

**WYROK**

**z dnia 23 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Olimpic Fitness Sp. z o.o., 75-903 Ostrów Mazowiecka, Stare Lubiejewo, ul. Łomżyńska 6** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Centrum Szkolenia Sił Powietrznych Koszalin, 75-903 Koszalin, ul. Wojska Polskiego 66**

przy udziale wykonawcy **Pawła Markiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FINNER Polska Paweł Markiewicz, 96-100 Skierniewice, ul. Sienna 18** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Olimpic Fitness Sp. z o.o., 75-903 Ostrów Mazowiecka, Stare Lubiejewo, ul. Łomżyńska 6** i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Olimpic Fitness Sp. z o.o., 75-903 Ostrów Mazowiecka, Stare Lubiejewo, ul. Łomżyńska 6** tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od wykonawcy **Olimpic Fitness Sp. z o.o., 75-903 Ostrów Mazowiecka, Stare Lubiejewo, ul. Łomżyńska 6** na rzecz **Skarbu Państwa - Centrum Szkolenia Sił Powietrznych Koszalin, 75-903 Koszalin, ul. Wojska Polskiego 66** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Koszalinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Szkolenia Sił Powietrznych w Koszalinie, ul. Wojska Polskiego 66; 75-903 Koszalin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę urządzeń treningowych oraz dostawę i montaż zestawów do ćwiczeń fizycznych atlas” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 maja 2012 roku pod numerem 2012/S 84-137929.

Zamawiający dnia 2 lipca 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 11 lipca 2012 roku wykonawca Olympic Fitness sp. z o.o., ul. Łomżyńska 6; Stare Lubiejewo, 07-300 Ostrów Mazowiecka (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej - w zakresie zadania nr 3 - dostawa urządzeń treningowych - grupa II - rower treningowy i orbitrek/trenażer eliptyczny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który uzyskał zamówienie, której treść była niezgodna z treścią s.i.w.z.,

ewentualnie

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów „przedmiotowych” w niniejszym postępowaniu,

- art. 87 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnień elementów, które są niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i które wypaczają uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcą wybranym a pozostałymi wykonawcami,

- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

- art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy,

ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio \ pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w zakresie zadania nr 3:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert - w tym wyboru oferty najkorzystniejszej jako bezwzględnie wadliwej,

- nakazanie odrzucenia oferty wybranej,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 11 lipca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 12 lipca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 16 lipca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca FINNER POLSKA Paweł Markiewicz, ul. Sienna 18; 96-100 Skierniewice.

Zamawiający dnia 20 lipca 2012 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł, iż przystępujący do oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu dla roweru treningowego pionowego SPIRIT FITNESS CU800 załączył Certyfikat zgodności sprzętu z Dyrektywą WE/2004/108/EC potwierdzający zgodność z normami: EN 55014-1:2006, EN 55014-2:1997+A1+A2 oraz EN 55022:2006+A1, tym samym nie wypełnił żądania zamawiającego w zakresie przedłożenia zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane urządzenia treningowe i zestawy do ćwiczeń fizycznych zgodne są z europejską normą bezpieczeństwa EN 957 (rozdział VIII ust. 3 pkt 2 s.i.w.z.).

Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest niezasadny, gdyż zamawiający pismem znak 1699/12 z dnia 22 czerwca 2012 roku wezwał przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Przystępujący, pismem z dnia 28 czerwca 2012 roku uzupełnił wymagane dokumenty składając deklarację potwierdzającą nazwę modelu oraz Certyfikat nr S 50206560, w którym jednostka uprawniona do kontroli jakości – TUV Rheinland LGA Products GmbH, Tillystrasse 2; 90431 Norymbergia, potwierdziła, że oferowane przez przystępującego urządzenie

zgodne jest z normami EN 957-1:2005, EN 957-5:2009 oraz EN 60335-1:2002+A1+A12+A2+A13.

Tym samym przystępujący wypełnił wymagania zamawiającego w powyższym zakresie.

Okoliczności podnoszone przez odwołującego, dotyczące ewentualnego zafalszowania certyfikatów nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia, gdyż nie stanowiły podstawy stawianych zarzutów. Izba zobowiązana jest badać prawidłowość czynności zamawiającego na chwilę faktycznie wykonywanych czynności. Na chwilę dokonywania tych czynności zamawiający dysponował kompletem dokumentów pozwalających mu podjęcie stosownej decyzji. W tym zakresie Izba nie stwierdziła wadliwości czynności po stronie zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na fakt, iż urządzenia zaoferowane przez przystępującego w zakresie zadania nr 3 - rower treningowy pionowy SPIRIT FITNESS oraz trenażer OCTANE FITNESS - nie spełniają wymogu jednolitości.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, że zamówienie obejmuje dostawę fabrycznie nowych w I gatunku urządzeń treningowych i zestawów do ćwiczeń fizycznych (urządzenia i zestawy powinny pochodzić z bieżącej produkcji, nie późniejszej niż z drugiej połowy 2011 r.), jednolitych w poszczególnych grupach rodzajowych i zadaniach, w opakowaniach handlowych przystosowanych do transportu masowego (rozdział III ust. 2 pkt 1 s.i.w.z.).

Przystępujący w zakresie zadania Nr 3 zaoferował rower treningowy pionowy SPIRIT FITNESS oraz trenażer OCTANE FITNES.

Wskazać należy, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odniesieniu do zadania Nr 3 wskazał, że dostawa obejmuje dwa urządzenia o przeznaczeniu i sposobie użycia różniące się rodzajowo. Niewątpliwie są to urządzenia treningowe w różny sposób wykorzystywane przez ćwiczącego, co już z takiego porównania wskazuje, że będą się od siebie różnić. Jednolite w rozumieniu s.i.w.z. mają być urządzenia tego samego rodzaju, a nie wszystkie w danym zadaniu. Jednolite w rozumieniu s.i.w.z. powinny być oddzielnie: rowery tego samego rodzaju (model, producent, wyposażenie) i orbitrek/trenażer eliptyczny tego samego rodzaju. Za zasadne należy przyjąć stanowisko zamawiającego, że gdyby zamawiający chciał, aby urządzenia były jednolite w całym zadaniu bez względu na ich rodzaj, to wykreśliłby wyrażenie rodzajowo, a przedmiotowy zapis brzmiałby „jednolitych w poszczególnych zadaniach”.

Powyższe stanowisko potwierdzona została również w projekcie umowy, gdzie w § 2 ust. 2 zamawiający wskazał, iż *„Zamówienie obejmuje dostawę fabrycznie nowego przedmiotu zamówienia, jednolitego w poszczególnych rodzajach, w opakowaniu handlowym przystosowanym do transportu (...).”*

Ponadto wskazać należy, że w formularzu ofertowym w części zadania nr 3 zamawiający przewidział możliwość zaoferowania określonego modelu i nazwy oferowanego urządzenia dla każdego z rodzajów urządzeń z osobna, tj. zarówno dla roweru treningowego, jak też drugiego rodzajowo urządzenia – orbitreka. Gdyby celem zamawiającego było aby wszystkie rodzaje grup urządzeń były jednolite, w tym miały pochodzić od jednego producenta, to formularz ofertowy przewidywałby tylko jedną rubrykę w zakresie wskazania modelu i nazwy oferowanego urządzenia dla tych urządzeń, jak to czyni w poszczególnym rodzaju. Zamawiający nie mógł żądać jednolitości w rozumieniu tego samego producenta dla wszystkich grup rodzajowo się różniących, bowiem taki wymóg naruszałby przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż oferta przystępującego nie potwierdza spełnienia wymogu nielimitowanego czasu pracy w odniesieniu do roweru treningowego stacjonarnego pionowego.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że rower treningowy stacjonarny pionowy powinien spełniać wymóg braku limitowania godzin i intensywności pracy (rozdział III ust. 4 pkt 3 ppkt a s.i.w.z.).

Izba stwierdziła, że według normy EN 957-1 zatwierdzonej przez Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z 30 sierpnia 2006 roku klasa „A” oznacza „dokładność wysoka”, czyli najwyższą z możliwych, natomiast klasa „S” oznacza „użytkowanie profesjonalne i/lub komercyjne”, co oznacza, że w pierwszej kolejności sprzęt przeznaczony jest do użytku profesjonalnego. Nie wyklucza to jednak możliwości zakupu na potrzeby komercyjne.

Wskazać należy, że przedłożony przez przystępującego Certyfikat S 50206560 określa klasę oferowanego urządzenia jako „SA”.

Powyższe oznacza, że przystępujący zaoferował przedmiot, który odpowiada wymogom stawianym przez zamawiającego. Nadto odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność, że oferowane urządzenie nie spełnia wymogu nielimitowanego czasu pracy, a to na odwołującym – stronie, która wywodzi określone skutki prawne, spoczywa obowiązek dowiedzenia słuszności stawianych zarzutów.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, dlatego też orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....