

Sygn. akt: KIO 2025/12

WYROK
z dnia 4 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2012 r. przez wykonawcę **Geotronics Polska Sp. z o.o.**, 31-216 Kraków, ul. Konecznego 4/10u w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze**, 65-950 Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31

przy udziale wykonawcy **Leica Geosystems Sp. z o.o.**, 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 118 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Geotronics Polska Sp. z o.o.**, 31-216 Kraków, ul. Konecznego 4/10u i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Geotronics Polska Sp. z o.o.**, 31-216 Kraków, ul. Konecznego 4/10u tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawcy **Geotronics Polska Sp. z o.o.**, 31-216 Kraków, ul. Konecznego 4/10u na rzecz zamawiającego **Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze**, 65-950 Zielona Góra, ul. Bohaterów Westerplatte 31 kwotę **4.048 zł 00 gr.** (słownie: cztery tysiące czterdzieści osiem złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze na dostawę 32 sztuk zestawów pomiarowych, składających się z precyzyjnego odbiornika GNSS, anteny GNSS, kontrolera z akcesoriami do pracy jako rover wraz z przeszkoleniem w zakresie obsługi w/w urządzeń, wobec czynności oceny ofert, a w konsekwencji wyboru oferty Leica Geosystems Sp. z o.o., wykonawca Geotronics Polska Sp. z o.o. wniósł w dniu 21 września 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2025/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 września 2012 r. O czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący poinformowany został faksem w dniu 11 września 2012 r.

Postępowanie ogłoszone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2012/S 133-221308 w dniu 13.07.2012r. i prowadzone jest według zasad dotyczących postępowań o wartości szacunkowej zamówienia przekraczającej kwoty określonej w przepisach wykonawczych do ustawy dla dostaw i usług.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 82 ust. 1 i 3 oraz 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Leica Geosystems Sp. z o.o., mimo niezgodności tej oferty z treścią siwz w zakresie w jakim siwz zakazywała składania ofert wariantowych i/lub częściowych oraz nakazywała zaoferowanie rozwiązań sprzętowych o określonych parametrach;
2. art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu;
3. art. 87 ustawy poprzez nieuprawnione prowadzenie negocjacji z wykonawcą Leica Geosystems Sp. z o.o. dotyczących treści złożonej oferty i uznanie za dopuszczalne wprowadzenie istotnej zmiany w ofercie po otwarciu ofert, w wyniku nieprawidłowej interpretacji złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, w sytuacji gdy nie ma możliwości poprawienia oferty, w której zastosowano różne rozwiązania, spośród kilku przedstawionych w ofercie pierwotnej;
4. art. 7 ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów, dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Leica Geosystems Sp. z o.o., nakazanie dokonania czynności wyboru oferty Geotronics Polska Sp. z o.o. i zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów odwołujący wskazał na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty wybranej złożonej przez wykonawcę Leica Geosystems Sp. z o.o. w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego zmodyfikowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w części miał charakter wariantowy w tych punktach, w których zamawiający wskazywał na rodzaj rozwiązania, np. w pkt. 1.4 „wbudowany lub zintegrowany modem (...)”, w pkt. 1.5 „Wbudowana pamięć bądź wymienna karta (...)”, „ Rejestracja zgodnie ze standardem RINEX lub możliwość eksportu (...)”, w pkt. 1.6 „Bateria lub baterie wewnętrzne (...)”. Zdaniem odwołującego, oferta w której wykonawca nie uszczegółowił cech oferowanego sprzętu jest ofertą wariantową, a zgodnie z punktem 9.3 tomu I siwz, zamawiający nie dopuścił rozwiązań równoważnych. Zmodyfikowany opis przedmiotu zamówienia w zakresie precyzyjnego odbiornika GNSS oraz kontrolera z akcesoriami do pracy jako rover miał charakter wariantowy ze względu na wariantowe określenie niektórych parametrów przez zamawiającego. Wykonawca Leica Geosystem Sp. z o.o. złożyła w swojej ofercie między innymi specyfikację odbiornika oraz kontrolera, zawierającą 5 wariantów odbiornika GS10 oraz 2 warianty kontrolera. Prezentuje on również dwa warianty oprogramowania. Na stronie 6 oferty, wykonawca Leica Geosystems Sp. z o.o. w odrębnej adnotacji dokonał doprecyzowania w zakresie odbiornika, kontrolera z akcesoriami do pracy jako rover oraz oprogramowanie kontrolera teoretycznie pozbawiając w tym zakresie ofertę charakteru wariantowego. W ofercie pominięto całkowicie istotny element przedmiotu zamówienia, tj. antenę GNSS, której brak czyni zestaw bezużytecznym a jej niewłaściwy dobór czyni zestaw niezgodnym z wymogami SIWZ. Wykonawca nie wskazał w treści oferty rodzaju oferowanej anteny, prowadząc do niezgodności oferty z punktem 9.2 tom I siwz. „Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych”.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż w ofercie Leica Geosystems Sp. z o.o. wymienione zostały 4 anteny, z których jedynie 2 (antena AS10 i AS25) spełniają wymóg śledzenia systemów GNSS, co czyniło ofertę wariantową. Ponadto, w specyfikacji obu anten nie można ustalić, jaką normę ochrony przed wodą i pyłem IP66 czy IP67 spełniają.

Powyższe, zdaniem odwołującego, powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 ustawy. Z jednej bowiem strony wykonawca nie przedstawił rozwiązania odpowiadającego opisowi przedmiotu zamówienia zawartemu w siwz, z drugiej zaś można

uznać, że wbrew normie wynikającej z art. 82 ust. 1 ustawy wykonawca złożył 4 oferty, w których zaproponował 4 różne zestawy pomiarowe – każdy z inną anteną GNSS, z których dwa spełniają wymagania zamawiającego, a dwa nie spełniają tych wymagań. Niezgodność oferty nie mogła być usunięta przez doprecyzowanie w drodze wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w pismach z dnia 27 sierpnia 2012 r. oraz 7 września 2012 r. Wykonawca zmienił teoretycznie charakter wariantowy swojej oferty w części dotyczącej oprogramowania na jednoznaczny – dokonując wyboru pomiędzy dwoma typami aplikacji zaproponowanych na stronach 13 i 14 oferty.

Pomijając fakt, że ze względu na wariantowy charakter oferty wykonawcy Leica Geosystems Sp. z o.o. nie jest możliwe rozszyfrowanie jaki zestaw urządzeń jest oferowany, odwołujący powołał również argumenty niekompletności tejże oferty. Dotyczy to elementu przedmiotu zamówienia – tyczki teleskopowej z włókna węglowego i 5 metrowego kabla antenowego, które nie stanowią przynależności precyzyjnego odbiornika GNSS, anteny GNSS, czy też kontrolera, a przez ich brak wymienienia w odrębnej adnotacji nie zostały zaoferowane. Jako oferta częściowa podlegała odrzuceniu, gdyż zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych.

Dodatkową okoliczność, prowadzącą do wewnętrznej sprzeczności w ofercie, stanowi oświadczenie wykonawcy, w których wskazał, iż „ilustracje i dane techniczne nie są wiążące”, co umożliwiać ma wykonawcy dowolność w rozwiązaniach, które zostaną zaoferowane.

Odwołujący wskazał również na niezgodność merytoryczną w treści oferty wykonawcy Leica Geosystems Sp. z o.o. z opisem przedmiotu zamówienia. Zaproponowany odbiornik Leica GS10, posiadający 120 kanałów umożliwia odbiór maksymalnie 120 sygnałów satelitarnych, tymczasem zamawiający oczekiwał rozwiązania, które pozwoli na odbiór wszystkich dostępnych aktualnie oraz w niedalekiej przyszłości sygnałów w ramach obecnych i planowanych systemów satelitarnych (pkt 1.2 tom II siwz i odpowiedzi na pytania nr 31 i 33). W oparciu o dostępne prognozy odwołujący ustalił, iż do 2020 r. planowane jest osiągnięcie 30 satelitów GALILEO, a zatem odbiornik GS10 nie zapewni pełnej funkcjonalności w perspektywie wymaganej przez zamawiającego, tj. do 2020 r.

W ocenie odwołującego, błędy jakie popełniono w ofercie nie mogły być naprawione poprzez złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W wyjaśnieniach z dnia 7 września 2012 r. doszło do zaoferowania odmiennego niż pierwotnie rozwiązania technicznego w zakresie wewnętrznego źródła zasilania (baterii o określonym czasie pracy). Wykonawca dokonał wyboru wariantu spośród zaproponowanych pierwotnie w ofercie przez wskazanie szeregu parametrów, jak i urządzeń (anten, baterii).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Leica Geosystems Sp. z o.o. i dokonanie wyboru oferty odwołującego się.

W dniu 26.09.2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Leica Geosystems Sp. z o.o.

Stanowisko Izby

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

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawcy Leica Geosystems Sp. z o.o., a także stanowisk stron i uczestnika postępowania prezentowanych w pismach i na rozprawie Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzuty w odwołaniu dotyczą czynności badania i oceny oferty Wykonawcy Leica Geosystems Sp. z o.o., którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, chociaż w ocenie Odwołującego, podlegała ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy.

Izba uznała, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, naruszałaby interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Ustalenie, iż cena oferty Odwołującego przekraczała kwotę jaką Zamawiający odczytał na otwarciu ofert, nie może pozbawiać wykonawcy prawa do weryfikacji

prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Ewentualne następstwa uwzględnienia odwołania, w postaci unieważnienia postępowania, stanowiłyby nową okoliczność w sprawie, która na obecnym etapie postępowania nie zaistniała, a więc nie mogła wpływać na ocenę naruszenia interesu Odwołującego. W związku z powyższym, Izba stwierdziła, iż Odwołujący wykazał spełnienie przesłanki materialno prawnej do rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zarzuty w odwołaniu zmierzały do wykazania wadliwości czynności Zamawiającego polegającej na ocenie oferty wybranej złożonej przez przystępującego do postępowania odwoławczego – Leica Geosystems Sp. z o.o. Istota sporu sprowadzała się do oceny treści oferty, jako wariantowej oraz niezgodnej w zakresie oferowanych urządzeń, a tym samym naruszającej zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wariantowość oferty dotyczyć miała zaoferowania kilku systemów GNSS, co Odwołujący wywodził z okoliczności złożenia zmodyfikowanego opisu przedmiotu zamówienia, zawierającego w części opcjonalne rozwiązania, a także załączonych specyfikacji technicznych, iż oferta jest wariantowa.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt. 9.5 wskazał, iż ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” oraz formularz cenowy (2.1) oraz oświadczenia i dokumenty żądane od wykonawców.

W ofercie Wykonawca Leica Geosystems Sp. z o.o. przedstawił wypełniony formularz oferty wraz z załącznikami, w tym wypełniony formularz cenowy, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz dane techniczne oferowanego sprzętu.

W toku oceny ofert Zamawiający zwracał się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie parametrów technicznych oferowanych urządzeń.

Mając na uwadze zakres zarzutów i przywołanych na ich poparcie okoliczności, Izba uznała, iż oferta Wykonawcy Leica Geosystems Sp. z o.o. nie była ofertą wariantową, lecz została przygotowana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przez wypełnienie formularza oferty, zawierającego wyszczególnienie elementów rozliczeniowych: *„zestaw pomiarowy (tj. precyzyjny odbiornik GNSS, antena GNSS, kontroler z akcesoriami do pracy jako rover, przeszkolenie w zakresie obsługi w/w/ urządzenia)”. Zamawiający nie wymagał doprecyzowania rodzaju oferowanych urządzeń wchodzących w skład zestawu, pozostawiając w formularzu puste miejsca na podanie ceny ryczałtowej netto za 1 sztukę zestawu pomiarowego oraz wartości netto PLN. W ocenie Izby, wywodzenie ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, dołączonego przez Wykonawcę Leica Geosystems Sp. z o.o. do oferty, obowiązku sprecyzowania urządzeń, a tym samym oferowanego rozwiązania, stanowiło nadinterpretację tych postanowień specyfikacji, których*

celem było określenie wymagań Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zawierający dopuszczalne rozwiązania nie zastępuje postanowień specyfikacji w zakresie sposobu przygotowania oferty, określenia oferowanego świadczenia, czy też potwierdzenia spełnienia wymagań zamawiającego. W żadnym miejscu specyfikacji, tak w postanowieniach ogólnych, jak i opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie wprowadził wymagania wskazania typu urządzeń, czy też ich parametrów technicznych. Zapisy specyfikacji nie były kwestionowane, a tym samym stały się wiążące tak dla Zamawiającego, jak i wykonawców. W ocenie Izby, z faktu załączenia kart katalogowych (nie wymaganych) nie można wywodzić niezgodności treści oferty, gdyż nie odnosiły się one do konkretnego rozwiązania, lecz kilku konfiguracji sprzętu. Na podstawie odręcznego dopisku Wykonawcy Leica Geosystems Sp. z o.o. możliwe było ustalenie jakie urządzenia są oferowane: odbiornik Leica GS10 Profesjonalny, kontroler Leica CS15 oraz oprogramowanie kontrolera Smartworx Vivz. Skoro ich zgodność ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia nie była kwestionowana, to dodatkowe dokumenty zawierające różne informacje o urządzeniach, w tym nie koniecznie skonfigurowanych według wymagań Zamawiającego, nie mogły stanowić podstawy do formułowania zarzutu niezgodności oferty z treścią specyfikacji, czy też jej niezgodności z ustawą.

W tych okolicznościach wyjaśnienia Wykonawcy nie mogły prowadzić do zmiany treści oferty, tj. zmiany przedmiotu świadczenia. Należy zauważyć, iż w karcie katalogowej opisane zostały cztery anteny CNSS, z których jedna spełnia oczekiwania Zamawiającego, a przez jej wskazanie wykonawca nie dokonywał żadnej zmiany w ofercie. Co do ilości minimalnej wymaganej liczby torów odbiorczych (72 kanałów), Izba uznała iż Wykonawca Leica Geosystems Sp. z o.o. potwierdził spełnienie wymagania, liczbą 120 kanałów śledzących. Odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców dotyczyły rodzaju sygnałów, a nie ilości kanałów. Oczywiście ilość kanałów wprowadza ograniczenie co do ilości odbieranych sygnałów, co jednak z uwagi na brak jednoznacznego ustalenie maksymalnej ilości kanałów, nie wpływało na wynik oceny oferty. Wyjaśnienia dotyczące ilości godzin pracy baterii, w związku z pogładowym charakterem materiałów technicznych, również nie prowadziły do niezgodności treści oferty. Jak wynika z wyjaśnień, kwestia czasu pracy na pojedynczym źródle zasilania uzależniona jest od typu zastosowanej baterii, której sprecyzowania na etapie sporządzenia oferty Zamawiający nie wymagał. Tym samym w karcie katalogowej mogła być uwzględniona standardowa bateria, co jednak nie wykluczało zaoferowania urządzenia wyposażonego w inny typ baterii.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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 zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego (15.000,00 zł) oraz koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz jego dojazdu na posiedzenie i obciążyła nimi odwołującego.

Przewodniczący: