

Sygn. akt: KIO 2155/12

**WYROK**

**z dnia 17 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2012 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2012 r. przez wykonawcę **KABE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-190 Mikołów, ul. Waryńskiego 63** w postępowaniu prowadzonym przez **Inspektorat Uzbrojenia, 00-909 Warszawa, ul. Królewska 1/7**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **KABE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-190 Mikołów, ul. Waryńskiego 63** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **KABE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 43-190 Mikołów, ul. Waryńskiego 63** tytułem wpisu od odwołania.

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: .....**

## UZASADNIENIE

Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawy wykrywaczy min z georadarem”, Zamawiający w dniu 28 września 2012 roku poinformował wykonawców o odrzuceniu ofert i unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Wykonawca Kabe Sp. z o.o. , zwany dalej „Odwołującym” w złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucił Zamawiającemu naruszenie prawa, a w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego i błędne stwierdzenie, iż jej treść nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), co doprowadziło do naruszenia prawa w postaci odrzucenia oferty Odwołującego, oraz niezgodnego z prawem unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

Wynikało to z oparcia rozstrzygnięcia o błędną i niezgodną z zasadami opisu przedmiotu zamówienia interpretację punktu 13 załącznika nr 1 do SIWZ, stanowiącego opis przedmiotu zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie rozstrzygnięcia Zamawiającego oraz nakazanie mu przeprowadzenia powtórnego badania ofert w oparciu o kryteria jasno i ściśle wynikające z SIWZ, a ponadto o dopuszczenie dowodów z dokumentu w postaci zestawienia dostępnych opcji dla wykrywacza VALLON VMR3 MINEHOUND, wskazujących na możliwość doposażenia wykrywacza w różnorodne opcje gromadzenia i przegrywania danych, które wymagają jednak uprzedniego sprecyzowania tych danych przez Zamawiającego oraz karty katalogowej systemu EVA 2000 i oświadczenia producenta potwierdzającego spełnienie warunku opisanego z punkcie 13 załącznika nr 1 do SIWZ

Odwołujący podnosząc powyższe zarzuty i żądania wskazał, że zaoferowany przez Odwołującego wykrywacz min VMR3 Y1INEHOUND firmy Vallon GmbH. z siedzibą w Eningen w Niemczech spełnia wszystkie wymagania obligatoryjne i nieobligatoryjne opisane przez Zamawiającego w SIWZ.

Wskazał, że Zamawiający w Załączniku nr 1 wymienił 34 wymagania, które ma spełniać wykrywacz, określając 31 wymagań w sposób kategoriowy, co wskazywało na wymogi obligatoryjne, konieczne do spełnienia. Wśród tych wymogów Zamawiający nie sprecyzował, iż wykrywacz **powinien** posiadać w ukompletowaniu. który wynikałby z załącznika nr 1 jakkolwiek pamięć. Wskazał jedynie, iż wykrywacz powinien mieć **możliwość przegrywania danych z pamięci wykrywacza do standardowego komputera PC lub notebooka za pośrednictwem złącza USB. Podniósł, że** Zamawiający, zgodnie z wszelkimi zasadami wykładni wymagał możliwości, rozumianej jako fakt, że „coś jest

możliwe" (zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN) przegrywania dowolnych danych za pośrednictwem złącza USB. Określenie „mieć możliwość” jest w j. polskim traktowane jako opcja i alternatywa, a nie jako warunek konieczny do spełnienia.

Gdyby intencją Zamawiającego istotnie było wyposażenie wykrywacza w system gromadzenia i przetwarzania danych to określiłby ich rodzaj, a nadto w punkcie 13 warunek ten zostałby w sposób kategoriowy sformułowany, na przykład: *„wykrywacz powinien posiadać pamięć o takich a takich parametrach (w bajtach) i zapewniać przegrywanie takich a takich danych...”* tak jak jest to jednoznacznie ujęte w pozostałych wymaganiach. Tymczasem z literalnej wykładni wymagania opisanego w punkcie 13 Załącznika nr 1 wynika bezpośrednio, iż Zamawiającemu zależało przede wszystkim na zapewnieniu możliwości przegrywania danych za pomocą złącza USB, a nie na wyposażeniu wykrywacza w pamięć.

Podniósł, że wykrywacz VMR3 posiada możliwość przegrywania danych za pomocą złącza USB, ale co ma być przegrywane wymaga doprecyzowania (odnośnie rodzaju danych i pojemności pamięci) oraz odpowiedniej dopłaty do wersji standardowej tego urządzenia. Wobec braku jasno sformułowanego wymogu wyposażenia urządzenia w pamięć i niesprecyzowania rodzaju przegrywanych danych oraz faktu, iż jedynym kryterium wyboru była cena, to Odwołujący skonfigurował swą ofertę wedle minimalnych wymagań Zamawiającego, co jest zgodne art. 140 § 3 pzp.

Wskazał iż aby skorzystać z „możliwości przegrywania danych z pamięci wykrywacza” to Zamawiający musiałby określić rodzaj danych, które zamierzałby przegrywać i gromadzić za pomocą pamięci i oprogramowania. Ze względu na mnogość tych danych stworzenie oferty bez ich dokładnego sprecyzowania nie jest możliwe. Stąd określenie „powinien mieć możliwość” w połączeniu z brakiem określenia danych, jakie mają być przegrywane jednoznacznie wskazywały, że intencją Zamawiającego było ewentualne wyposażenie wykrywaczy w określone dodatkowe funkcje w przyszłości.

Stwierdził, że brak sprecyzowania danych pożądanego przez Zamawiającego do archiwizacji oraz semantyczna konstrukcja wymogu, zawartego w punkcie 13 Załącznika nr 1 do SIWZ. wskazują na możliwość, a nie konieczność, wyposażenia wykrywacza w pamięć. To spowodowało iż Odwołujący uznał, iż dla uznania oferty za spełniającą wymagania SIWZ jest konieczne jedynie wskazanie na istnienie takiej możliwości. Wskazał iż Zamawiający ponadto nie sprecyzował czemu miałyby służyć gromadzenie danych z wykrywacza, jaki ma być ich rodzaj i przeznaczenie, a jedynie wskazał na czas zapisu i przechowywania danych, co w połączeniu z brakiem określenia ich zakresu także wskazuje jednoznacznie na warunek przyszłościowy, do dalszego doposażenia. Bez określenia rodzaju danych pożądanego do archiwizacji nie jest możliwe określenie ich wielkości nominalnej (w bajtach), a co zatem idzie dobór wielkości nośnika dla spełnienia wymogu zapisu dwugodzinnego (pojemność), jak także wymogu trwałości danych (72 godziny).

Odnosząc się do powyższych kwestii zarzucił ponadto Zamawiającemu brak precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia takiego aby wykonawcy mogli bez trudu przedstawić wiarygodne i porównywalne oferty. Ponadto stwierdził, że Zamawiający winien w sposób precyzyjny i jednoznaczny opisać przedmiot zamówienia. Natomiast wykonawca nie może przyjmować za podstawę sporządzenia oferty intencji Zamawiającego, ani żadnych innych okoliczności, które nie wynikają bezpośrednio z literalnego brzmienia SIWZ. Zobowiązany jest jedynie do należytej staranności w przygotowaniu oferty i składaniu wyjaśnień. Podniósł, że dla oceny zgodności oferty wykonawcy z treścią SIWZ przesądzające znaczenie ma brzmienie postanowień specyfikacji. Obowiązek należytego opisanie wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia spoczywa wyłącznie na Zamawiającym. Art. 29 ust. 1 ustawy nakazuje Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na treść oferty i umożliwiającą jej przygotowanie zgodnie z wymaganiami. Wszelkie wymagania Zamawiającego, zgodnie z zasadą pisemności postępowania, wyrażoną w art. 9 ust. 1 pzp winny być opisane precyzyjnie i jednoznacznie w SIWZ.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania nie zgłosił w terminie przystąpienia żaden wykonawca.

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

**Odwołanie jest niezasadne, gdyż twierdzenia Odwołującego nie znalazły potwierdzenia.**

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 może spowodować wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej.

Stan faktyczny sprawy został w pełni przedstawiony przez strony i nie wymagał potrzeby dalszych ustaleń w tym zakresie. Tym samym za podstawę orzekania został przyjęty przez Izbę stan faktyczny wykazany przez strony.

W zakresie niezgodności z SIWZ zaoferowanych w ofercie wykrywaczy min z georadarem, to zdaniem Zamawiającego- opierając się na opisie przedmiotu zamówienia, wymagał on aby

oferowany sprzęt był wyposażony w pamięć wewnętrzną umożliwiającą gromadzenie danych w trakcie pracy wykrywacza.

Natomiast Odwołujący stał na stanowisku, że zawarte w opisie przedmiotu zamówienia stanowisko Zamawiającego nie było kategoriyczne i należało je odczytywać tak aby przedmiot zamówienia można było ewentualnie w taką pamięć w przyszłości wyposażyć.

Zamawiający celem upewnienia się czy faktycznie zaoferowane przez Odwołującego urządzenie nie jest wyposażone w pamięć wewnętrzną, pismem z dnia 7.09.2012 roku wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący pismem z dnia 09.10. 2012 roku udzielił wyjaśnień w których stwierdził, że *„Żaden punkt załącznika nr 1 do SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia nie wskazuje, aby Zamawiający wymagał wyposażenia wykrywacza w pamięć wewnętrzną. Nie jest też określone, co w tej pamięci miałyby się, zgodnie z intencją Zamawiającego zapisywać. Opis przedmiotu zamówienia zamieszczony w załączniku nr 1 do SIWZ wskazuje jedynie, iż wykrywacz powinien mieć możliwość przegrywania danych z pamięci wykrywacza do standardowego komputera PC lub notebooka za pośrednictwem złącza USB /...../. Gdyby intencją Zamawiającego było postawienie wymogu posiadania przez wykrywacze pamięci wewnętrznej to wynikałoby to wprost z opisu przedmiotu zamówienia i odpowiedniego kategoriycznego i bezpośredniego sformułowania zamieszczonego z Załączniku nr 1 do SIWZ”.*

Wobec powyższych stanowisk oraz oświadczeń stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła, że bezspornym pomiędzy stronami jest fakt, że zaoferowany przez Odwołującego wykrywacz min z georadarem nie jest wyposażony w pamięć wewnętrzną. Nadto Odwołujący stwierdził, że oferowany wykrywacz można wyposażyć w taką pamięć, ale odbędzie się to już nie w ramach tego zamówienia i będzie to wymagało dodatkowej zapłaty przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący zarówno w treści odwołania, jak i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień wielokrotnie podnosił, że wyposażenie każdego z 50 zamawianych wykrywaczy w pamięć wewnętrzną jest niezasadne i nie wiadomo jakiemu celowi miałyby służyć.

Wskazać należy, że Zamawiający zawarcie wymogu w ww. zakresie wywodził z treści pkt.13 załącznika nr 1 dop SIWZ, zgodnie z którym określił wymóg, aby *„Wykrywacz 'powinien mieć możliwość przegrywania danych z pamięci wykrywacza do standardowego komputera PC lub notebooka za pośrednictwem złącza USB. Format archiwizowania danych powinien umożliwiać odtworzenie zapisu przy pomocy ogólnie dostępnego oprogramowania w systemie operacyjnym WINDOWS, w innym wypadku konieczne jest dostarczenie oprogramowania do odtwarzania zapisu. Czas zapisu min. 2godz. Czas przechowywania danych min. 72. godz.”.*

Przed oceną merytoryczną zasadności podniesionych zarzutów Izba wskazuje, że Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, ponieważ ustawodawca pozostawił Zamawiającym możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący ich zobiektywizowany interes. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie za pomocą wskazania konkretnych parametrów technicznych jakie ma spełniać oferowany przedmiot, lecz za pomocą cech funkcjonalnych. Opis funkcjonalny określa efekty, jakie mają zostać osiągnięte, funkcje jakie ma spełniać przedmiot zamówienia, czy też potrzeby Zamawiającego jakie mają zostać zaspokojone.

Wykonawca jeśli nie akceptuje takiego opisu przedmiotu zamówienia uważając, że narusza on konkretne zasady i przepisy ustawy Pzp może skorzystać ze środków ochrony prawnej w tym zakresie, jak również może kwestionować niejasne, nieprecyzyjne postanowienia SIWZ w określonym ustawowym terminie. Brak działania ze strony Odwołującego powoduje, że czynności Zamawiającego dotyczące opisu postanowień SIWZ stają się wiążące i obowiązują w takim samym zakresie Zamawiającego, jak i wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Tym samym wykonawcy mają obowiązek stosować się do tak ustalonej treści SIWZ, tak dalece, jak nie narusza ona bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, pod rygorem narażenia się na negatywne konsekwencje w postaci odrzucenia ich oferty.

Ponadto wskazać należy również, że Zamawiający może dokonać *odrzucenia oferty* na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie gwarantuje otrzymania objętego postępowaniem przedmiotu zamówienia.

Sprzeczność treści oferty z treścią siwz zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów.

Należy zaznaczyć, że Odwołujący w niniejszym odwołaniu oprócz zarzutu braku wymogu wyposażenia urządzenia wykrywacza w pamięć wewnętrzną, nadto w treści uzasadnienia odwołania podniósł zarzut niewłaściwego i mało precyzyjnego opisu postawionych wymogów co przedmiotu zamówienia. Zarzucił iż Zamawiający nie dokonał ścisłego i dokładnego opisu przedmiotu zamówienia oraz wszelkich stawianych temu urządzeniu wymagań technicznych. Podniósł, że jego zdaniem użyte w opisie określenie „powinien mieć możliwość” w połączeniu z brakiem określenia danych, jakie mają być przegrywane jednoznacznie wskazują, że intencją Zamawiającego było „ewentualne” wyposażenie wykrywaczy w określone dodatkowe funkcje w przyszłości i oferowane urządzenie powinno to umożliwiać.

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia Izba stwierdza, że podniesiony w tym zakresie zarzut jest zarzutem spóźnionym i jako taki nie może być podany ocenie Izby. Przypomnieć należy, że w niniejszym postępowaniu odwołanie od treści postanowień SIWZ winno być wniesione w terminie 10 dni od daty opublikowania treści SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia stwierdzić należy, że przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest kwestia czy wskazany w pkt. 13 załącznika nr 1 do SIWZ opis jest wystarczający aby uznać, że wykrywacz min, winien być wyposażony w pamięć wewnętrzną. Należy zaznaczyć iż wątpliwości Odwołującego dotyczą treści opisu przedmiotu zamówienia, a więc oświadczenia Zamawiającego jakiego świadczenia oczekuje od wykonawcy z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Dokonując wykładni językowej cyt. pkt 13 stwierdzić należy, że zawarte są w nim dwa wymogi: po pierwsze wymóg aby urządzenie posiadało pamięć wewnętrzną oraz po drugie aby dane z tej pamięci mogły być przegrywane z pamięci wykrywacza do standardowego komputera PC lub notebooka za pośrednictwem złącza USB.

O zawarciu wymogu posiadania pamięci wewnętrznej, zdaniem Izby jednoznacznie wskazuje zapis ww. pkt załącznika SIWZ, „*Wykrywacz powinien mieć możliwość przegrywania danych z **pamięci wykrywacza** (...), ponadto w dalszej części tego pkt wskazano ogólne parametry tej pamięci „*Format archiwizowania danych powinien umożliwiać odtworzenie zapisu przy pomocy ogólnie dostępnego oprogramowania w systemie operacyjnym WINDOWS,(...) Czas zapisu min. 2godz. Czas przechowywania danych min. 72. godz.*”.*

Tym samym porównując zaoferowane przez wykonawcę świadczenie z dokonanym w SIWZ opisem przedmiotu zamówienia, należy jednoznacznie stwierdzić, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Wobec powyższego Izba stanęła na stanowisku, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu jej zasadniczej niezgodności z treścią opisu przedmiotu zamówienia zawartego w pkt 13 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego iż brak podania parametrów pamięci wykrywacza mogłoby spowodować, że zaoferowanie dowolnej pamięci zostałoby uznane przez Zamawiającego jako niezgodne z jego oczekiwaniami, Izba stwierdza, że brak precyzyjnego określenia parametrów pamięci w jaką miałby być wyposażony wykrywacz miałoby tylko ten skutek iż w takiej sytuacji, Zamawiający nie mógłby z tego powodu odrzucić oferty. Ponieważ każdą zaoferowaną pamięć należałoby uznać iż spełnia wymagania Zamawiającego.

Ponadto niezasadne jest podnoszenie zarzutu iż określenie „powinien mieć” wskazuje na wymóg alternatywny, a nie jako warunek konieczny do spełnienia. Zdaniem Izby określenie „**powinien**” w opisie przedmiotu zamówienia oznacza zobowiązanie wykonawcy do zaoferowania przedmiotu zamówienia o wskazanych parametrach.

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) 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 .....