowiedź, której udzielił Zamawiający, wskazuje bowiem jedynie na to, że czytniki muszą być bezdotykowe. Nie oznacza to jednak, że bezdotykowo musi być realizowana funkcja odczytu odcisku palca, skoro dla czytnika tego Zamawiający wymagał realizacji dwóch funkcji w systemie tj. odczyt biometryczny i możliwość zastosowania jako czytnik systemu kontroli dostępu. Wymogu co do „bezdotykowego odczytu odcisku palca” w odpowiedzi nie ma. Na rynku czytników standardem jest, że czytnik wykonuje wszystkie swoje funkcje w sposób bezdotykowy (tak czytuje dane np. z kart zbliżeniowych lub telefonów komórkowych) i jednocześnie, aby zweryfikować odcisk palca, wymaga przyłożenia palca do szybki czytnika, czym pozyskujemy odczyt odcisku palca. Zaoferowany przez Odwołującego czytnik biometryczny zapewnia w pełni bezdotykową pracę urządzenia, przy zastosowaniu go jako czytnik systemu kontroli dostępu. Natomiast w zakresie funkcji biometrycznych, zasada działania jest taka, że do szybki przykładamy palec w celu uzyskania odcisku palca (wymóg zamawiającego) a następnie odczyt odcisku palca, realizowany jest bezdotykowo (wymóg Zamawiającego) przez sensor umieszczony pod szybką ale z nią nie połączony. Tak też wymóg bezdotykowości czytnika odczytał Odwołujący i jest to w jego ocenie interpretacja prawidłowa i zgodna z postawionymi wymaganiami. Odpowiedź na pytanie nr 10, której udzielił Zamawiający, nie pozwala uznać, że wymagał bezdotykowego odczytu odcisku palca bez dotknięcia szybki czytnika. Zamawiający nie doprecyzował wystarczająco dokładnie, jaki ma być zakres owej bezdotykowości i których funkcji urządzenia ma on dotyczyć. W realiach rynkowych zapis bezdotykowości w zakresie czytnika biometrycznego może być dwójako interpretowany, ponieważ takie czytniki pełnią obecnie nie tylko rolę czytnika odczytującego znaczniki biometryczne, ale tak jak w tym przypadku, równolegle również odczytu kart zbliżeniowych.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego w piśmie z 12 maja 2023 r. Odwołujący wskazał więc że: „Jednocześnie informujemy, że zaproponowany czytnik posiada odczyt biometryczny odcisku palca oraz że jest to czytnik bezdotykowy i umożliwia bezdotykowy odczyt danych. Jako potwierdzenie przekazujemy Zamawiającemu oryginalną angielską kartę katalogową (Załącznik nr 8), w której kolorem zielonym został zaznaczony fragment potwierdzający powyższą funkcjonalność. Poniżej udostępniamy tłumaczenie wspomnianego tekstu: „Wysoka wszechstronność — niezrównana elastyczność wdrażania wielu trybów uwierzytelniania, w tym biometrycznego odcisku palca oraz bezdotykowych fizycznych i mobilnych danych uwierzytelniających, za pomocą jednego czytnika”. Odpowiedź taka odpowiada faktycznym cechom czytnika i wymaganiu Zamawiającego. Czytnik jest biometryczny i bezdotykowy. Posiada też funkcję odczytu odcisku palca. Odpowiedź na pytanie, przywoływana przez Zamawiającego, wymaga funkcji bezdotykowej dla czytnika, jako całości. Zaoferowany czytnik, spełnia ten wymóg, zgodnie z argumentacją przytoczoną w pkt. 10. Odwołujący wskazał, że sugerowana przez Zamawiającego, dopiero na etapie oceny ofert, interpretacja, że funkcja odczytu odcisku palca musi być bezdotykowa, wykluczyłaby możliwości zastosowania wszystkich renomowanych sprawdzonych i powszechnie praktykowanych rozwiązań. Żaden z liderów branży czytników biometrycznych nie stosuje takiej technologii odczytu. Ograniczałoby to wybór do bardzo wąskiego grona produktów, mimo iż z SWZ nie można wprost odczytać, że takie było jej brzmienie. Jedynie nieuprawnioną interpretacją własnego dokumentu przez Zamawiającego, dochodziłoby do rażącego zawężenia kręgu Wykonawców zdolnych do złożenia oferty.

Odwołujący zwrócił również uwagę na to, że w początkowej fazie ocen ofert Zamawiający nie kwestionował prawidłowości jego oferty w aspekcie cech czytnika uczynił to dopiero po uzyskaniu uwag od innego wykonawcy, zmieniając swoje stanowisko co do sposobu odczytania stworzonej przez siebie SWZ i odpowiedzi na pytania dotyczące jej treści udzielanych przed złożeniem ofert. Takie działanie jest sprzeczne z przepisami przywołanymi na wstępie i w

przypadku niejasności co do rozumienia SWZ (w tym rozumienia udzielonych niejasnych wyjaśnień) muszą być tłumaczone na korzyść wykonawcy. Niedopuszczalne jest, aby Zamawiający kreował własne wymagania, już po złożeniu ofert Wykonawców, co ewidentnie miało miejsce w tym wypadku.

Uzasadniając zarzut braku jednoczesności czynności odrzucania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący uzasadnił tym, że takie postępowanie Zamawiającego, wprost jest niezgodne z treścią art. 253 Pzp i prowadzi do utrudnienia a być może uniemożliwienia złożenia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta Odwołującego zostałaby obecnie uznana za podlegającą odrzuceniu. Wówczas, gdy w postępowaniu pozostałaby jedynie oferta innego Wykonawcy (w praktyce oferta Team Systems), to Zamawiający mógłby powoływać się na brak interesu T4B, gdyby wówczas ten podmiot chciał złożyć odwołanie na nieuprawniony wybór oferty Team Systems wskazując, że oferta ta podlega odrzuceniu. W takim przypadku dwaj Wykonawcy znajdujący się w tej samej sytuacji, byłiby potraktowani nierówno, gdyż jeden z nich zostałby wyeliminowany z postępowania, a drugi – w wyniku pozbawienia Wykonawców prawa do kontroli czynności Zamawiającego – uzyskałby zamówienie, mimo tych samych wad w jego ofercie. Konieczne jest więc, by choćby z tej wskazanej w pkt powyżej przyczyny uchylić obecną decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego (choć zdaniem Odwołującego uchylene to jest konieczne przede wszystkim ze względu na wykazaną wcześniej zgodność tej oferty z SWZ).

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał na zaniechanie odrzucenia oferty Team Systems, podtrzymując ten zarzut w sytuacji, w której Zamawiający oświadczył, że dokonał już oceny tej oferty, a milczenie w piśmie o odrzuceniu oferty z dnia 7 czerwca oznacza, że do oferty Team Systems nie wnosi on zastrzeżeń. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący sprecyzował zarzuty w zakresie niezgodności zaoferowanych czynników w zakresie:

- a) Zasilacza AC/DC,
- b) Przycisku wyjścia,
- c) Sygnalizatora optyczno-akustycznego,
- d) czytnika,
- e) czytnika biometrycznego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 czerwca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów wskazanych w punktach 1,2 oraz 4, natomiast w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 3 odwołania wniósł o umorzenie postępowania z uwagi na jego przedwczesność wynikającą z faktu, iż Zamawiający nie zakończył procesu badania i oceny ofert w Postępowaniu, w tym nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 568 ust 2 Pzp).

Wnosząc o oddalenie odwołania Zamawiający wskazał, że zarzuty odwołania nie uzasadniają jego uwzględnienia, w szczególności unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający podtrzymał stanowisko, że oferta Odwołującego nie odpowiada warunkom zamówienia określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) w kwestionowanym zakresie, a odwołanie potwierdza prawidłowość decyzji Zamawiającego jednoznacznie wskazując, iż zaoferowany przez Odwołującego czytnik biometryczny nie jest czytnikiem bezdotykowym.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości wskazując motywy swojego stanowiska procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę TEAM SYSTEMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2023 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W motywach rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał: *„Zgodnie z rozdz. 7 ust. 1.8 b) SWZ Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz ofertą przedmiotowych środków dowodowych w postaci m.in. wykazu zawierającego wymagania minimalne dla wybranych elementów Systemu Kontroli Dostępu proponowanych urządzeń i materiałów, którego wzór stanowił załącznik nr 9 do SWZ, wraz z dokumentami producentów proponowanych urządzeń i materiałów potwierdzających spełnienie parametrów zawartych w tabeli.*

Jednym z wymagań odnośnie oferowanego czytnika biometrycznego było, aby był on wykonany w technologii bezdotykowej. Parametr ten wynikał z udzielonej w dniu 6 lutego 2023

roku odpowiedzi na pytanie Wykonawcy (Ile czynników biometrycznych należy przewidzieć?, czy czynniki biometryczne winy być dotykowe czy bezdotykowe? W przypadku czynników czy Zamawiający będzie regularnie dbał o prawidłowe czyszczenie czytnika tzn. właściwe funkcjonowanie odczytu biometrii palca?): „Należy przewidzieć 8 czynników biometrycznych. Zaproponowane czynniki muszą być bezdotykowe (...).

Ponieważ z załączonej do oferty karty producenta na zaproponowany model czytnika biometrycznego (HID Signo 25 B) nie wynikało, iż czytnik jest oparty o technologię bezdotykową, Zamawiający w dniu 04/05/2023 r działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy, wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów poprzez przedstawienie potwierdzenia i udokumentowanie, że zaproponowany czytnik biometryczny posiada bezdotykowy odczyt biometryczny odcisku palca.

Z dostarczonych w wyznaczonym terminie dokumentów nie wynika aby oferowany czytnik biometryczny posiadał bezdotykowy odczyt biometryczny odcisku palca.”

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że zastosowanie dyspozycji ww. przepisu jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Ponadto konieczne jest aby możliwe było wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków zamówienia, w tym poprzez udzielanie wyjaśnień w odpowiedziach na pytania wykonawców, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby Zamawiający w przytoczonej przez strony odpowiedzi na pytanie nr 10 wskazał jednoznacznie, że zaoferowane czynniki biometryczne muszą być bezdotykowe. Z odpowiedzi tej nie da się jak próbował to czynić Odwołujący wywieść, że czytnik spełni funkcję bezdotykową, gdy zostanie zastosowany **jako czytnik systemu kontroli dostępu**. Odpowiedź Zamawiającego nie odnosiła się do poszczególnych funkcji urządzenia, odnosiła się ona bowiem do urządzenia jako całości. W związku z tym uznać należy, że „całe” urządzenie miało być bezdotykowe. Ponadto wskazać należy, że skoro zadaniem czytników biometrycznych jest identyfikacja osoby na podstawie jego cech biometrycznych, a w przypadku urządzenia oferowanego przez Odwołującego na podstawie odcisku palca, to przy tak sformułowanej odpowiedzi na pytanie, należało przyjąć że ta identyfikacja ma odbywać się bezdotykowo. W związku natomiast z faktem, że identyfikacja za pomocą urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego wymagała dotyku, to w opinii Izby Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z ww. warunkiem zamówienia.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego co do braku jednoznaczności w zakresie wymagań dotyczących czytników wskazać należy, że Izba uznała, że oczekiwania Zamawiającego co do czytników biometrycznych zostały wyrażone w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, a ponadto wbrew stanowisku Odwołującego nie pozwalały na różne jego rozumienie. Jeżeli natomiast Odwołujący miał wątpliwości, jak należy rozumieć wymóg bezdotykowości urządzenia w zakresie realizowanych przez to urządzenie funkcji biometrycznych to zobowiązany był wystąpić do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie.

Tym samym na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego z uwagi na okoliczność, że przedłożył on dokumenty w języku angielskim, z tłumaczeniem tylko jego niewielkich fragmentów. W ocenie Izby tłumaczenie musi dotyczyć całego dokumentu, a nie jedynie jego fragmentów. Tylko dokument przetłumaczony na język polski może stanowić wartość dowodową w sprawie, gdyż jedynie taki dokument umożliwia prawidłową ocenę takiego dokumentu i tym samym ocenę dowodu. Dlatego też wybiórcze przetłumaczenie niewielkich fragmentów uniemożliwiło Izbie weryfikację jego treści.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp wskazać należy, że Zamawiający na rozprawie wskazywał, że w postępowaniu przewidział aukcję elektroniczną, do której mogą zostać zaproszeni tylko ci wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Dla zapewnienia zasady przejrzystości dokonał on odrzucenia oferty Odwołującego, aby wykonawca ten miał wiedzę o przyczynach braku zaproszenia do aukcji i mógł czynność tą ewentualnie zakwestionować.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że zgodnie z art. 232 ust. 1 Pzp, Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a

natomiast zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z ww. przepisów wynika zatem, że z jednej strony zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu ofert przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej, ale z drugiej informuje wykonawców o odrzuceniu ich ofert i o powodach odrzucenia dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Z treści art. 232 ust. 1 Pzp wynika więc wprost, że zaproszenie otrzymują tylko wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a nie ci których oferty nie zostały odrzucone. Z treści przepisu art. 253 ust. 1 Pzp nie wynika natomiast możliwość dokonania odrzucenia oferty przed poinformowaniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, a więc nie można uznać, że uregulowanie zawarte w przepisie art. 232 ust. 1 Pzp stanowi wyjątek od reguły wynikającej w przepisie art. 253 ust. 1 Pzp.

Izba stwierdziła w konsekwencji, że Zamawiający naruszył ww. przepis, ponieważ winien on dokonać czynności odrzucenia oferty Odwołującego razem z wyborem oferty najkorzystniejszej, co wynika wprost z przepisu art. 253 ust. 1 Pzp. Nie mniej jednak pomimo uznania zasadności zarzutu dotyczącego naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie podlega uwzględnieniu wówczas, gdy naruszenie Zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego (takiego, które wpływa na wynik postępowania). W świetle przywołanego ww. przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z kolei wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego, tj. jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli błąd zamawiającego nie spowoduje zmiany w rankingu ofert - odwołanie należało oddalić. W niniejszym postępowaniu natomiast uwzględnienie odwołania nie spowodowałoby ani zmiany w rankingu ofert, ani nie wpłynęłoby na wybór oferty najkorzystniejszej, który *nota bene* nie miał jeszcze miejsca w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego została bowiem zasadnie odrzucona przez Zamawiającego.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów skierowanych do oferty Przystępującego. Wskazać należy, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie oświadczył, że nie zakończył jeszcze czynności badania i oceny ofert. W konsekwencji Izba uznała, że kierowanie zarzutów wobec oferty Przystępującego w zakresie jej niezgodności z SWZ jest na obecnym etapie działaniem przedwczesnym. Podkreślić należy, że rolą Izby jest ocena czynności bądź zaniechań Zamawiającego w postępowaniu, nie zaś dokonywanie za Zamawiającego określonych czynności, w tym ustalanie czy oferta danego wykonawcy jest czy nie jest zgodna z SWZ. Rzetelna ocena i badanie ofert wykonawców to czynność spoczywająca na Zamawiającym w postępowaniu, i właśnie to ta czynność może podlegać ocenie Izby w razie jej zakwestionowania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jak natomiast wynika z oświadczeń Zamawiającego taka czynność w postępowaniu nie została jeszcze dokonana.

W związku z powyższym Izba oddaliła wnioski dowodowe Przystępującego mające na celu wykazanie zgodności jego oferty z SWZ.

W konsekwencji Izba oddaliła ww. zarzut.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 Pzp oraz w oparciu o § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: