

Sygn. akt: KIO 136/12

WYROK
z dnia 31 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Soft-Tronik Service Sp. z o.o., ul. Przyczółkowa 124, 02-968 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Produkcyjno Usługowy Handlowy Lasów Państwowych, ul. M. Zientary-Malewskiej 51/53, 10-307 Olsztyn**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Soft-Tronik Service Sp. z o.o., ul. Przyczółkowa 124, 02-968 Warszawa, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Soft-Tronik Service Sp. z o.o., ul. Przyczółkowa 124, 02-968 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Soft-Tronik Service Sp. z o.o., ul. Przyczółkowa 124, 02-968 Warszawa** na rzecz **Zakładu Produkcyjno Usługowego Handlowego Lasów Państwowych, ul. M. Zientary-Malewskiej 51/53, 10-307 Olsztyn**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Lasów Państwowych w Olsztynie zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę rejestratorów leśniczego. Znak sprawy: HP2710-26/2011. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr ogłoszenia 2011/S 212-346119

W dniu 13 stycznia 2012 roku Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie i odrzucił ofertę Odwołującego, jak również unieważnił postępowanie.

Od takiej decyzji Zamawiającego odwołanie złożył wykonawca Soft-Tronik Service Sp. z o.o., ul. Przyczółkowa 124, 02-968 Warszawa, zarzucając czynnościom Zamawiającego naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, pomimo że zaoferowany przez Odwołującego rejestrator Honeywell Dolphin 99EX odpowiada wszelkim parametrom produktu, które zostały określone w SIWZ, w szczególności w punkcie 14 załącznika nr 1A do SIWZ Opisie przedmiotu zamówienia,
2. art. 7 PZP poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców albowiem pomimo że rejestrator zaoferowany przez Odwołującego odpowiada wszelkim wymaganiom SIWZ Zamawiający w celu jego odrzucenia zastosował kryteria nie znajdujące oparcia w SIWZ oraz
3. inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania, a w szczególności art. 29 PZP oraz art. 30 PZP.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał:

- a) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) dokonania ponownej oceny ofert,
- d) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp albowiem, według twierdzenia Zamawiającego, nie spełniała wymogu dotyczącego wymiaru urządzenia. Zdaniem Zamawiającego zaoferowana przez Wykonawcę bateria zmienia gabaryty urządzenia. Zamawiający przyjął, iż: urządzenie zaoferowane przez odwołującego dla wykonania

przedmiotu zamówienia Honeywell Dolphin 99EX z baterią o większej pojemności jest odstępstwem od oferowanego przez producenta. Podniósł, że według Zamawiającego zaoferowany produkt odstępuje od standardu tego typu urządzeń dostępnych na rynku. Zdaniem Zamawiającego standardem jest bowiem taka budowa urządzeń, która powoduje, że urządzenie leżące w pozycji poziomej posiada część ekranową wzniesioną ponad część klawiaturową, umożliwiając bezproblemową pracę na urządzeniu. Zdaniem Zamawiającego jest to niemożliwe lub znacznie utrudnione w urządzeniach o niestandardowych gabarytach, tj, gdy część klawiaturowa urządzenia jest wzniesiona w pozycji poziomej ponad część ekranową.

Wskazał, że zgodnie z SIWZ załącznikiem nr 1A Opisem przedmiotu zamówienia oraz odpowiedzią na pytania Wykonawców z dnia 23 listopada 2011 roku punktem 14 Zamawiający wymagał urządzenia z *ładowną baterią główną litowo -jonowa bez efektu pamięci o największej pojemności do oferowanego modelu o wydajności minimum 18500 mWh. Rozmiar baterii zamontowanej w urządzeniu nie może zmieniać standardowych gabarytów urządzenia.*

Odwołujący zaferował rejestrator Honeywell Dolphin 99EX spełniający wymogi produktu wskazane załącznikiem pkt 14 załącznika nr 1A do SIWZ .

Stwierdził iż rozmiar baterii zamontowanej w urządzeniu nie zmienia standardowych gabarytów zaoferowanego urządzenia. Oferowane urządzenie posiada możliwość zamontowania ogniw o różnej pojemności bez zmiany wymiarów zewnętrznych. Zewnętrzne wymiary urządzenia są zawsze takie same i wynoszą: 215 mm x 69 mm x 45mm.

Skoro zamawiający żądał największej baterii 18500mWh to dostał urządzenie w obudowie przewidzianej dla tej właśnie baterii - czyli "standardowej" obudowie producenta Honeywell Dolphin 99EX. Nie został zmieniony żaden wymiar - wynosi on ciągle 45 mm - standardowo dla baterii 18500 mWh. Gdyby Zamawiający wymagał najmniejszej możliwej baterii to mógł by dostać urządzenie w obudowie o grubości 39 mm, jak i uniwersalnej obudowie 45 mm. Zamawiający bowiem samodzielnie i bezpodstawnie przyjął, iż urządzenie Honeywell Dolphin 99EX z baterią o większej pojemności jest odstępstwem od oferowanego przez producenta sprzętu standardu podstawowego tego typu urządzenia .

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, kierując się urządzeniem wcześniej stosowanym, a nie urządzeniem opisanym w SIWZ. Podniósł, że bateria jest zamykana wewnątrz urządzenia i w związku z tym jej wielkość nie ma wpływu na zmianę gabarytów urządzenia, przy czym dodaje, że występują urządzenia w dwóch wersjach: w wersji na mniejszą baterię i w wersji na większą baterię taką jak życzył sobie Zamawiający, przy czym w tej większej obudowie może również zmieścić się bateria o większej pojemności..

Ponadto Odwołujący wskazał iż producent urządzenia Honeywell Dolphin 99EX produkuje go w dwóch wersjach: w wersji A z baterią słabszą i w wersji B z baterią taką, jaką wymagał

Zamawiający, ale oba urządzenia są urządzeniami standardowymi, gdyż- według producenta- standardem jest urządzenie w wersji, które on wyprodukował. Standard jest dopóki dopóty urządzenie wyprodukowane przez producenta nie zostanie zmienione przez użytkownika.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie rozprawy do protokołu wniósł oddalenie odwołania jako niezasadnego i podniósł, że opierając się na specyfikacji pochodzącej ze strony producenta Zamawiający w sposób jak najbardziej uprawniony ocenił, iż złożona przez Odwołującego oferta nie spełnia wymogów określonych w pkt 14 załącznika nr 1A do SIWZ.

Stwierdził, że nie jest prawdą jakoby urządzenie oferowane przez Odwołującego posiadało „możliwość zamontowania ogniw o różnej pojemności bez zmiany wymiarów zewnętrznych i wskazywanie, że zewnętrzne wymiary urządzenia są zawsze takie same i wynoszą: 215 mm x 69 mm x 45 mm”. Ze wskazanej specyfikacji jasno wynika, że inne są parametry zewnętrzne urządzenia z baterią standardową i wykraczającą poza standard („powiększonej”). Nie jest prawdą, że zaoferowana bateria różni się od baterii standardowej jedynie pojemnością, ponieważ różni się także wielkością, co zmienia gabaryty urządzenia.

Stwierdził, że Odwołujący nie kwestionował powołanego zapisu pkt 14 załącznika nr 1A do SIWZ -wymagane parametry rejestratora leśniczego i nie skorzystał z możliwości określonej w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp czyli możliwości wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też zgłaszanie tych zarzutów na obecnym etapie postępowania jest spóźnione.

Stwierdził, że wymóg dotyczący nie przekraczania standardowych wymiarów urządzenia miał służyć osiągnięciu takiej funkcjonalności, aby było możliwe korzystanie z urządzenia również położonego w pozycji poziomej. Budowa takiego urządzenia jest niezwykle istotna i Zamawiający wykluczył urządzenia o gabarytach niestandardowych, których część klawiaturowa jest wysunięta jest ponad część ekranową. W takim wypadku klawiatura w zależności od ułożenia w określonej odległości od odczytującego może zasłaniać część ekranu albo powodować odchylenie ekranu w stronę przeciwną do odczytującego - co uniemożliwia lub niezwykle utrudnia odczyt informacji z ekranu.

Podniósł, że Zamawiający żądał urządzenia, które by w wymiarach standardowych miało daną pojemność baterii, jednakże Odwołujący tę większą pojemność baterii zaproponował w urządzeniu o większej obudowie, czyli w tzw. gabarytach ponad standardowych, na dowód czego przywołał dane ze strony producenta, z którego wynika, iż wysokość pokrywy baterii zmienia się w zależności od zastosowanej baterii. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż urządzenie z większą baterią jest też urządzeniem standardowym, gdyż pojęcie „powiększony standard” w opisie takich urządzeń nie funkcjonuje. Występuje pojęcie podstawowej wersji urządzenia, czyli standardowego, oraz urządzenia w wersji

powiększonej, ponad standardowej. Podniósł również, iż przy większej baterii jest wyższa pokrywa baterii, powodująca, że ekran urządzenia zostaje odchylony ku tyłowi, patrząc od strony osoby, która użytkuje dane urządzenie, a ponadto urządzenie o takich parametrach nie przylega całą powierzchnią np. do powierzchni stołu, przez co jest mało stabilne przy użytkowaniu w biurze.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby Odwołującemu realizowanie przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta byłaby jedyną ofertą mieszczącą się w limicie kwoty którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest kwestia, czy zaproponowane przez Odwołującego urządzenie Honeywell Dolphin 99EX z baterią o wymaganej mocy 18500mWh i wymiarach 215 mm x 69 mm x 45mm jest urządzeniem w wersji standardowej, czy też tylko za urządzenie standardowe można uznać urządzenie z baterią o wysokości 39 mm.

Twierdzenia Odwołującego na poparcie podniesionego zarzutu sprowadzają się do prezentowania stanowiska, że każde z w/w urządzeń niezależnie od wielkości zastosowanej baterii i wysokości urządzenia mierzonej w obrębie pokrywy baterii, jest urządzeniem standardowym. O standardzie decyduje bowiem fakt iż w każdej z tych wersji oferowane urządzenie jest oryginalnym produktem i dopóki ten produkt nie zostanie poddany przeróbce poza producentem tego urządzenia to korzysta z przymiotu oryginalności, a tym samym jest wyrobem standardowym. Ponadto stwierdził, że Zamawiający w SIWZ nie opisał co należy rozumieć pod pojęciem wyrobu w wersji standardowej, dlatego do wyboru i oceny ofert nie może stosować zasad nie opisanych w SIWZ.

Natomiast Zamawiający twierdzi, że o tym, jakie są standardowe gabaryty urządzenia, decyduje podstawowa wersja urządzenia i takie rozumienie tego znaczenia jest powszechne. Zamawiający wymagał, aby taką wersję standardową zasilala bateria o określonej mocy.

Natomiast Odwołujący taką baterię zastosował do urządzenia w większych gabarytach niż wersja podstawowa tego urządzenia.

Zdaniem Izby nie jest całkowicie pozbawiony racji zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie opisał w SIWZ co należy rozumieć pod pojęciem urządzenia w wersji standardowej, a w szczególności faktu iż o tym decyduje to, że w takiej wersji zarówno powierzchnia urządzenia pod wyświetlaczem i klawiaturą musi tworzyć jedną płaszczyznę.

Wskazać należy, że opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.

Jednocześnie należy wskazać, że to Zamawiający ustala obowiązującą w postępowaniu treść SIWZ. i wykonawcy mają obowiązek się do niej stosować, tak dalece, jak nie narusza ona przepisów prawa. Natomiast wykonawca może skorzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego polegającą na wprowadzeniu niekorzystnych i niezgodnych z przepisami ustawy, postanowień SIWZ. Brak działania ze strony Odwołującego w tym zakresie spowodował, że postanowienia SIWZ stały się wiążące i obowiązują w takim samym zakresie wszystkich wykonawców, ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Izba dokonując oceny dokumentów dołączonych do odwołania, jak również dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego na rozprawie, stwierdza iż w załączonej przez Odwołującego Specyfikacji technicznej urządzenia Dolphin 99EX w czterech pozycjach opisu parametrów technicznych dotyczących: wymiarów urządzenia, wagi urządzenia, opisu baterii oraz czasu pracy baterii, zostały wykazane inne parametry przy użyciu baterii standardowej i baterii powiększonej. Zdaniem Izby ten fakt winien był skłonić Odwołującego do złożenia zapytania do Zamawiającego czy w sytuacji zastosowania baterii o większej mocy, standard urządzenia będzie zachowany. Odwołujący zaniechał staranności w tym zakresie.

Wskazać należy, że tylko do baterii o mniejszej mocy producent urządzenia używa określenie „standard”, natomiast przy baterii o większej mocy nie posługuje się określeniem np. „standardowa bateria o powiększonej mocy” lecz tylko określenia „powiększona bateria”. Ponadto z przedłożonego na rozprawie jako dowodu, opisu oferowanego urządzenia wynika, że urządzenie o mniejszej wysokości (39mm) opisane jest jako urządzenie ze „standardową pokrywą baterii litowo-jonowej” i z zaznaczoną większą wysokością tego urządzenia, jako z „powiększoną pokrywą baterii litowo-jonowej”.

Biorąc pod uwagę powyższe można stwierdzić, że zarówno w specyfikacji technicznej w zakresie opisu baterii, jak i z opisu przedmiotu w zakresie pokrywy baterii, producent przypisuje cechy standardu tylko do urządzenia z mniejszą baterią i pokrywą baterii. Tym samym zasadne jest przyjęcie iż za urządzenie standardowe według wyżej opisanych kryteriów uznać należy urządzenie z mniejszą baterią i tym samym o mniejszym wymiarze, czyli 215 mm x 69 mm x 39 mm. W związku z powyższym dowód tego typu uznano za przesadzający w kwestii potwierdzenia zasadności podjętej przez Zamawiającego decyzji.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że nie są prawdziwe twierdzenia Odwołującego iż w urządzeniu w wersji standardowej przy zastosowaniu baterii o większej mocy *nie zostaje zmieniony żaden jego wymiar i wynosi on ciągle 45 mm*, gdyż wg specyfikacji technicznej w takiej sytuacji wysokość urządzenia ulega zmianie z 39 mm na 45 mm .

Odwołujący nie podejmując próby wyjaśnienia sposobu interpretacji nie tylko zapisu pkt 14 załącznika 1A do SIWZ, ale również odmiennych opisów baterii zależnych od jej mocy, wynikających z załączonej przez siebie do odwołania specyfikacji technicznej, pozbawił się możliwości złożenia oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ.

Twierdzenia odwołującego w tym zakresie, pozostały bez wskazanego na ich potwierdzenie dowodu i zdaniem Izby są tylko twierdzeniami na użytek przedmiotowego sporu. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że producent tego urządzenia obie jego wersje – z baterią słabszą i mocniejszą, uważa za wersje standardowe.

Wobec powyższego zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego nie znalazł potwierdzenia. Dlatego też nie zasługuje on na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy pzp Izba wskazuje, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, ciężar udowodnienia faktu, że przez opis przedmiotu zamówienia i odrzucenie oferty Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, spoczywa w całości na Odwołującym. Odwołujący nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób odmienny potraktował oferty obu wykonawców.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 – nie miało miejsca w analizowanej sprawie. Wskazując że tylko istotność wpływu naruszenia przepisów ustawy pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia daje Izbie możliwość uwzględnienia odwołania, to oznacza iż z ustawodawca dopuszcza wystąpienie stosunkowo niewielkich odchyłeń od postanowień danego przepisu prawa. Istotność wpływu należy rozumieć jako doniosłość, ważność i dopuszczalność dokonanych naruszeń który stanowi pewien próg czy też granicę przy przekroczeniu której zachowania stron postępowania o zamówienie publiczne nie dadzą się pogodzić z przepisami prawa oraz zasadami prawa zamówień publicznych.

Tym samym niezbyt precyzyjny opis w SIWZ „standardu urządzenia”, przy możliwościach Odwołującego wyjaśnienia tej kwestii poprzez zadawanie pytań Zamawiającemu, jest uchyceniem mniejszej wagi nie mającym istotnego wpływu na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący