

Sygn. akt: KIO 1672/11

**WYROK**  
**z dnia 17 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę ProSolutions Majewscy Sp. j., 08-450 Łaskarzew, ul. Dąbrowskiego 33 w postępowaniu prowadzonym przez Wrocławski Park Technologiczny S.A., 54-424 Wrocław, ul. Muchoborska 18

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ProSolutions Majewscy Sp. j., 08-450 Łaskarzew, ul. Dąbrowskiego 33 i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ProSolutions Majewscy Sp. j., 08-450 Łaskarzew, ul. Dąbrowskiego 33,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy ProSolutions Majewscy Sp. j., 08-450 Łaskarzew, ul. Dąbrowskiego 33 na rzecz Wrocławskiego Parku Technologicznego S.A., 54-424 Wrocław, ul. Muchoborska 18, kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Wrocławski Park Technologiczny S.A. z siedzibą we Wrocławiu na *dostawę sprzętu laboratoryjnego w ramach realizacji projektu: „Od Wrocławskiego Parku Technologicznego do Innopolis Wrocław”*, wobec czynności odrzucenia w Pakiecie 7 oferty ProSolutions Majewscy Sp. J., wykonawca ten wniósł w dniu 5 sierpnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1672/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 5 sierpnia 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty przekazanej w dniu 28 lipca 2011 r. faksem. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwoty określone w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy.

W odwołaniu postawiony został zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, będących wynikiem uznania oferty odwołującego za niezgodną z treścią siwz, co skutkowało jej odrzuceniem i unieważnieniem postępowania w pakiecie nr 7. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i nakazanie uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu naruszenia przepisów ustawy, odwołujący odniósł się do okoliczności podniesionych przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, mających wskazywać na niezgodność oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący odmówił zasadności stanowiska zamawiającego, w którym uznał on, iż wykonawca zaoferował urządzenie o mniejszym od wymaganego rozmiarze komory roboczej, na co miał wskazywać określony w ofercie zakres pracy urządzenia. Odwołujący wskazywał na obowiązek wyjaśnienia w toku oceny oferty stwierdzonej przez zamawiającego wewnętrznej sprzeczności treści oferty, którego zaniechanie stanowiło o naruszeniu zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez niedopełnienie obowiązku starannego zbadania i oceny oferty.

Odwołujący zaprzeczał możliwości utożsamiania wielkości komory roboczej z zakresem pracy urządzenia, konfigurowanego w wersji podstawowej, jako 355x254x254 oraz w wersji

rozszerzonej 406x355x406. Odwołujący zaprzeczył, jakoby zaoferowane urządzenie FORTUS 400mc miało dwie różne komory robocze.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie, Izba nie stwierdziła wystąpienia okoliczności mogących prowadzić do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym i rozpoznała zarzuty merytorycznie. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się w dążeniu do przywrócenia jego oferty do postępowania i tym samym umożliwienia jej wyboru jako najkorzystniejszej w pakiecie nr 7.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności oceny oferty odwołującego złożonej w pakiecie nr 7 i uznanej przez zamawiającego za niezgodną z treścią siwz, co skutkowało jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl., a w dalszej konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania w tym pakiecie na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

W uzasadnieniu decyzji uznającej ofertę odwołującego za niezgodną z treścią siwz, zamawiający wskazywał na zaoferowanie urządzenia z mniejszą od wymaganej komorą roboczą, co wynikało ze wskazanego przez wykonawcę zakresu pracy urządzenia, wynoszącego 355x254x254 (mm). Zamawiający utożsamiał wielkość komory roboczej z zakresem pracy urządzenia, które dostępne jest w dwóch wersjach, tj. podstawowej o rozmiarach komory roboczej 355x254x254 (mm) oraz powiększonej z komorą roboczą 406x356x406 (mm). Zamawiający uznał, iż wskazanie w ofercie na wielkość komory roboczej (406x356x406 mm) i zakres pracy urządzenia (355x254x254 mm) oznacza, że wykonawca zaoferował maszynę o komorze roboczej 355x254x254 (mm).

Mając na uwadze stanowiska stron, treść oferty oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia, a także złożone na rozprawie pisma, Izba uznała za stanowisko odwołującego za bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż w sprawie nie było sporu co do ustalenia, jakie urządzenie zostało zaoferowane zamawiającemu przez odwołującego, natomiast różnica stanowisk wynikała z odmiennej interpretacji postanowień siwz, w których zamawiający posłużył się przy opisie przedmiotu zamówienia parametrem technicznym – wielkością komory roboczej (załącznik nr 5 do siwz). Prezentowane przez strony rozumienie tego parametru miało istotne znaczenie dla ustalenia zgodności oferty odwołującego z siwz.

Odwołujący zaoferował urządzenie FORTUS 400mc w wersji podstawowej, tj. zakresem pracy 355x254x254 (mm). Potwierdza to treść oferty, w której wskazano na ten parametr w opisie specyfikacji technicznej urządzenia (tabela str. 6/30 oferty, wers 8), jak również złożone na rozprawie oświadczenie pełnomocnika. Nie było kwestionowane, iż urządzenie to jest dostępne również w konfiguracji rozszerzonej, tj. zakresem pracy 406x356x406 (mm), co dodatkowo potwierdzał folder producenta urządzenia złożony w ofercie i w załączniku do odwołania. Rozstrzygającym w sprawie było ustalenie, czy określony w ofercie odwołującego zakres pracy urządzenia określał rozmiar komory roboczej, której parametry minimalne zostały narzucone przez zamawiającego i wynosiły nie mniej niż: 406x355x406 (mm).

W ocenie Izby, podany przez zamawiającego rozmiar komory roboczej dotyczył przestrzeni, w jakiej możliwa jest praca urządzenia, tj. obszaru roboczego maszyny, w jakim możliwe jest zbudowanie modelu. Izba uznała za nieprzekonywujące twierdzenia odwołującego, iż obszar komory roboczej należy rozumieć jako wymiary całej komory. To przestrzeń robocza pozwala na ustalenie zakresu pracy urządzenia, które w tym znaczeniu są pojęciami tożsamymi. Obszar roboczy komory stanowi przestrzeń wewnątrz komory, w której pracuje urządzenie, a zatem określa możliwości wykorzystania tego urządzenia. Określenie przestrzeni roboczej komory stanowiło informację dla wykonawców, co do oczekiwanej przez zamawiającego możliwości wykorzystania urządzenia. Obszar ten został określony w ofercie, jako zakres pracy urządzenia i był mniejszy od wskazanego w siwz, co prowadziło do jej niezgodności w tym parametrze. Podnoszona przez odwołującego różnica w tłumaczeniu pojęcia anglojęzycznego użytego w oryginalnym folderze producenta nie dowodzi słuszności stanowiska odwołującego, iż zamawiający nie określił wymaganego obszaru roboczego urządzenia. Ewentualne różnice w tłumaczeniu pojęć anglojęzycznych nie mogły prowadzić do nadania odmiennej treści siwz, niż ta która wynikała z jej literalnego brzmienia, jak również udzielonych odpowiedzi zamawiającego. Istotna w tym zakresie była odpowiedź zamawiającego z dnia 22.06.2011 r. na pytanie zadane przez obecnie odwołującego się, które dotyczyło dopuszczalności zaoferowania komory roboczej o wymiarach: 355x254x254 (mm) z możliwością jej późniejszego, odpłatnego powiększenia do rozmiarów: 406x355x406 (mm). Zamawiający nie dopuścił takiej możliwości. Pomimo tego wykonawca zaoferował urządzenie z zakresem pracy 355x254x254 (mm). Wskazane w

zapytaniu wielkości komory roboczej są identyczne z opisanymi w folderze producenta możliwymi konfiguracjami zakresu pracy urządzenia (podstawowa i rozszerzona), z czego Izba wywodzi, iż dotyczą one obszaru roboczego urządzenia, czyli wymaganej przez zamawiającego wielkości komory roboczej. Zamawiający słusznie zatem przyjął, pomimo informacji o wielkości komory roboczej wskazanej w specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia, odpowiadającej wymaganiom zamawiającego, iż zaoferowano urządzenie o mniejszym od wymaganego obszarze roboczym. Doprecyzowanie w ofercie zakres pracy urządzenia, wskazywało na konfigurację, w jakiej urządzenie zostało zaoferowane, co mogło prowadzić do nieścisłości treści oferty w związku z określoną przez tego wykonawcę wielkością komory roboczej (406x355x406 mm). Zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w kontekście jednoznacznego stanowiska prezentowanego na rozprawie o zaoferowaniu urządzenia pracującego w obszarze roboczym: 355x254x254 (mm), pozostawało bez wpływu na ostateczną ocenę zgodności oferty z siwz, gdyż treść wyjaśnień nie mogła prowadzić do zmiany zaoferowanego przedmiotu świadczenia.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołujący jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego, znający specyfikę urządzeń nie powinien mieć kłopotów z identyfikacją obszaru roboczego urządzenia, niezależnie od używanych przez producenta obcojęzycznych zwrotów, czy też ich tłumaczenia. Ewentualne wątpliwości w tym zakresie powinna rozwiewać odpowiedź zamawiającego. Stanowisko odwołującego, w kontekście treści zapytania, jest niespójne, gdyż z jednej strony w odwołaniu utrzymywał on, iż urządzenie FORTUS 400mc wyposażone jest zawsze w tej samej wielkości komorę roboczą, natomiast w zapytaniu z dnia 20.06.2011 r., sygnalizował możliwość powiększenia komory roboczej do wymaganych przez zamawiającego rozmiarów. Wskazuje to na właściwy kierunek interpretacji postanowienia siwz, jako określającego wymagany obszar (zakres) pracy urządzenia. Odwołujący w zapytaniu odnosił zakres pracy wskazany w folderze dla odpowiedniej konfiguracji urządzenia do opisanego parametru wielkości komory roboczej. Próby nadania odmiennej treści siwz, na etapie oceny ofert, jako naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie mogły odnieść skutku.

W tych okolicznościach faktycznych, zamawiający słusznie uznał, iż oferta odwołującego była niezgodna z siwz i podlegała odrzuceniu.

Oddalając odwołanie Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PrZamPubl, a także § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego. Izba zasądziła na rzecz zamawiającego koszty poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocników ograniczając ich wysokość do maksymalnej kwoty określonej w rozporządzeniu (§ 3 pkt 2 lit a).

**Przewodniczący:** .....