

**Sygn. akt: KIO 1135/11**

**WYROK**  
**z dnia 14 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2011 r. przez wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c w postępowaniu prowadzonym przez Państwową Inspekcję Pracy Główny Inspektorat Pracy, 00-926 Warszawa, ul. Krucza 38/42

przy udziale wykonawcy Jacka Trzeciaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „JTC” Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe, 60-406 Poznań, ul. Jana Henryka Dąbrowskiego 263, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1135/11 po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c tytułem wpisu od odwołania,

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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Państwową Inspekcję Pracy Głównego Inspektora Pracy na *dostawę laptopów dla Państwowej Inspekcji (nr sprawy GOZ-353-221-7/2011)*, wobec czynności odrzucenia oferty wykonawcy Intertrading Systems Technology sp. z o.o. (dalej zwanego odwołującym), w dniu 30 maja 2011 r. wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1135/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 30 maja 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przekazanego odwołującemu w dniu 26 maja 2011 r.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców pozostające w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy będące wynikiem bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego oraz art. 87 ustawy poprzez zaniechanie wyjaśnienia oczywistej omyłki oraz przeprowadzenie testów w sposób niezgodny z siwz.

Odwołujący wskazał, że w toku testów nastąpiła oczywista omyłka, polegająca na okazaniu do testów sprzętu innego, niż zaoferowany, którą jeszcze tego samego dnia próbował naprawić. W ocenie odwołującego, w sytuacji, w której zamawiający nie przeprowadził testów na właściwym sprzęcie nie było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. W drodze analogii, odwołujący uznał za stosowne, zastosowanie art. 87 ustawy w związku z rozbieżnością pomiędzy treścią oferty oraz okazanym urządzeniem i jej wyjaśnienie. W zaistniałej sytuacji nie było możliwe stwierdzenie, że zaoferowane urządzenie nie przeszło wymaganych testów, gdyż nie zostało im poddane. W wyniku omyłki wykonawcy, do testów okazano zamawiającemu niewłaściwą baterię, która to omyłka była łatwo zauważalna zarówno dla zamawiającego jaki i odwołującego. Doprowadziło to do odrzucenia oferty odwołującego. Zdaniem odwołującego, wezwanie do okazania sprzętu i przeprowadzenie testów było czynnością fakultatywną, możliwą do wykonania jedynie w przypadku powzięcia wątpliwości co do zaoferowanego urządzenia. Skoro zamawiający nie wskazał jakiego rodzaju wątpliwości powodowały potrzebę okazania sprzętu, odrzucenie oferty nie znajdowało oparcia w przepisach prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności: badania i oceny ofert, odrzucenia oferty odwołującego i przeprowadzenia testów w stosunku do

urządzeń oferowanych przez odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności testów w stosunku do urządzenia odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 3 czerwca 2011 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – Jacek Trzeciak prowadzący działalność gospodarczą w Poznaniu.

### **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 dwiema 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).

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu.

W zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie Izba uznała odwołanie za niezasadne.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności oceny oferty odwołującego, odrzuconej przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia postępowania, odrzucenie oferty odwołującego, będącej najtańszą spośród złożonych, pozbawiało tego wykonawcę możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. Może to prowadzić to do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty, udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi liczył się odwołujący w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż na skutek uwzględnienia odwołania, jego oferta mogłaby zostać wybrana, o co sam wnosi w żądaniach odwołania

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba po rozważeniu ustalonego stanu faktycznego, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, stanowiący treść oferty oraz siwz, doszła do przekonania, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, iż zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, w szczególności nie potwierdził się zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego się, jako niezgodnej z treścią siwz. Zamawiający w trakcie okazania sprzętu w dniu 20 maja 2011 r. stwierdził, na podstawie jego oględzin, niezgodność z wymaganiem dotyczącym wydajności baterii (min 51 Wh), ponieważ przedstawiony komputer był wyposażony w baterię pracującą 48 Wh.

W pierwszej kolejności należało ustalić, jakie znaczenie z punktu widzenia oceny ofert złożonych w postępowaniu miały postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których zamawiający zastrzegł prawo żądania okazania przez wykonawców oferowanych sprzętów. Zgodnie z pkt 2.11 siwz zamawiający zastrzegł sobie prawo (po otwarciu ofert), że w przypadku wystąpienia wątpliwości, co do oświadczeń wykonawców dotyczących oferowanego sprzętu (w tym parametrów technicznych), wykonawca dostarczy oferowany sprzęt wraz z oprogramowaniem testującym wymienionym w siwz (benchmarki), we wskazanym przez zamawiającego miejscu i czasie (siedziba zamawiającego; typowe pomieszczenia biurowe), w celu sprawdzenia zgodności oświadczeń wykonawcy oraz w celu skontrolowania poprawności wyników testów oraz parametrów technicznych podanych w ofercie wykonawcy. Testy potwierdzające prawidłowość złożonych oświadczeń miały być przeprowadzone przez przedstawiciela wykonawcy w obecności przedstawicieli zamawiającego i innych wykonawców (trzykrotnie zostanie przeprowadzony test – pod uwagę zostanie wzięty średni wynik z trzech przeprowadzonych testów). Ponadto przedstawiciel wykonawcy miał pokazać, że zaoferowany sprzęt spełnia wymagania (parametry techniczne) określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazał na dokumenty i oświadczenia, jakie wykonawcy mieli złożyć w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego (sekcja III.2.1). Tożsame zapisy zostały przeniesione do specyfikacji w pkt 22.9.

W oparciu o przywołane postanowienia specyfikacji, Izba uznała, iż okazanie laptopów miało na celu weryfikację oświadczeń wykonawców dotyczących przedmiotu świadczenia pod kątem potwierdzenia zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami technicznymi zamawiającego. Przeprowadzenie testów miało za zadanie stwierdzenie, czy zaoferowane urządzenia rzeczywiście posiadają parametry wymagane w siwz i określone w załączniku nr 3 do siwz (obligatoryjne minimalne parametry laptopów). Skorzystanie z tej

procedury wywoływało konieczność uwzględnienia w toku oceny ofert wykonawców informacji, jakie dostarczały wyniki testów. Jeżeli okazane urządzenie nie posiadało właściwości, o których istnieniu zapewnił wykonawca w drodze oświadczenia, obciążało to skutkami wykonawcę, który był zobowiązany wykazać zamawiającemu spełnianie wymagań – parametrów technicznych (pkt 2.11 siwz). W piśmie z dnia 17 maja 2011 r. intencją tą zamawiający powtórzył wskazując na cel żądania okazania komputerów, jakim miało być sprawdzenie parametrów technicznych sprzętu i toreb w odniesieniu do wymogów określonych w siwz. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż zamawiający wymagał, aby bateria posiadała minimalną pojemność 51 Wh. W ofercie odwołujący oświadczył, iż oferuje komputer model TravelMate TM5760, producenta Acer, Part number LX.V5403.10, wyposażony w baterię 66Wh 6000 mAh 6-cell (str. 13 oferty). Zamawiającemu okazany został oferowany model komputera o wskazanym w protokole oględzin numerze seryjnym LXV54030101160AB2C2500 oraz Part number 2314G32. Pomimo rozbieżności w identyfikacji oznaczenia jako Part number, strony zgodnie oświadczyły, że okazany laptop był wyposażony w baterię 48 Wh, co zostało odnotowane w protokole oględzin podpisanym przez przedstawicieli zamawiającego oraz wykonawcy – odwołującego. Po zakończeniu oględzin, w trakcie których sprawdzono wszystkie wymagane obligatoryjne parametry techniczne, wykonawca zwrócił się do zamawiającego z prośbą o umożliwienie okazania w tym samym dniu do ponownych testów komputera spełniającego wszystkie minimalne wymagania, w szczególności dotyczące parametrów baterii. Jednocześnie wykonawca oświadczył, że do komputera dostarczonego wcześniej omyłkowo włożono baterię o niższych parametrach. Zamawiający faktycznie nie dopuścił do ponownego okazania komputera.

Izba uznała, iż we wskazanych okolicznościach faktycznych zamawiający nie mógł pominąć stwierdzonej w toku oględzin niezgodności, która prowadziła do wniosku, iż zaoferowane urządzenie nie spełnia jednego z parametrów technicznych. Wszyscy wykonawcy mieli jednakową szansę potwierdzenia, że oferowane urządzenie posiada minimalne obligatoryjne parametry. Izba uznała za gołosłowne twierdzenie odwołującego, że zamawiający przeprowadził w sposób wadliwy testy, co pozostawało w sprzeczności z treścią protokołu sporządzonego z przebiegu okazania urządzenia, w którym nie odnotowano żadnych uwag, jak również potwierdzono weryfikację każdego z obligatoryjnym parametrów technicznych. Nie było zatem podstaw do przyjęcia za prawidłowe oświadczenie odwołującego, iż zamawiający nie przeprowadził testów zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby błąd wykonawcy, który wadliwie przygotował okazywane urządzenie może obciążać konsekwencjami tylko samego wykonawcę, działającego we własnym interesie. Brak dochowania należytej staranności przez wykonawcę nie może prowadzić do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy przez

zamawiającego, który dokonał obiektywnej oceny oferty weryfikując oświadczenie wykonawcy na podstawie okazanego urządzenia. Izba nie znalazła uzasadnienia prawnego dla możliwości poprawienia stwierdzonej w toku oględzin niezgodności na podstawie art. 87 ustawy. W szczególności sama treść oferty nie budziła wątpliwości co do oferowanego przedmiotu zamówienia. Niezgodność stanowiąca podstawę odrzucenia oferty odwołującego wynikała z oględzin urządzenia, jako czynności weryfikującej oświadczenie wykonawcy, dokonanej w zgodzie z postanowieniami siwz, które nie były kwestionowane na właściwym etapie postępowania przetargowego. Zamawiający nie przewidział możliwości powtórnego okazania urządzenia w sytuacji, gdyby wyniki testów nie potwierdzały posiadania deklarowanych parametrów technicznych. W tej sytuacji naruszającą zasadę równego traktowania wykonawców byłoby ponowne sprawdzenie komputera dostarczanego w konfiguracji poprawionej (z wymienioną na właściwą baterią) po terminie wyznaczonym dla tego wykonawcy. Zamawiający na podstawie wyników testów sprzętowych odrzucił jeszcze inne oferty wykonawców, którzy okazali sprzęt nie posiadający wymaganych parametrów technicznych. Zamawiający, jak również wykonawcy byli związani postanowieniami zawartymi w pkt 2.11 siwz, co z jednej strony wiązało się z koniecznością okazania przez wykonawców zamawiającemu urządzenia w konfiguracji przedstawionej w ofercie, a z drugiej strony z obowiązkiem zamawiającego przeprowadzenia weryfikacji sprzętu według takich samych zasad. Skoro zamawiający nie przewidział możliwości powtórzenia testów, to prośba odwołującego nie mogło spotkać się z aprobatą zamawiającego.

W tych okolicznościach, Izba uznała, iż zamawiający w sposób prawidłowy i w zgodzie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonał badania oferty odwołującego, uznając, iż zachodziła przesłanka do jej odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, iż zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i orzekła jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego.

**Przewodniczący:** .....