

Sygn. akt: KIO 1710/11

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **Cezar Cezary Machnio i Piotr Gębka sp.j. w Radomiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Farmaceutyczny w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża Instytut Farmaceutyczny w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych) uiszczoną przez **Cezar Cezary Machnio i Piotr Gębka sp.j. w Radomiu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Instytutu Farmaceutycznego w Warszawie** na rzecz **Cezar Cezary Machnio i Piotr Gębka sp.j. w Radomiu** kwotę **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Instytut Farmaceutyczny w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest dostawa sprzętu komputerowego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 lipca 2011 r. nr 205006 - 2011.

W dniu 5 sierpnia 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy Cezar Cezary Machnio i Piotr Gębka sp.j. w Radomiu zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty a także o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, wobec zaniechania wyjaśnienia treści oferty złożonej przez odwołującego a także wobec zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej odwołujący wniósł w dniu 10 sierpnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniem zamawiającego odwołujący zarzucił:

- a) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- b) naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- c) naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że zaoferowany przez niego skaner HP G4050 spełnia wszystkie wymogi opisane przez zamawiającego w SIWZ tj. rozdzielczość 4800 x 9600 dpi. Wartość 4800 dpi, mówi o zagęszczeniu elementów światłoczułych na listwie przebiegowej skanera, która w przedmiotowej sytuacji określona jest jako 4800 punktów na cal w poziomie. Natomiast w pionie producent określa rozdzielczość sprzętową na poziomie 9600 dpi, zgodnie z normą ISO 14473, co oznacza, że listwa przebiegowa wykona 9600 próbek na jeden cal dla jednego elementu światłoczułego. Podsumowując, skaner HP posiada rozdzielczość sprzętową optyczną na poziomie 4800 x 9600 dpi. Podnosił, iż producenci zobligowani są, poprzez ustalone standardy, do podawania rozdzielczości optycznej w jednym wymiarze. Natomiast, gdyby producenci musieli podawać również drugi wymiar, to w tym konkretnym przypadku, rozdzielczość zostałaby opisana jako 4800 x 9600 dpi, co zresztą podaje producent w swoich ulotkach produktowych jako

sprzętowa rozdzielczość urządzenia. W każdym przypadku, gdy producent podaje rozdzielczość optyczną w dwóch wymiarach nadmienia, że wyspecyfikowane jest to, tylko w połączeniu ze zrozumieniem obowiązujących norm, ponieważ podawanie rozdzielczości optycznej powinno odbywać się wyłącznie za pomocą pojedynczego wymiaru. Wywodził również, że zamawiający nie powinien wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, bez przeprowadzenia rzetelnej i wyczerpującej procedury badania i oceny ofert, która zdaniem odwołującego nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę odwołującego, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia nie przekracza kwot, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający odrzucił oferty złożone przez wszystkich wykonawców, zaś odwołujący jako jedyny skorzystał z prawa do wniesienia odwołania. Wobec nieskorzystania przez innych wykonawców ze środków ochrony prawnej oferta odwołującego może okazać się jedyną niepodlegającą odrzuceniu. W tej sytuacji odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie, uznała iż zasługuje ono na uwzględnienie. Izba ustaliła, że:

- 1) zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ - Specyfikacja ilościowa i jakościowa sprzętu komputerowego i oprogramowania wymagał dostawy skanera, spełniającego m.in. wymóg: *Optyczna rozdzielczość skanowania: min 4800 x 9600 dpi*,
- 2) w dniu 25 lipca 2011 r. odpowiadając na pytanie *Czy Zamawiający dopuści skaner z optyczną rozdzielczością skanowania 4800 x 4800 dpi i sprzętową rozdzielczością skanowania 4800x9600 dpi?* wyjaśnił iż *Zamawiający nie dopuszcza takiego rozwiązania. Na rynku polskim dostępne są skanery spełniające wymagania odnośnie optycznej rozdzielczości skanowania*,
- 3) zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą kart katalogowych oferowanych urządzeń,
- 4) odwołujący złożył ofertę w której w specyfikacji ilościowej i jakościowej sprzętu komputerowego zaoferował skaner HP Scanjet G4050, oświadczając iż spełnia on parametr: „optyczna rozdzielczość skanowania: min. 4800 x 9600 dpi”,
- 5) zamawiający w dniu 5 sierpnia 2011 r. odrzucił ofertę odwołującego uzasadniając, iż zaoferowany przez odwołującego skaner nie spełnia wymagań odnośnie rozdzielczości optycznej - posiada rozdzielczość na poziomie max 4800 dpi, wobec wymaganej 4800 x 9600 dpi.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż odwołujący złożył w specyfikacji ilościowej i jakościowej sprzętu komputerowego oświadczenie, iż oferowany przez niego skaner HP Scanjet G4050 spełnia opisany przez zamawiającego w SIWZ parametr *optyczna rozdzielczość skanowania min. 4800 x 9600 dpi*. Był to jedyny dokument jaki wykonawcy zobowiązani byli złożyć w celu potwierdzenia opisanego w SIWZ wymogu dotyczącego optycznej rozdzielczości skanowania.

Zamawiający pomimo oświadczenia złożonego przez odwołującego wraz z ofertą uznał, iż oferowane urządzenie nie odpowiada jego wymogom. W trakcie rozprawy powoływał się na kartę katalogową urządzenia i wywodził że rozdzielczość optyczna skanera HP Scanjet G4050 wynosi maksymalnie do 4800 dpi. Jednakże na poparcie swego twierdzenia nie złożył żadnego dowodu, w tym w szczególności dokumentu na który się powoływał tj. karty katalogowej. Izba wzięła pod uwagę, iż to na zamawiającym jako wywodzącym skutek prawny z określonego faktu spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, stosownie do brzmienia przepisu art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Obowiązek taki wynikał również z brzmienia przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, stosownie do którego strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Zatem twierdzenie

zamawiającego, iż zaoferowany przez wykonawcę skaner posiada rozdzielczość optyczną na poziomie max 4800 dpi pozostało gołosłowne.

W trakcie rozprawy odwołujący wyjaśnił również, iż oferowany przez niego skaner jest skanerem płaskim jednoprzebiegowym. Rozdzielczość optyczną ustala się w poziomie na podstawie zagęszczenia punktów światłoczułych na jednostce długości. Skaner płaski jednoprzebiegowy posiada jedną listwę przebiegową, a więc nie można w jego przypadku mówić o rozdzielczości optycznej dwuwymiarowej. O rozdzielczości optycznej dwuwymiarowej można byłoby mówić w przypadku matryc stosowanych w aparatach fotograficznych. Natomiast rozdzielczość sprzętowa jest wyznaczana przez silnik skokowy znajdujący się wewnątrz skanera, jest to minimalny skok o jaki listwa skanująca może się przesunąć. Z kolei rozdzielczość interpolowana uzyskiwana jest poprzez wykorzystanie odpowiedniego algorytmu w oprogramowaniu poprzez proces powiększenia posiadanego obrazu. Wywodził także, że przed wydaniem normy ISO 14473 dotyczącej sposobu określania parametrów skanerów, firmy posługiwały się niekonsekwentnie pojęciem rozdzielczości optycznej, utożsamiając ją niekiedy z rozdzielczością interpolowaną.

Zamawiający w trakcie rozprawy oświadczył, iż zgadza się z rozważaniami odwołującego dotyczącymi definicji rozdzielczości optycznej, wobec powyższego Izba uznała tę okoliczność za przyznaną. Zamawiający wywodził jednakże, że w karcie katalogowej spornego skanera jego producent określił rozdzielczość optyczną jako max 4800 dpi i w żadnym miejscu ulotki produktowej nie powołał się na normę ISO 14473. Izba zważyła, że wobec niezłożenia przez zamawiającego stosownego dowodu na poparcie tego twierdzenia w postaci karty katalogowej również to twierdzenie pozostało gołosłowne. Z omawianych względów decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego okazała się niezasadna. Nie zostało bowiem wykazane, iż treść złożonej przez odwołującego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż w niniejszej sprawie zamawiający mógł rozważyć skorzystanie z instytucji wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty uregulowanej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika z twierdzeń stron przedstawionych w trakcie rozprawy producenci skanerów przy określaniu w kartach katalogowych parametru dotyczącego rozdzielczości optycznej posługują się rozbieżną nomenklaturą. Niektórzy określają parametr rozdzielczości optycznej ściśle stosując i przywołując normę ISO 14473, inni stosują przywoływaną normę, lecz nie dają temu wyrazu w swych drukach. Istnieje również grupa producentów, którzy określają w udostępnianych danych technicznych rozdzielczość optyczną skanerów w pełnym oderwaniu od normy, posługują się potocznym pojęciem rozdzielczości optycznej, najczęściej błędnie utożsamiając ją z rozdzielczością interpolowaną. Nie jest zatem wiadomo

jaką de facto nomenklaturą posługuje się producent zaoferowanego przez odwołującego skanera HP Scanjet G4050. W celu wyjaśnienia spornej okoliczności zamawiający mógł rozważyć zwrócenie się do odwołującego z wnioskiem o złożenie stosownych wyjaśnień, czego jednak zaniechał.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia.

Przewodniczący: