

WYROK

z dnia 2 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **COMP S.A. ul. Jutrzenki 116, 02- 230 Warszawa**, adres do korespondencji **ul. Nawojowska 118, 33-300 Nowy Sącz**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Warszawie ul. Grochowska 278, 03-841 Warszawa**, przy udziale **wykonawcy:**

Sedkomp Sp. J. S....., S....., ul. Czerwonego Krzyża 41, 08-110 Siedlce, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie,

1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie dokonanych czynności wyboru oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego,

1.2. nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Regionalną Dyrekcję Lasów Państwowych w Warszawie ul. Grochowska 278, 03-841 Warszawa**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **COMP S.A. ul.**

Jutrzenki 116, 2-230 Warszawa, adres do korespondencji **ul. Nawojowska 118, 33-300 Nowy Sącz**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Warszawie ul. Grochowska 278, 03-841 Warszawa**, na rzecz odwołującego: **COMP S.A. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa**, adres do korespondencji **ul. Nawojowska 118, 33-300 Nowy Sącz**, kwotę **8 078,00 zł**, (słownie: osiem tysięcy siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy), tytułem wpisu od odwołania i zwrotu kosztów noclegu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Dostawę drukarek fiskalnych 2012” o wartości poniżej kwoty 130 000 euro, tj. mniejszej niż kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (BZP poz. 321524 z 29.08.2012 r.), w dniu 24 września 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło na czynność odrzucenia oferty odwołującego, o czym zamawiający powiadomił wykonawców za pośrednictwem faksu i drogą elektroniczną w dniu 19 września 2012 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Skarbowi Państwa - Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113, poz. 759 z 2010 r. z późn. zm. - dalej ustawy Pzp), tj.:

1. art. 7 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie w SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
3. naruszenie przez zamawiającego warunków SIWZ, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, iż jedynym kryterium było kryterium ceny, a odwołujący zaoferował najkorzystniejszą ofertę z najniższą ceną, w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
4. niewłaściwe zastosowanie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenie oferty niezgodnie z warunkami SIWZ.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz żądał nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia zaskarżonej czynności zamawiającego, tj. odrzucenia oferty odwołującego,

2. udzielenia zamówienia, poprzez wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, co następuje. W lipcu 2012 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o przekazanie mu urządzeń kas fiskalnych do testów, w celu sprawdzenia czy urządzenia te prawidłowo współpracują z używanym przez zamawiającego systemem ewidencji sprzedaży drewna. Odwołujący przekazał zamawiającemu do testów drukarkę fiskalną Deon E. Przetarg został ogłoszony w dniu 29 sierpnia 2012 r. Załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie 7, określał dokładnie wymiary i wagę urządzenia, będącego przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazywał, że wyznaczone parametry na rynku polskim, spełnia tylko i wyłącznie jedno urządzenie tj. drukarka fiskalna firmy Posnet - Temo HS EJ. Zdaniem odwołującego, można wnioskować, iż testowanie urządzeń miało na celu określenie parametrów w SIWZ w taki sposób, aby mógł je spełnić tylko wykonawca oferujący dany typ drukarki, eliminując praktycznie wyroby innych producentów z możliwości skutecznego konkutowania w tym postępowaniu przetargowym. Odwołujący domniemywał, iż urządzenie zostało wybrane wcześniej, a SIWZ służyła *de facto* eliminacji konkurencji.

Zgodnie z SIWZ, jedynym kryterium oceny miała być oferowana cena. Zdaniem odwołującego, konstrukcja SIWZ wskazywała, iż określone w załączniku 1 parametry nie musiały być w pełni spełnione a stanowiły jedynie parametry wpływające na ocenę urządzeń. W związku z wątpliwościami w zakresie rozumienia SIWZ, odwołujący zwrócił się z zapytaniem do zamawiającego, czy parametr dotyczący wymiarów urządzenia, traktowany jest jako niezbędny do złożenia oferty czy też jest to parametr alternatywny - może ale nie musi być spełniony. Zamawiający, choć wyjaśnił jakie były powody ustalenia takich parametrów w SIWZ, jednakże w sposób jasny i jednoznaczny nie odpowiedział na pytanie. Za logiczne uznał odwołujący stanowisko, że zamawiający zainteresowany jest zakupem małych mobilnych urządzeń, jednak za niezrozumiałe przyjął tłumaczenie, iż kieszenie sortów mundurowych odpowiadają dokładnie parametrom jednego konkretnego urządzenia, produkowanego przez jednego konkretnego producenta. Wątpliwości odwołującego wzbudził też fakt - czy urządzenie elektroniczne powinno być noszone w kieszeniach sortu mundurowego? Zdaniem odwołującego, urządzenie zaproponowane przez niego jest równoważne z urządzeniem firmy Posnet. Odwołujący przekonywał, że nie ma żadnych kryteriów obiektywnych czy też norm, które pozwalałyby ująć w SIWZ wymiary drukarki, jako parametr eliminujący inne urządzenia.

Odwołujący zwracał uwagę, że zamawiający przyznał w swoim piśmie, iż zbadał wcześniej drukarki różnych producentów, pod kątem współpracy z systemem używanym

przez zamawiającego i nie dostrzegając faktu, iż skonstruowanie postanowień SIWZ tylko i wyłącznie pod jedno z urządzeń jest naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Formułując opis przedmiotu zamówienia, zamawiający winien mieć bowiem na uwadze zasadę wynikającą z treści tego przepisu, zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający nie może zatem, poprzez zawężający opis przedmiotu zamówienia wykluczać z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do zaoferowania produktu spełniającego usprawiedliwione potrzeby zamawiającego. Innymi słowy zamawiający jest uprawniony do żądania produktu, spełniającego jego rzeczywiste potrzeby. Powinien jednak tak opisać przedmiot zamówienia by bezzasadnie nie uniemożliwić ubiegania się o jego udzielenie wykonawcom obiektywnie zdolnym do jego prawidłowej realizacji. Odwołujący zaznaczał, że zamawiający nie powinien żądać wykonania przedmiotu zamówienia tylko i wyłącznie w jednej, określonej technologii, jeśli na rynku istnieją inne równoważne, porównywalne technologie pozwalające na otrzymanie produktu o podobnej funkcjonalności i jakości. Przyznał, że co prawda możliwa jest sytuacja, w której wymogi zamawiającego spełni tylko jeden wykonawca - lecz może to mieć miejsce wtedy, gdy zamawiający żąda wykonania zamówienia w określonej technologii, a jednocześnie brak jest technologii równoważnych. W tym przypadku sytuacja taka nie miała miejsca. Na poparcie swego stanowiska odwołujący przytoczył tezę z wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt; IX Ga 137/06 Sądu Okręgowego w Poznaniu, gdzie wskazano *„Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy.”*

Odwołujący wyjaśniał dalej, że starając się zrozumieć specyfikę pracy leśników, składając ofertę, załączył do niej wyjaśnienie, informujące o sprostaniu przez urządzenie oferowane przez niego, warunkom bezpieczeństwa i ergonomii pracy leśniczego. Odwołujący zaproponował, w cenie urządzenia, dołączenie do niego specjalizowanego pokrowca z uchwytyami umożliwiającymi różne sposoby mocowania. Proponowane przez siebie rozwiązanie, odwołujący uznał za bezpieczniejsze i znaczenie bardziej ergonomiczne niż noszenie urządzeń w kieszeni. Pomimo tego zamawiający odrzucił najkorzystniejszą cenowo ofertę odwołującego, naruszając dyspozycję zawartą w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nakazującą zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 24 września 2012 r. przekazane za pośrednictwem faksu, w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 27 września 2012 r. zgłosił pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Sedkomp Sp. J. S....., S..... z siedzibą w Siedlcach (w kopii przesłane stronom), który powołał się na swój interes utrzymania w mocy czynności zamawiającego, wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia. Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, względnie o oddalenie odwołania – jako bezzasadnego. Zgłaszający przystąpienie przedstawił następującą argumentację.

1. W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania - odwołujący wnosząc odwołanie wskazał i podkreślił naruszenie przez zamawiającego postanowień art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wynika wprost z brzmienia przytoczonego przepisu oraz treści odwołania, zarzut odwołującego odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący pominął fakty, że zamawiający stosując postanowienia art. 29 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1 Pzp dokonał opisu przedmiotu zamówienia - w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń - jego cech technicznych, którymi bez wątplenia są wymiary i ciężar podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która została udostępniona wykonawcom po opublikowaniu w dniu 29 sierpnia 2012 r. w BZP ogłoszenia numer 321524-2012 o postępowaniu przetargowym.

2. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał i podkreślił, iż cyt: „...Załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie 7, określał dokładnie wymiary i wagę urządzenia, będącego przedmiotem zamówienia.” Stwierdzenie to w pełni zatem potwierdza fakt wypełnienia przez zamawiającego ciążącego na nim obowiązku wynikającego z postanowień art. 29 ust. 1 jak też z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, a przez to i także postanowień art. 29 ust. 2. Odwołujący uzasadniając zarzut wskazał na swoje wątpliwości w zakresie interpretacji SIWZ. Niezrozumiałym była również dla odwołującego odpowiedź zamawiającego na zadane pytanie, której zarzucił, iż nie była jasna i jednoznaczna. Zamawiający w sposób czytelny i jednoznaczny stwierdził w swym piśmie - będącym odpowiedzią na pytanie odwołującego - iż podane w załączniku nr 1 (w poz. 7) do SIWZ parametry wymiarowe i wagi są maksymalnymi dopuszczonymi przez zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie podnosił, że odpowiedź taka jest jak najbardziej jednoznaczna, a wskazywanie na jej niejednoznaczność jest próbą „przerzucenia” jej niezrozumienia przez odwołującego na zamawiającego.

3. Odwołujący znając postanowienia SIWZ, korzystając z postanowień art. 38 ustawy Pzp. dotyczących wyjaśnienia treści SIWZ, zwrócił się faktycznie z pytaniem o

potwierdzenie czy wskazane parametry są parametrami, które muszą być spełnione czy też parametrami alternatywnymi, które nie muszą być spełnione. Odpowiedź zamawiającego potwierdziła obowiązek wypełnienia wymagań nieprzekroczenia dopuszczonych maksymalnie parametrów urządzenia w zakresie wymiarów i wagi. Wiedza odwołującego w zakresie wymagań zamawiającego była przez niego powzięta w dacie zapoznania się z treścią SIWZ, a dodatkowo poparta odpowiedzią zamawiającego z dnia 6 września 2012 r. Przyjmując nawet tę datę jako datę końcową, od której można by liczyć bieg terminu na wniesienie środka zaskarżenia na postanowienia SIWZ, pomimo faktu, iż termin ten wynosi 5 dni od daty opublikowania SIWZ, to wniesienie odwołania w dacie 24 września 2012 r. należy uznać za całkowicie spóźnione co winno skutkować jego odrzuceniem - co jest zgodne z wnioskiem przystępującego.

W zakresie wniosku o oddalenie odwołania zgłaszający przystąpienie podnosił, co następuje.

1. Z treści uzasadnienia wniesionego odwołania wynikają jedynie zarzuty związane z określeniem przez zamawiającego w sposób niewłaściwy przedmiotu zamówienia, które jak sam odwołujący podkreślał oparte są na jego domniemaniach. Przyjmując, iż zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 1 pkt 5, 6 i 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, odwołujący dla wypełnienia wymogów formalnych winien zawrzeć - przedstawić zarzuty wraz ze wskazaniem okoliczności faktycznych i prawnych, jak też wskazać czynności lub zaniechania czynności zarzucanych zamawiającemu – przystępujący stwierdził, iż odwołujący tym obowiązkiem uchybił. Odwołujący wskazując na naruszenie przez zamawiającego postanowień art. 7, art. 2 pkt 5 a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie wypełnił wymogów formalnych odwołania w tym zakresie poprzez brak wskazania czynności stanowiących o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, jak też okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

2. Odwołujący poprzez użycie sformułowań: „niewłaściwe zastosowanie”, „odrzucenie niezgodnie z warunkami”, „naruszenie ... warunków SIWZ poprzez odrzucenie” – bez wskazania czynności zamawiającego, których realizacja lub zaniechanie spowodowała naruszenie przepisów ustawy Pzp, nie może uznać za wypełnienie obowiązku na nim spoczywającego, a wynikającego z postanowień przywołanego wyżej rozporządzenia. Nie jest zatem możliwe jakiegokolwiek odniesienie się do zarzutów odwołującego w zakresie postanowień art. 2 pkt 5 Pzp. Argumentacja, iż skoro jedynym kryterium wyboru oferty była cena - to pomimo zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z warunkami SIWZ, oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą bowiem miała najniższą cenę -

świadczy o niewłaściwym rozumieniu tak postanowień przywołanego przepisu jak też generalnych zasad określonych ustawą Pzp.

3. Zarzut o naruszeniu postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 nie znalazł w odwołaniu żadnego uzasadnienia, a jego przywołanie uznał przystępujący za spowodowane wyłącznie faktem, iż zamawiający na podstawie tego przepisu dokonał odrzucenia oferty odwołującego albowiem treść oferty była niezgodna z treścią SIWZ - co zamawiający uzasadnił jednoznacznie w swej decyzji. Przystępujący zaznaczał, że nie sposób odnieść się w jakikolwiek sposób do argumentów odwołującego wobec ich całkowitego braku. Powyższe oznacza brak zasadności zarzutu naruszenia tego przepisu, co potwierdza zasadność wniosku o oddalenie odwołania.

4. Wskazywanie przez odwołującego na naruszenie przez zamawiającego postanowień art. 7 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uznał przystępujący za bezpodstawne. Jak wskazał wyżej zarzut w zakresie przygotowania postępowania - określenia przedmiotu zamówienia - poza jego merytoryczną bezzasadnością pozostaje spóźniony.

5. Ponadto przystępujący wskazywał, iż ewentualne uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołującego stanowiłoby o faktycznym naruszeniu postanowień art. 7 ustawy Pzp, gdyż dopuszczono by do realizacji ofertę, której przedmiot nie spełniałby podstawowych wymogów zamawiającego zawartych w SIWZ. Takie działanie skutkowałoby jednocześnie, iż doszłoby do nierównego traktowania wykonawców i poprzez ewentualne uwzględnienie „dodatkowych propozycji” odwołującego - poza wymogami SIWZ - zamówienie zostałoby udzielone wykonawcy, który składając ofertę nieodpowiadającą warunkom postępowania „wymusił” na zamawiającym realizację jego oferty.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Sedkomp Sp. J. S....., S..... do udziału w sprawie po stronie zamawiającego, jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego jest niewątpliwy, skoro dotyczy utrzymania czynności wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu, podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z dnia 19 września 2012 r. o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający podkreślał, że postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp i nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców. Wskazał na swój obowiązek niedopuszczenia do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu w oparciu o przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśniał, że w jego ocenie, wymagania SIWZ w odniesieniu do dopuszczalnej wagi i rozmiarów urządzenia były jednoznaczne, a nadto podyktowane

uzasadnionymi względami ułatwienia pracy leśnikom, którzy muszą się posługiwać wieloma innymi podręcznymi narzędziami.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości poniżej kwot wymienionych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że w takim przypadku odwołanie przysługuje jedynie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Z powyższego wynika, że dopuszczalność odwołania w odniesieniu do kwestionowania postanowień SIWZ - w tym przypadku ograniczała się jedynie do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie mogła dotyczyć opisu przedmiotu zamówienia. Nie można zatem mówić, że zarzuty odwołującego w odniesieniu do postanowień SIWZ pozostawały spóźnione, ale że są niedopuszczalne i jako takie nie podlegały rozpatrzeniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Z przebiegu faktycznych czynności w przedmiotowym postępowaniu Izba wywiodła wnioski, że odwołujący w korespondencji do zamawiającego kwestionował postanowienia SIWZ dotyczące określonych rozmiarów i wagi urządzenia kas fiskalnych - wskazujących na jednego producenta - w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca (...) może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechaniu czynności, na które nie przysługuje odwołanie. W przypadku, uznania zasadności przekazanej informacji, zamawiający powtarza czynność lub dokonuje czynności zaniechanej.

W ocenie Izby, odwołujący wniósł odwołanie w zakresie dopuszczalnym, tj. na odrzucenie złożonej oferty, którą to czynność uznał za naruszającą warunki SIWZ oraz wskazane przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Opisanie zaś w uzasadnieniu odwołania odnośnych postanowień SIWZ, oraz ich dalsze kwestionowanie, jako szerszego przedstawienia argumentacji - nie zmienia okoliczności, że odwołanie dotyczy bezzasadności wskazanej czynności zamawiającego - odrzucenia oferty odwołującego. Wbrew stawianym zarzutom przez przystępującego - uzasadnienie faktyczne odwołania w odniesieniu do kwestionowanej czynności odrzucenia oferty - zostało przez odwołującego przedstawione stosownie do wymagań Rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). W § 4 ust. 1 pkt 6 i 8 przepis wymaga aby odwołanie zawierało przedstawienie zarzutów, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, co zostało spełnione. W szczególności odwołanie obejmuje zarzut niedopuszczenia rozwiązań równoważnych, mimo że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na jednego producenta.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, oferty wybranej, oferty wykonawcy Posnet Polska S.A., korespondencji stron, pisma z dnia 19 września 2012 r. informującego o wyniku przetargu. Ponadto, Izba rozważyła stanowiska reprezentantów i pełnomocników stron oraz przystępującego, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Izba nie dopuściła wnioskowanych przez odwołującego dowodów z zarządzeń wewnętrznych Dyrektora Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych, gdyż akty te nie stanowiły elementu udostępnionej wykonawcom dokumentacji postępowania. Problematyka umundurowania leśników jest uregulowana w opublikowanym rozporządzeniu Ministra Środowiska.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła, co następuje.

SIWZ – Instrukcja dla wykonawców podaje, że zamówienie obejmuje „Dostawę drukarek fiskalnych 2012” r., o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. mniejszej niż 130 000 euro. W skład przedmiotu zamówienia wchodzi dostawa drukarek fiskalnych do jednostek z terytorialnego zasięgu działania Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Warszawie oraz biura RDLP w ilości 81 sztuk.

Pkt 3. Opis przedmiotu zamówienia.

Pkt 3.4. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (...) opisany został w rozdziale II SIWZ. Specyfikacja udostępniona wykonawcom oraz Izbie nie zawiera rozdziału II. Zamawiający wyjaśnił, że przez rozdział II SIWZ rozumiał załącznik nr 1 do SIWZ.

Pkt 3.5. Wymienione w pkt 3.4. opracowanie stanowi integralną część SIWZ, wszystkie wskazane w nim, poprzez zamieszczenie znaków towarowych, patentów, lub pochodzenia materiały, wyroby i urządzenia należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza to, że zgodnie z art. 29 ustawy w

odniesieniu do materiałów, wyrobów i urządzeń wskazanych z nazwy, zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, wyrobów i urządzeń równoważnych, tj. o jakości nie gorszej niż opisana w Opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający potwierdził, że w SIWZ nie zawarł szerszego opisu wykazania warunków równoważności.

Pkt 13 SIWZ. Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Załącznik nr 1 do SIWZ, a zarazem do umowy zobowiązywał wykonawców do podania oferowanego typu, modelu urządzenia ze wskazaniem jego producenta.

Zamawiający wyspecyfikował w 20 pozycjach elementy urządzenia, w odniesieniu do których podał wymagania minimalne. Kolumna 4 zał. 1, obejmuje wymóg deklaracji przez wykonawcę zgodności urządzenia z wymaganiami minimalnymi. W kolumnie 5 wykonawca miał podać uszczegółowienie wymagań minimalnych oferenta. Pod tabelą załącznika nr 1 widnie instrukcja jego wypełnienia:

- rubryka deklaracja zgodności z wymaganiami minimalnymi – należy potwierdzić spełnienie obligatoryjnych minimalnych wymagań technicznych, wpisując TAK lub NIE,
- rubryka uszczegółowienie wymagań minimalnych oferenta – należy w niej podać wszystkie różnice pomiędzy oferowaną konfiguracją a opisem wymagań (minimum). W przypadku nie wypełnienia tej rubryki zamawiający przyjmie, że w oferowanym produkcie nie występują żadne różnice w stosunku do obligatoryjnych wymagań minimalnych. Jeżeli w wymaganiach minimalnych występują słowa „co najmniej”, „co najwyżej”, „minimum,” lub „maksimum” znaki < lub > należy wpisać wartość rzeczywistą. Jeżeli wymagania minimalne przewidują rozwiązanie do wyboru, należy wpisać oferowane rozwiązanie.

Jedyny element sporny stanowiła pozycja 7 załącznika nr 1 „wymiary i waga”, gdzie zamawiający podał „do 90x150x50 mm (szerokość x głębokość x wysokość), waga do 400 g (z rolką papieru).

Zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy – wykonawca zaciągał zobowiązanie do sprzedaży, dostarczenia oraz uruchomienia 81 szt. drukarek fiskalnych określonych w załączniku 1.

Oferty złożyło 3 wykonawców:

1. COMP S.A. – oferta odrzucona (odwołujący), z ceną brutto – 162 297,27 zł, zaoferowana drukarka własnej produkcji Deon E o wymiarach i wadze: „94 x 229 x 58 mm (szer. x głęb. x wys.), 0,65 kg, do formularza oferty odwołujący dołączył wyjaśnienie na temat bezpieczeństwa użytkowania i ergonomii pracy z oferowanym urządzeniem, z opisem jego mocowania do stroju służbowego - przy pomocy pokrowca i pasa, traktując ten opis – jako spełnienie warunków równoważności.

2. Sedkomp Sp. j. S....., S....., z ceną brutto – 179 334,00 zł, zaoferowana drukarka firmy Posnet modelu drukarki fiskalnej tj. Temo HS EJ tejże firmy, o wymiarach i wadze: 86 x 46 x 128 mm (szer. x głęb. x wys.), 0,38 kg,

3. POSNET Polska S.A., z ceną brutto – 196 271,10 zł. zaoferowana drukarka firmy Posnet modelu drukarki fiskalnej tj. Temo HS EJ tejże firmy o wymiarach i wadze: 86 x 46 x 128 mm (szer. x głęb. x wys.), 0,38 kg

Ogółem wartość przedmiotu zamówienia zamawiający określił na kwotę 202 419,00 zł.

Wnioskiem z dnia 4 września 2012 r. odwołujący przywołując wymaganie określone w poz. 7 załącznika nr 1 do SIWZ zwracał się o wyjaśnienie treści SIWZ, zapytując, „Czy ww. parametr jest traktowany jako niezbędny do złożenia oferty w przetargu, czy też jest to parametr alternatywny – może lub nie musi być spełniony? Ustalenie w ten sposób parametrów w zakresie wagi i wymiarów drukarki fiskalnej (szerokość, głębokość i wysokość) wskazuje jednoznacznie, że przetarg zostaje ograniczony do jednego producenta, tj. firmy Posnet oraz do jednego modelu drukarki fiskalnej tj. Temo HS EJ tejże firmy. W tym świetle niezrozumiała jest prośba z lipca 2012 r. o przekazanie drukarki Deon E do testów. Czemu zatem miało służyć testowanie naszej drukarki, skoro opisano parametr, który może eliminować to urządzenie z przetargu? Prosimy zatem o wyjaśnienie charakteru tego parametru. Wnosimy jednocześnie o zastosowanie punktu 5.5. SIWZ [modyfikacji SIWZ] i dokonanie zmian pkt. 7 załącznika nr 1 do SIWZ (w sposób umożliwiający również innym producentom wzięcie udziału w przetargu) lub oznaczenie, że parametr ten ma tylko charakter oceny i określenie na ile brak tego parametru wpływa na ocenę urządzenia, jeżeli o wyborze konkretnego urządzenia decyduje w 100% cena.

W odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, pismem z dnia 6 września 2012 r. zamawiający podał „*Informujemy, że pkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ, określający parametry wymiarów i wagi urządzenia do 90x150x50 mm (szer. x głęb. x wys.) do 400 g (z rolką papieru), Zamawiający określił maksymalne dopuszczalne wymiary oraz wagę zamawianych urządzeń. Ustalenie przez Zamawiającego takich a nie innych parametrów, wymienionych w ww. pkt. 7 załącznika nr 1 do SIWZ, wynikało z realnych potrzeb. Sorty mundurowe (ubrania robocze) pracowników, którzy na co dzień będą wykorzystywać zamawiane urządzenia (leśniczowie) wyposażone są w dwie kieszenie na udach spodni, w których to te urządzenia będą noszone. Obie kieszenie mają wymiary 110x190x50 mm i zamykane są na rzep. Urządzenia o większych wymiarach uniemożliwiały by zapinanie ww. kieszeni, po włożeniu do nich urządzenia, a większa masa urządzenia, znacząco utrudniała by poruszanie się pracowników. Biorąc pod uwagę, że pracownicy ci muszą niejednokrotnie przemierzać*

znaczne odległości często w trudnym terenie leśnym, posiadając przy sobie również inne wyposażenie, tj. np. klupa (średnicomierz), taśma miernicza (min. 25 m), młotek znamionowy, Rejestrator Leśniczego, urządzenie fiskalne czy telefon komórkowy - parametry takie jak wymiary i masa każdego dodatkowego wyposażenia mają dla Zamawiającego niebagatelne znaczenie. Dopuszczenie większych wymiarów oraz masy zamawianych urządzeń spowodowałoby, że urządzenia te byłyby niefunkcjonalne dla noszących je pracowników, a co za tym idzie całe zamówienie straciłoby swój sens. Ze względu na to, że Zamawiający nie zna całego rynku produktów będących przedmiotem zamówienia, biorąc pod uwagę mnogość producentów i rozwiązań technicznych oraz szybkość z jaką pojawiają się nowe rozwiązania techniczne, Zamawiający określił minimalne parametry techniczne jakie są dla niego do przyjęcia (aby to zamówienie miało sens praktyczny) i postanowił poddać je weryfikacji rynku. Przyjęta przy realizacji tego zamówienia procedura, w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z zapisami ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje się być zatem najwłaściwsza. Informujemy, że zgodnie z wymogiem art. 38 ust. 2 ustawy, stanowisko Zamawiającego zostało rozesłane do wszystkich wykonawców, którym przekazano SIWZ.”

Jednocześnie w odrębnym piśmie z dnia 6 września 2012 r. zamawiający odniósł się do poruszonych przez odwołującego kwestii, które nie stanowią wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie art. 31 ustawy Pzp, tj. pytania dotyczącego wypożyczenia przez zamawiającego drukarek do testów, przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania. Zamawiający wyjaśnił, że przed wszczęciem postępowania, chciał mieć pewność, iż drukarki wiodących i znanych producentów, prawidłowo współpracują z wykorzystywanym przez niego Rejestratorem Leśniczego oraz z zainstalowanym na nim oprogramowaniem. Wspomniane testy zostały przeprowadzone na znanych zamawiającemu mobilnych drukarkach fiskalnych, które teoretycznie (wg. określonych w dokumentacjach oprogramowania i drukarek parametrów technicznych) powinny współpracować ze stosowanym systemem ewidencji sprzedaży drewna. Dla tego właśnie celu potrzebował do testów – między innymi - drukarki Deon E.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający następująco uzasadnił tę czynność: *„Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Comp S.A - oddział Nowy Sącz Novitus. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił wymagania minimalne, które powinny spełniać urządzenia stanowiące przedmiot zamówienia. Określając wymiary i wagę urządzeń Zamawiający napisał „do 90 x 150 x 50 mm (szer. x głęb. x wys.), do 400 g (z rolką papieru)”. Wynika z tego jednoznacznie, że dostarczane urządzenia mogą mieć wymiary i wagę równą lub mniejszą od podanych wymiarów. Przed terminem składania*

ofert Wykonawca Comp S.A, zwrócił się do Zamawiającego w trybie określonym w art. 38 ust. 1 o wyjaśnienie treści SIWZ. Udzielając odpowiedzi Zamawiający podtrzymał przedstawione w treści SIWZ wymaganie dotyczące wymiarów i wagi urządzenia. Ponadto w odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił wyczerpująco przyczynę, dla której urządzenia o większych wymiarach lub wadze nie będą odpowiadać potrzebom użytkowników urządzeń. Wykonawca w złożonej ofercie zaoferował urządzenie o wymiarach i wadze: „94 x 229 x 58 mm (szer. x głęb. x wys.), 0,65 kg”. Każdy z podanych wymiarów i waga urządzenia są większe od określonych w SIWZ i tym samym urządzenie nie spełnia postawionych wymagań. Wykonawca, spodziewając się, że urządzenie nie zostanie uznane za odpowiadające wymaganiom Zamawiającego, zaoferował dodatkowo „specjalizowany pokrowiec z uchwytami umożliwiającymi różne sposoby mocowania ww. pokrowca i urządzenia w zależności do sytuacji terenowej”. Niezależnie jednak od tego, na ile zaproponowane rozwiązanie odpowiadało potrzebom użytkowników końcowych, treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ. W przedstawionej sytuacji, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający był obowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Comp S.A.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skoro złożył najtańszą ofertę w postępowaniu, zatem w przypadku potwierdzenia się stawianych zamawiającemu zarzutów bezzasadności odrzucenia tej oferty, odwołujący mógłby ponieść szkodę w wyniku uchybienia przez zamawiającego przepisom ustawy Pzp i utraty możliwości zrealizowania zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione w zakresie dozwolonym przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. na czynność odrzucenia oferty odwołującego, w tym też zakresie podlegało rozstrzygnięciu.

Przechodząc do rozpatrzenia sprawy, Izba miała na uwadze uregulowania art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, że treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż opis oferowanego urządzenia nie różni się w swej treści od postanowień zawartych w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś

do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z istotnymi wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego spełnienia zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na obecnym etapie brak było podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy przetargu byli związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobu spełnienia wymagań, zamieszczonym w SIWZ. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że skoro jedynym kryterium wyboru oferty - została ustanowiona najniższa cena, to można było pominąć wymagania minimalne, które oferowane kasy fiskalne miały spełniać – podane w załączniku nr 1 do SIWZ i wzoru umowy. Zamawiający nadał tym wymaganiom rangę istotnych postanowień, których niespełnienie skutkowało zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej – powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta przejawiała się w zakresie opisanego przez odwołującego proponowanego przedmiotu zamówienia, jego wymiarów i wagi powyżej granicznych wartości dopuszczonych przez zamawiającego.

Nie można było jednak pominąć, że art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, w przypadku gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, między innymi za pomocą specyfikacji technicznej określonego wyrobu (określonego producenta) - nakazuje dopuścić rozwiązania równoważne opisywanym. Zamawiający obowiązek ten spełnił postanawiając w SIWZ pkt 3.5., że: *„wymienione w pkt 3.4. opracowanie [Opis przedmiotu zamówienia] stanowi integralną część SIWZ. Wszystkie wskazane w nim, poprzez zamieszczenie znaków towarowych, patentów, lub pochodzenia materiały, wyroby i urządzenia należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza to, że zgodnie z art. 29 ustawy w odniesieniu do materiałów, wyrobów i urządzeń*

wskazanych z nazwy, zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, wyrobów i urządzeń równoważnych, tj. o jakości nie gorszej niż opisana w Opisie przedmiotu zamówienia.”

W ocenie Izby, podnoszony zarzut odwołania, iż właściwości zamawianych kas fiskalnych zostały opisane w sposób wskazujący na jednego producenta, tj. drukarki firmy Posnet model drukarki fiskalnej tj. Temo HS EJ tejże firmy, znalazł potwierdzenie skoro dwóch pozostałych wykonawców uczestniczących w przedmiotowym przetargu zaoferowało właśnie ten model drukarki. Nie wpłynęła ani jedna oferta na inny wyrób, mieszcząca się w granicach wyznaczonych parametrów minimalnych, w tym w odniesieniu do wymiarów i ciężaru urządzenia. Producent urządzenia na swojej stronie internetowej, z której wydruk zamawiający włączył do akt postępowania, reklamuje wyrób w ten sposób, że „drukarka fiskalna Posnet Temo HS EJ to najmniejsza i najlżejsza drukarka fiskalna na rynku. Bez trudu zmieści się w podręcznej torbie, a nawet w kieszeni.” Powyższe potwierdza, że opis urządzenia, w tym wymiarów i wagi - jakkolwiek dokładny - jednoznacznie wskazywał na oznaczony wyrób, implikując tym samym obowiązek dopuszczenia wyrobów równoważnych.

Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, w którego znaczenie wpisuje się nie tylko podanie bezpośrednio nazwy konkretnego przedmiotu dostawy, ale także pośrednio, przez taki dobór parametrów zamawianych dostaw, z którego ewidentnie i w całości wynika, że spełnić go może określony wykonawca, czy wyrób. Jednakże należało zauważyć, iż ust. 3 przywoływanego art. 29 ustawy Pzp dopuszcza, w zależności od specyfiki zamówienia - opis identyfikujący wyrób czy producenta, w szczególności jeżeli ma to znaczenie jedynie przykładowe, natomiast wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy lub „równoważny.” W ocenie Izby, opis przedmiotu zamówienia jakim posłużył się zamawiający w specyfikacji, jest zbieżny z opisem produktu - drukarki firmy Posnet model drukarki fiskalnej Temo HS EJ pozwalającym na identyfikację tego wyrobu i producenta.

Orzecznictwo oraz piśmiennictwo w sprawach zamówień publicznych wypracowało pogląd, że nie jest konieczne aby produkt został wskazany wprost z nazwy. Wystarczy, że opis przedmiotu zamówienia zostanie skonstruowany - ze względu na dobór parametrów w ten sposób, że wskazuje na określony produkt, aby zamawiający zobowiązany był dopuścić wyroby równoważne. Zdaniem Izby, zamawiający tak z uwagi na uregulowania ustawowe, jak i na przytoczone postanowienia SIWZ, zobligowany był dokonać oceny oferty odwołującego - jako równoważnej, czego bezpodstawnie zaniechał - tak jak zarzucał odwołujący. Wprawdzie wykonawca ma w myśl art. 30 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek

wykazać, że oferowane przez niego dostawy odpowiadają równoważnym wymaganiom określonym przez zamawiającego, jednakże uprzednim obowiązkiem zamawiającego jest podanie kryteriów spełnienia warunków równoważności, według których oferta równoważna wykonawcy miałyby być oceniana. Zamawiający szerszego opisu oceny oferty równoważnej w SIWZ nie przedstawił. Ograniczył się jedynie do wskazania, że: „*dopuszcza zastosowanie materiałów, wyrobów i urządzeń równoważnych, tj. o jakości nie gorszej niż opisana w Opisie przedmiotu zamówienia.*” Odwołujący złożył swoją ofertę jako równoważną. W załączniku do formularza oferty opisując spełnienie warunków równoważności w odniesieniu do funkcjonalności użytkownika oferowanego urządzenia, mimo że jego rozmiary i waga były większe niż dopuszczone w SIWZ.

Izba stoi na stanowisku, że określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem ale i prawem zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ustawy Pzp, zakazująca opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję - poprzez użycie takich sformułowań, które powodują dyskryminowanie jednych wykonawców, uniemożliwiają im złożenie oferty, kosztem uprzywilejowania innych. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Istotne jest jednak to, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt, ponieważ ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania cech przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany i rzeczywisty interes. Z przebiegu postępowania dowodowego w sprawie wynikało, że twierdzenia zamawiającego oraz przystępującego nie uwzględniały całokształtu przepisów ustawy, znajdujących zastosowanie w sprawie, ani nie odnosiły się do całości postanowień SIWZ, pomijając ewidentny fakt, że zamawiający dopuścił rozwiązania „równoważne.” Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzeń, iż wyrób zaoferowany nie posiada takich właściwości jakie zapotrzebował (rozmiarów i wagi), bądź może je wprowadzić spełnić, ale w odmienny sposób. Spełnienie wymogów zamawiającego, tyle że w odmienny sposób stanowi zaś istotę równoważności. Obowiązkiem zamawiającego była ocena oferty odwołującego w aspekcie wypełnienia warunków równoważności, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał, odrzucając tę ofertę.

Izba podziela ugruntowane stanowisko orzecznictwa, zgodnie z którym fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów - nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. Prawem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który w jak najpełniejszym zakresie odpowiada jego potrzebom, zatem sama okoliczność, że oferta wykonawcy nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego, nie świadczy jeszcze o tym, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji. Aby udowodnić prowadzenie postępowania z naruszeniem reguł zapewnienia uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia i wyboru oferty, należy wykazać, że wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia. W przekonaniu Izby, odwołujący powyższe okoliczności wykazał, gdyż zgodnie z jego wcześniejszymi zastrzeżeniami do SIWZ, wpłynęły jedynie oferty na ten sam wyrób. Przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 12 marca 2007 r. w sprawie wzoru mundurów leśnika i oznak dla osób uprawnionych do ich noszenia (Dz. U. Nr 51, poz. 342) określają wzory poszczególnych elementów umundurowania leśnika, w tym wzory mundurów codziennych zarówno męskich jak i damskich. Wskazywane przez zamawiającego uzasadnienie, że kasa fiskalna będzie noszona wyłącznie w bocznej kieszeni spodni, mogłoby dotyczyć jedynie munduru terenowego. Zamawiający nie wykazał, że w kieszeniach innych części umundurowania codziennego, np. kurtki czy kamizelki, czy w torbie - urządzenie kasy fiskalnej nie mogłoby być przez leśników noszone, jak inne przedmioty wyposażenia służbowego, co również wypełniałoby realne potrzeby zamawiającego. Zamawiający testując dostępne rynkowo urządzenia mobilnych kas fiskalnych główny nacisk położył na to, aby oprogramowanie i parametry techniczne drukarek mobilnych współpracowały ze stosowanym systemem ewidencji sprzedaży drewna. Zamawiający jako warunek zachowania równoważności wskazał *„zastosowanie materiałów, wyrobów i urządzeń równoważnych, tj. o jakości nie gorszej niż opisana w Opisie przedmiotu zamówienia.”* Wyrób równoważny nie musi być identyczny z opisanym w SIWZ. Powinien natomiast zapewniać zakładane funkcjonalności użytkowe, potwierdzające w pełni przydatność wyrobu do zamierzonego stosowania i poziom ich jakości - niezawodności. W przekonaniu Izby, skoro poza rozmiarami i wagą, zamawiający nie kwestionował innych istotnych właściwości użytkowych i jakości zaoferowanych przez odwołującego drukarek – winny być one uznane za wyrób równoważny, a oferta odwołującego powinna podlegać ocenie według ustalonego kryterium wyboru. Wykonawca - odwołujący wykazał cechy równoważne oferowanego wyrobu i brak było podstaw, aby jego ofertę odrzucić. Zamawiający nie podważał jakości drukarki zaoferowanej przez odwołującego.

Dowody przeprowadzone w niniejszej sprawie wykazały zasadność czynionych zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez odrzucenie oferty odwołującego - za treść nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo wypełnienia warunków równoważności,

2) w konsekwencji znalazły również potwierdzenie zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 8 078,00 zł zwrotu wpisu i kosztów noclegu – na podstawie rachunku, złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: