

**Sygn. akt: KIO 2507/13**

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 i 15 listopada 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **25 października 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Geotronics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Koniecznego 4/10, 31-216 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie ul. Akademicka 13 20-950 Lublin**

przy udziale wykonawcy **Leica Geosystems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 118, 02-230 Warszawa** i wykonawcy **TPI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bartycka 22, 00-716 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie:**

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Leica jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownego badania złożonych ofert.

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie ul. Akademicka 13 20-950 Lublin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Geotronics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Koniecznego 4/10, 31-216 Kraków**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 727 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dwadzieścia siedem złotych zero groszy) przez zamawiającego **Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie ul. Akademicka 13 20-950 Lublin** na rzecz wykonawcy **Geotronics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Koniecznego 4/10, 31-216 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów związanych z dojazdem pełnomocnika i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający **Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie ul. Akademicka 13 20-950 Lublin** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa wraz z montażem aparatury naukowo-badawczej oraz wyposażenia dydaktycznego budynku Centrum Innowacyjno-Wdrożeniowego Nowych Techniki i Technologii w Inżynierii Rolniczej przy ul. Głębokiej 28 w Lublinie z podziałem na 19 części«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14.08.2013 r. pod nrem 2013/S 157-273665.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 17.10.2013 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Leica Geosystems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**;
- 2) odrzuceniu oferty odwołującego, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy **TPI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**.

Wykonawca **Geotronics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Koniecznego 4/10, 31-216 Kraków**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 25.10.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie w zakresie części nr 18 na:

- 1) czynności dokonane niezgodnie z przepisami ustawy – odrzucenia oferty, której treść odpowiada treści specyfikacji, tj. oferty złożonej przez odwołującego;
- 2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Leica;
- 3) zaniechanie czynności odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, tj. oferty złożonej przez wykonawcę TPI.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 3 Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp;
- 3) art. 82 ust. 3 Pzp.

Odwołujący, zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego, w zakresie odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Leica;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy TPI;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert spełniających postanowienia specyfikacji;
- 5) wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej spełniającej postanowienia specyfikacji.

### **Argumentacja odwołującego**

#### **Ad 1.**

1. W opinii odwołującego decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający na etapie oceny ofert dokonał błędnej interpretacji przedstawionej specyfikacji. W szczególności zamawiający w pkt 3 załącznika 18 do specyfikacji wskazał warunki, jakie musi spełniać będący przedmiotem zamówienia *Zestaw do tachimetrii jednoosobowej z możliwością skanowania 3D (szt. 1)*, cyt.:

Lp.	Oczekiwane parametry techniczne	Wymagane parametry techniczne	Oferowane parametry techniczne
3.1	Tachimetr jednoosobowy 1 szt.		
t)	karta pamięci	TAK	

Warunek zdaniem odwołującego oznacza, że do będącego przedmiotem zamówienia *Zestawu należy dołączyć kartę pamięci*. Zaoferowany przez odwołującego *Zestaw* bezsprzecznie spełnia ten warunek, jako że częścią oferowanego zestawu będzie wymienna karta pamięci SD oraz kompatybilny z nią oraz z tachimetrem czytnik kart pamięci, podłączany do instrumentu za pomocą kabla USB.

Zamawiający na etapie oceny ofert dokonał jednak zawężającej interpretacji przedstawionego warunku, stwierdzając, że cyt. „tachimetr Trimble Vx nie posiada gniazda kart pamięci, a tym samym nie spełnia wymogu zawartego w specyfikacji”.

Działanie zamawiającego stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem oraz interpretacją celowościową warunków określonych w specyfikacji. Odwołujący w ramach oferowanego zestawu dostarcza kartę pamięci oraz czytnik kart pamięci, kompatybilne z tachimetrem. Nieuprawnione byłoby domniemanie, jakoby te elementy wyposażenia miały stanowić integralną część tachimetru. W szczególności:

- karta pamięci, niezależnie od rodzaju, stanowi nośnik danych o charakterze przenośnym. Istotą pełnionych przez nią funkcji jest możliwość swobodnego przenoszenia danych pomiędzy różnymi urządzeniami, co wyklucza zintegrowanie karty z jednym, określonym instrumentem;
- zewnętrzny czytnik kart pamięci cechuje się funkcjonalnością nie mniejszą niż zintegrowany czytnik kart pamięci; w szczególności ten przymiot nie ma wpływu na rodzaje obsługiwanych kart pamięci i można argumentować, że czytnik zewnętrzny jest bardziej funkcjonalny w określonych sytuacjach, ponieważ dzięki elastycznemu kablowi USB, jakim podłącza się go do tachimetru, zyskuje się większą swobodę korzystania z czytnika, bez konieczności poruszania pracującym urządzeniem.

Dodatkowym argumentem potwierdzającym stanowisko odwołującego są wybrane pozycje pkt 3.1 załącznika 18 do specyfikacji. Przykładowo cyt.:

Lp.	Oczekiwane parametry techniczne	Wymagane parametry techniczne	Oferowane parametry techniczne
3.1	Tachimetr jednoosobowy 1 szt.		
y)	ładowarka 230 V	TAK	
z)	przewód do transmisji danych	TAK	
ż)	waliza transportowa	TAK	

Jest kwestią niebudzącą wątpliwości, że takie elementy jak ładowarka 230 V, przewód do transmisji danych czy waliza transportowa nie muszą stanowić zintegrowanych elementów tachimetru. Stałoby to w sprzeczności z elementarną wygodą i funkcjonalnością instrumentu. W przypadku walizy transportowej jakiegokolwiek zintegrowanie wydaje się wręcz niemożliwe z przyczyn obiektywnych. Należy przy tym zwrócić uwagę na art. 190 ust. 5 Pzp, w którego myśl fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu nie wymagają dowodu.

Jednocześnie skarżący zwraca uwagę, że zgodnie z pkt 3.3.1 specyfikacji „Zamawiający żąda, aby wykonawca zapewnił zamawiającemu dostawę, montaż, instalację i uruchomienie przedmiotu zamówienia o wymogach i parametrach technicznych opisanych w załącznikach nr 1-19 do specyfikacji”.

W rezultacie zamawiający dopuszcza, aby w skład *Zestawu* wchodziły różne elementy będące następnie przedmiotem „montażu”. Odwołujący bezsprzecznie jest w stanie dokonać montażu zewnętrznego czytnika kart pamięci.

Ponadto odwołujący zwraca uwagę na sformułowania, jakimi posługuje się zamawiający w treści specyfikacji. Przykładowo w pkt 4.1 załącznika do specyfikacji zostały sprecyzowane następujące warunki, cyt.:

Lp.	Oczekiwane parametry techniczne	Wymagane parametry techniczne	Oferowane parametry techniczne
4.1	Wieloczęstotliwościowe odbiorniki geodezyjne GNSS, zintegrowane z antenami 2 szt.		
k)	<u>wbudowana</u> pamięć wewnętrzna lub możliwość zapisu danych na kartach pamięci [podkreślenie – odwołujący]	TAK	

Oznacza to, że zamawiający jest w pełni świadomy różnicy pomiędzy wbudowanymi (zintegrowanymi) elementami wyposażenia, a analogicznymi elementami niestanowiącymi integralnej części urządzenia. Zatem gdyby intencją zamawiającego było otrzymanie *Zestawu*, w którym tachimetr byłby fabrycznie wyposażony w czytnik kart pamięci (literalnie – kartę pamięci), to postawiłby stosowny wymóg, w szczególności z użyciem słowa „wbudowana”. Skoro zamawiający tego nie zrobił, to znaczy, że takiej intencji nie miał, a oferowany *Zestaw* wyposażony w wymienną kartę pamięci oraz zewnętrzny czytnik kart pamięci spełnia wymogi określone w specyfikacji.

2. Zamawiający w pkt 7 załącznika 18 do specyfikacji wskazał warunki, jakie musi spełniać będący przedmiotem zamówienia „*Skaner laserowy 3D*”.

Lp.	Oczekiwane parametry techniczne	Wymagane parametry techniczne	Oferowane parametry techniczne
7.1	Skaner laserowy 3D 1 szt.		
m)	wodoszczelność	IP54	

Z powyższego wynika, że intencją zamawiającego było jednoczesne wskazanie norm wodo- i pyłoszczelności, jakie musi spełniać będący przedmiotem zamówienia instrument. W przeciwnym wypadku zamawiający użyłby oznaczenia „IPX4”, jako że pierwsza cyfra normy IP odnosi się do *ochrony przed dostępem do części niebezpiecznych* i *ochrony przed obcymi ciałami stałymi* (tzw. pyłoszczelności), natomiast druga – do *ochrony przed wnikaniem wody* (tzw. wodoszczelności).

Spełnienie określonej w specyfikacji normy, jako parametr techniczny wiąże się z konkretnymi właściwościami fizycznymi instrumentu. Zostały one zdefiniowane w Polskiej Normie PN-EN 60529 wprowadzonej przez Polski Komitet Normalizacyjny w kwietniu 2003 r. W szczególności spełnienie normy IP54 oznacza, że:

- a) w zakresie pyłoszczelności zapewnia:
  - ochronę przed dostępem do części niebezpiecznych drutem – próbnik dostępu o średnicy 1,0 mm nie może wnikać,
  - ochronę przed pyłem – przedostawanie się pyłu nie jest całkowicie wykluczone, ale pył nie może wnikać w takich ilościach, aby zakłócić prawidłowe działanie aparatu, lub zmniejszać bezpieczeństwo;

b) w zakresie wodoszczelności zapewnia:

- ochronę przed bryzgami wody – woda rozbryzgiwana na obudowę z dowolnego kierunku nie wywołuje szkodliwych skutków.

Zamawiający dokonał błędnej interpretacji przedstawionego warunku, stwierdzając, że „skaner TX5 nie posiada normy IP54, co oznacza, że nie spełnia wymagań specyfikacji”. Skaner TX5 spełnia normę IP54, a jego właściwości fizyczne chronią instrument w zakresie zgodnym z tą normą. Tę informację odwołujący przedstawił zamawiającemu w piśmie z **11.10.2013 r.**

W świetle powyższego uznanie, że skaner TX5 nie spełnia normy IP54, jest nieuprawnione. W treści specyfikacji nie został określony wymóg udokumentowania spełnienia przedmiotowego warunku w jakikolwiek sposób. W szczególności nie został nałożony wymóg przedstawienia jakichkolwiek certyfikatów lub zaświadczeń.

Dodatkowym argumentem potwierdzającym stanowisko odwołującego jest fakt, że w treści specyfikacji znajdują się liczne postanowienia dotyczące szczegółów technicznych, których potwierdzenie przez niezależny organ certyfikujący nie jest wymagane. Przykładowo, zamawiający nie nakazuje przedstawienia dowodów (certyfikatów lub zaświadczeń) na czas pracy baterii wykrywacza instalacji podziemnych (specyfikacji, załącznik 18, pkt 16.1 lit. k). Brak jest zatem podstaw do wywodzenia, że mimo analogicznego postanowienia w specyfikacji względem parametrów technicznych opisanych normą IP54 należałoby postępować inaczej.

## **Ad 2.**

W opinii odwołującego decyzja zamawiającego o nieodrzczeniu oferty wykonawcy Leica stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z niezgodności oferty wykonawcy Leica ze specyfikacją zamawiający nie wywiódł skutków prawnych, do czego był zobowiązany.

Oferta wykonawcy Leica niezgodna jest z załącznikiem nr 18 do specyfikacji w szczególności w zakresie parametrów technicznych oferowanych radiotelefonów, tj. ich liczby kanałów:

Lp.	Oczekiwane parametry techniczne	Wymagane parametry techniczne	Oferowane parametry techniczne
1. Zestaw do tachimetrii lustrzowej (szt. 4)			
1.5	Kpl. dwóch radiotelefonów 1 szt.		Motorola T60
d)	liczba kanałów co najmniej	30	<b>Spełnia</b> [podkreślenie odwołujący]

Nie jest prawdą, że radiotelefon Motorola T60 cechował się liczbą kanałów wynoszącą 30 (słownie: trzydzieści) lub więcej. Radiotelefon Motorola T60 posiada 8 (słownie: osiem) kanałów. Informacja ta jest ogólnodostępna. Można ją odnaleźć m.in. na stronie internetowej producenta, tj.: <http://www.motorolasolutions.com/PL-PL/Business+Product+and+Services/Consumer+Two-Wav+Radios/T60> („5 kanałów + 121 kodów”), a także w treści specyfikacji technicznej radiotelefonu Motorola T60, dostępnej w języku angielskim („Channels 8”, co znaczy: Kanały 8).

Oferta wykonawcy Leica niezgodna jest ze specyfikacją również w zakresie parametrów technicznych oferowanego wykrywacza instalacji podziemnych, tj. jego pamięci wewnętrznej:

Lp.	Oczekiwane parametry techniczne	Wymagane parametry techniczne	Oferowane parametry techniczne
16.1	Wykrywacz instalacji podziemnych 1 szt.		Leica Digicat 650i
g)	Pamięć co najmniej	30 GB	<b>Spełnia</b> [podkreślenie Skarżący]

Nie jest prawdą, jakoby wykrywacz Leica Digicat 650i cechował się pamięcią wynoszącą **30 GB** lub więcej. Wykrywacz Leica Digicat 650i posiada **32 MB** pamięci. Informacja ta jest ogólnodostępna. Można ją odnaleźć m.in. na oficjalnej stronie internetowej wykonawcy Leica, tj.: <http://www.leica-geosystems.pl/pl/Leica-Digicat-i-102142.htm> (pamięć wewnętrzna do rejestracji wyników wyszukiwania 32 MB”).

W świetle powyższego zawierająca fałszywe dane (nieprawdziwe informacje) oferta złożona przez wykonawcę Leica powinna zostać odrzucona, jako niespełniająca warunków określonych w specyfikacji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp.

### **Ad 3.**

W opinii odwołującego decyzja zamawiającego o nieodrzczeniu oferty wykonawcy TPI stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z niezgodności oferty wykonawcy TPI ze specyfikacją zamawiający nie wywiódł skutków prawnych, do czego na podstawie powołanego przepisu był zobowiązany.

Zgodnie z pkt 3.3.2 specyfikacji zamawiający żąda, aby wykonawca zapewnił zamawiającemu: serwis gwarancyjny na przedmiot zamówienia. Wykonawca ma wskazać w ofercie firmę serwisową realizującą usługi gwarancyjne lub firmy (należy w formularzu „Oferta wykonawcy” podać dokładną nazwę i adres firmy serwisowej). Celem ułatwienia wykonawcom spełnienia przedmiotowego żądania, zamawiający precyzyjnie sformułował





zaoferowanych urządzeń, umożliwiając zamawiającemu przeprowadzenie ww. oceny, to niewskazanie oferowanego modelu przez wykonawcę TPI wyklucza możliwość *równego traktowania wykonawców* w tym zakresie.

Odnosząc się do parametrów technicznych wykrywacza instalacji podziemnych zaoferowanego przez wykonawcę TPI, odwołujący zwraca uwagę, że nie zna takiego modelu wykrywacza, który byłby wyposażony w **32 GB** pamięci. W szczególności wykrywacz taki nie znajduje się wśród modeli sprzedawanych „na co dzień” przez wykonawcę TPI oraz wśród innych wykrywaczy, jakie można nabyć na polskim rynku. Odwołujący wyraża przekonanie, że faktyczny rozmiar pamięci wykrywacza oferowanego przez wykonawcę TPI jest niezgodny z parametrami technicznymi wskazanymi w ofercie, a w konsekwencji również z warunkami określonymi w specyfikacji.

W konsekwencji oferta wykonawcy TPI jako niespełniająca warunków określonych w specyfikacji powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **25.10.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **28.10.2013 r. (poniedziałek)** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

**28.10.2013 r.** wykonawca **Leica Geosystems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 118, 02–230 Warszawa** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**30.10.2013 r.** wykonawca **TPI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Bartycka 22, 00-716 Warszawa** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:**

- 1) (dowód nr 1) pismo z 07.11.2013 r. producenta Trimble na wykazanie, że producent Trimble nie dokonał testów pod kątem standardu IP, ale dokonał tego sam odwołujący z wynikiem pozytywnym;**

- 2) (dowód nr 6) pismo wytwórcy Leica na wykazanie, że istnieje konieczność ochrony skanera i zapobiegania gwałtownemu przemieszczaniu z pomieszczeń zimnych do ciepłych, bo przemieszczenia takie mogą wywołać efekt kondensacji pary wodnej również w skanerze oferowanym przez przystępującego Leica;
- 3) (dowód nr 7) tłumaczenie z instrukcji obsługi skanera Leica na wykazanie, że narażenie na kondensację dotyczy każdego urządzenia przemieszczanego z ośrodka zimnego do cieplejszego;
- 4) (dowód nr 8) rysunek pomocniczy do wykazania różnicy w działaniu radiotelefonu z wykorzystaniem 8 i 30 kanałów;
- 5) (dowód nr 12) wydruk z Internetu na wykazanie, że radiotelefon Motorola CP160 nie jest urządzeniem profesjonalnym, ale przeznaczonym dla małych i średnich użytkowników;
- 6 i 7) (dowód nr 13 i dowód nr 14) wydruki z Internetu na wykazanie, że przystępujący Leica szukał możliwości potwierdzenia swojego stanowiska dotyczącego możliwości zwiększania liczby kanałów z 8 do 30;

dowodów złożonych przez przystępującego Leica:

- 8) (dowód nr 2) opinia z 07.11.2013 r. kmdra por. rez. dra inż. Aleksandra Nowaka na potwierdzenie, że oferowane przez odwołującego radiotelefony T60 mogą pracować dzięki zmodyfikowaniu kanałów na 121 sposobów (38 kodów CTCSS i 83 DCS);
- 9) (dowód nr 3) dane techniczne Motoroli T60 łącznie z instrukcją obsługi na potwierdzenie, że może ten telefon pracować bez dodatkowych zezwoleń;
- 10) (dowód nr 4) dane techniczne Motoroli CP160 na potwierdzenie, że moc z akumulatorem wynosi 1 W, co powoduje, że zamawiający będzie musiał uzyskać zezwolenia i przeprowadzać odpowiednie szkolenia dla studentów (za odpowiednią opłatą);
- 11) (dowód nr 9) z tych samych co odwołujący (w dowodzie nr 6) stron internetowych i instrukcji (strony 61, 62 i 110) na wykazanie, że dokument ten nie mówi nic o możliwości uszkodzenia instrumentu, a jedynie o możliwości wystąpienia błędu pomiaru, co jest naturalne w instrumentach optycznych w takich warunkach;
- 12) (dowód nr 10) opinię dystrybutora Altran, z której przystępujący Leica wywodzi, że dzięki technologii kodowania w każdym z 8 kanałów radiowych można wydzielić 121 kanałów łączności, gdzie kanał łączności to ogólna droga przesyłania sygnałów;

oraz dowodów złożonych przez przystępującego TPI:

**13) (dowód nr 5) pismo z 20.09.2013 r. dystrybutora FARO na wykazanie, że oryginalny producent dostarczający skaner TX5 nie zakładał nawet możliwości jego testowania wodo- i pyłoodporności, gdyż nie do takiego celu jest przeznaczona konstrukcja;**

**14) (dowód nr 11) instrukcja skanera Trimble X5 i FaroFocus 3D na wykazanie, że oba produkty X5 i FaroFocus 3D są technicznie identyczne, a więc ze złożoną przez odwołującego; przystępujący mogąc zaoferować ten sam produkt powstrzymał się od złożenia oferty, gdyż w sposób jawny nie spełniałby wymogów zamawiającego w zakresie normy IP54**

**– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut zaniechanie czynności odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Leica – zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający wymagał w pkt 1.5 lit. d załącznika 18 do specyfikacji, aby wykonawca zaoferował komplet dwóch radiotelefonów mających co najmniej 30 kanałów. Ponadto zamawiający nie wyspecyfikował posiadania cechy 30 kanałów w żaden dodatkowy sposób. Dlatego też i wykonawcy mają obowiązek zaoferować model radiotelefonu, który ma wymagane co najmniej 30 kanałów. Przystępujący Leica zaoferował radiotelefon Motorola T60, który ma 8 kanałów (częstotliwości roboczych). Wynika to z pism wniesionych przez odwołującego – Nexrad Telecom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Po terminie składania ofert zamawiający zaczął posługiwać się nowym pojęciem – „kanały główne” i „system dodatkowych kodów” – str. 6 odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, pismo z 07.11.2013 r. oraz załącznik, 6 kopia specyfikacji sprzętowej radiotelefonu Motorola T60, gdzie sam zamawiający podkreślił występujące tam określenie „8 Kanałów + 121 Kodów”. Podobnie dowód nr 2 złożony przez przystępującego Leica w postaci opinii kmdra por. rez. dra inż. Aleksandra Nowaka potwierdza, że radiotelefony T60 mogą pracować na 121 sposobów (38 kodów CTCSS i 83 DCS), jednak w tej opinii jest mowa o 8 kanałach radiowych, które dzięki technologii kodowania umożliwiają cyt. „wydzielenie łącznie 121 dodatkowych kanałów łączności w każdym z 8 fizycznych kanałów radiowych”, co było istotne w specyfikacji. Również złożony przez przystępującego Leica dowód nr 3 – dane techniczne Motoroli T60 łącznie z instrukcją obsługi na str. 1 wskazuje na posiadanie przez zaoferowany radiotelefon T60 8 kanałów i 121 kodów. Także takie same stwierdzenia zawiera dowód nr 10 złożony przez przystępującego Leica – opinia dystrybutora Altran, z której przystępujący Leica wywodzi, że dzięki technologii kodowania w każdym z 8 kanałów radiowych można wydzielić 121 kanałów łączności.

Z dowodów tych wynika, że oferowany sprzęt nie posiada minimum 30 kanałów, co było wymagane w pkt 1.5 lit. d załącznika nr 18 do specyfikacji, a posiada tylko 8 kanałów. rzeczą poza sporem jest możliwość kodowania tych 8 kanałów, czego nie było w wymaganiach specyfikacji. Z tego względu zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego Leica, a więc zarzut odwołujący o zaniechaniu odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zasadny. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [Pzp]”.

Na tę konstatację Izby nie miały wpływu dowody odwołującego nr 13 nr 14 wydruki z Internetu na wykazanie, że przystępujący Leica szukał możliwości potwierdzenia swojego stanowiska dotyczącego możliwości uzyskania cyt. „z 8 kanałów radiowych [...] minimum 30 kanałów łączności”. Skład orzekający Izby stwierdza, że szukanie argumentacji w Internecie jest dopuszczalne, ale z dowodu tego nie wynikało, że zaoferowany produkt nie spełniał wymagań zamawiającego. Ponadto dowód 8 złożony przez odwołującego – rysunek pomocniczy do wykazania różnicy w działaniu radiotelefonu z wykorzystaniem 8 i 30 kanałów nie odnosił się do liczby kanałów w oferowanym radiotelefonie i liczby kanałów wymaganych przez odwołującego, a do wskazania różnicy między kanałami a kodowaniami, co nie było przedmiotem odwołania.

Ponadto zamawiający wymagał w pkt 16.1 lit. g załącznika nr 18 do specyfikacji, aby wykrywacz instalacji podziemnych posiadał pamięć co najmniej 30 GB.

Odwołujący zarzucił, że zaofertowany przez przystępującego Leica wykrywacz Leica Digicat 650i cechuje się pamięcią **32 MB**.

Sam zamawiający w odpowiedzi z 07.11.2013 r. na odwołanie oświadczył, że cyt. „użycie jednostki GB stanowi pomyłkę pisarską, także dla firmy [wykonawcy] Geotronics, która zaofertowała model Leica Digicat 650i posiadający pamięć 32 MB”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że pojęcie oczywistej omyłki pisarskiej występuje w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, który to przepis brzmi: „Zamawiający poprawia w ofercie [...] oczywiste omyłki pisarskie [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”. Jednak odnosi się ono wyłącznie do oferty. Natomiast do specyfikacji odnosi się przepis art. 38 ust. 4 Pzp, który brzmi „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Wynika z tego, że po upływie terminu składania ofert nie ma możliwości dokonania zmian w specyfikacji bez względu na rodzaj błędu czy pomyłki znajdującej się w specyfikacji. Konsekwencją tego jest konieczność wymagana od wykonawców spełnienia pierwotnie wpisanych w specyfikacji wymagań. Jeżeli oczywista omyłka pisarska zostanie znaleziona przez zamawiającego w ofercie któregokolwiek z wykonawców, to zamawiający ma obowiązek dokonania jej poprawy zgodnie z regułami określonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Podczas rozprawy ani w dokumentach nikt nie przedstawił innego stanowiska. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający ma obowiązek badania ofert na podstawie brzmienia specyfikacji. W związku z tym, że oferta przystępującego Leica nie spełnia wymogów zamawiającego, zarzut odwołującego o zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zasadny.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Leica – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut zaniechanie czynności odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, tj. oferty złożonej przez wykonawcę TPI – zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający wymagał w pkt 20 załącznika 23 do specyfikacji podania dokładnej nazwy firmy i adresu firmy serwisowej.

Odwołujący zarzuca, że przystępujący TPI w odpowiednim miejscu oferty nie wpisał nazwy podmiotu serwisującego, a tylko wpisał adres.

Zamawiający stwierdził na rozprawie cyt. „Odnosnie braku wpisu nazwy wykonawcy TPI w rubryce podmiotu serwisującego sprzęt podanie samego adresu było dla zamawiającego jednoznaczne, że serwis będzie świadczyć wykonawca TPI, który wcześniej wskazał ten

sam adres, jako swoje miejsce prowadzenia działalności. Zamawiający mógł to ustalić na podstawie oferty”.

Skład orzekający Izby podkreśla, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zamawiający badający ofertę jest wyposażony w możliwość poprawy oferty, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, przepis ten brzmi: „2. Zamawiający poprawia w ofercie [...] inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.

W związku z tym zamawiający musi uzyskać pewność odnośnie treści oferty przez poprawienie w ofercie stwierdzonej omyłki i zawiadomienie o tym wykonawcy. W rozpoznawanym przypadku zamawiający miał podstawę do poprawy omyłki bazując na oświadczeniach wykonawcy zawartych w innych miejscach oferty, ale mimo tego powinien odczekać 3 dni, który to termin jest przewidziany w **art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp**, aby badając ofertę móc stwierdzić, że nie podlega ona odrzuceniu. Art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, brzmi „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3”. Jeżeli rozumowanie zamawiającego było niepoprawne wykonawca mógł nie zgodzić się na poprawienie omyłki, co skutkuje odrzuceniem oferty.

W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający bezpodstawnie uznał, że treść oferty w tym zakresie spełnia wymagania zamawiającego i zaniechał dokonania poprawy omyłki, czym naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnosnie drugiego zarzutu dotyczącego oferty przystępującego TPI, odwołujący zarzucił, że w zakresie pkt 16.1 „Wykrywacz instalacji podziemnych” cyt. „wykonawca TPI nie podał, jaki faktycznie produkt jest przedmiotem złożonej oferty”, jednak odwołujący nie wykazał, że zamawiający żądał w specyfikacji zamieszczenia w ofercie nazwy oferowanego produktu.

Ponadto skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że ze względu na stwierdzenie zamawiającego zawarte w przytoczonej odpowiedzi na odwołanie str. 7 cyt. „Zamawiający oświadcza, że nie zna żadnego modelu wykrywacza instalacji podziemnych na rynku o pamięci co najmniej 30 GB”, zamawiający natykając się w ofercie na deklarację, że oferowany przedmiot posiada właśnie tak dużą pamięć – 32 GB, powinien zażądać wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, przepis ten brzmi: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert”. Następnie zamawiający mógł – zależnie od treści wyjaśnień – wdrożyć procedurę poprawy omyłki lub odrzucenia oferty.

W związku z tym uznanie, że oferta przystępującego spełnia wymagania zamawiającego i dopuszczenie tej oferty do badania ofert jest bezpodstawne. W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TPI i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp – przez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, której treść odpowiada treści specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał posiadania przez tachimetr jednoosobowy karty pamięci. Nie jest to równoznaczne z wyposażeniem tachimetru w standardowy port USB i posiadaniem możliwości dołączenia za pośrednictwem tego portu w czytnik kart pamięci, jak proponuje to odwołujący. Gdyby takie rozwiązanie akceptował zamawiający wpisałby to do specyfikacji.

Zamawiający nigdzie nie żądał dostarczenia karty pamięci oraz czytnika kart pamięci kompatybilnego z tachimetrem – jak sugeruje to odwołujący, natomiast zamawiający żądał wyposażenia tachimetru w kartę pamięci. Wyposażenie tachimetru w czytnik kart pamięci za pośrednictwem złącza USB stanowi rozwiązanie bardziej podatne na awarie czy uszkodzenia mechaniczne bądź na prozaiczne rozłączenie czy w ogóle niepodłączenie niż rozwiązanie z kartą pamięci. Również podłączanie czytnika kart pamięci za pośrednictwem portu USB jest bardziej zawodne niż gdy urządzenie jest wyposażone w taką kartę, gdyż karta nie jest narażona na nieumiejętne czy niedbałe podłączenie. Ponadto rozwiązanie oferowane przez odwołującego nie jest atestowane na wodo- i pyłoodporność. A tego również wymagał zamawiający.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że nie udzielił wyjaśnień na zwrócenie się do niego o to. Jednak odwołujący nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienia w ustawowym terminie. Z tego względu zamawiający mógł zaniechać udzielenia odpowiedzi. Skład orzekający Izby stwierdza, że takie zaniechania np. często pośrednio doprowadzają do wniesienia odwołań, komplikujących udzielenie zamówienia, jednak nie są to zaniechania naruszające jakiegokolwiek przepisy prawa. Jednocześnie Izba podkreśla, że zamawiający ma możliwość – nawet w ostatniej chwili przed upływem terminu składania ofert – udzielić wyjaśnień, a nawet zmienić specyfikację.

Oczywiście wykonawca może argumentować, że instalacja czytnika karty pamięci za pośrednictwem portu USB zwiększy w pewnym zakresie funkcjonalność aparatu, jednak takie niewymagane możliwości zastosowania urządzenia nie mogą zastąpić wymaganej karty pamięci w samym aparacie.

Dalej odwołujący argumentuje, że np. wymagany w pkt 3.1 lit. z załącznika nr 18 do specyfikacji przewód do transmisji danych nie jest zintegrowany z tachimetrem. Jednak z istoty tego elementu wynika, że nie może on być zintegrowany z aparatem badawczym.



Natomiast karta pamięci, jeżeli nie została wyspecyfikowana jako odrębny element, musi być brana pod uwagę jako urządzenie zintegrowane z podstawowym tachimetrem. Konstatacja izby dotyczy również elementów wskazanych przez odwołującego w pkt 3.1 lit. y i ż – ładowarka i waliza transportowa, które ze swej istoty nie mogą być zintegrowane w całość z tachimetrem.

Wskazane przez odwołującego postanowienie pkt 4.1 lit. k załącznika do specyfikacji tylko potwierdza, że zamawiający żądał karty pamięci w rozumieniu, jakie zaprezentował zamawiający odrzucając ofertę odwołującego. W postanowieniu tym zamawiający postanowił cyt. „wbudowana pamięć wewnętrzna lub możliwość zapisu danych na kartach pamięci”, aby przeciwstawić wbudowanemu urządzeniu pamięci wewnętrznej cyt. „możliwość zapisu danych na kartach pamięci”, które może wykonawca w dowolnym miejscu przewidzieć do zaoferowania. Natomiast w przypadku kwestionowanej karty pamięci zamawiający nie przewidywał żadnego innego rozwiązania, dlatego nie doprecyzowywał miejsca instalacji tej karty.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odwołujący nie dowiódł naruszenia przepisów przez zamawiającego w tym zakresie.

Podobnie odwołujący nie dowiódł, że zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, że oferowany przez odwołującego skaner laserowy posiada wodoszczelność IP54 – pkt 7.1 lit. m załącznika nr 18 do specyfikacji. Uznanie, że przedmiot posiada jakiś przymiot określony w normie może odbyć tylko na podstawie procedury określonej w normie przez organ do tego uprawniony. Sam odwołujący nie wykazał, że jest podmiotem uprawnionym w normie do przeprowadzania badań i wydawania odpowiednich dokumentów stwierdzających posiadanie przez przedmioty określonych cech.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego.

Dowody przedstawione przez odwołującego i przystępujących w zakresie wykazania wodo- i pyłoszczelności nie dotyczyły istoty zarzutu, w związku z czym nie mogły stać się podstawą wydanego wyroku.

Ponadto dowody dotyczące radiotelefonu CP160 nie odnosiły się do zarzutów zawartych w odwołaniu i także nie były wzięte pod uwagę.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie odpowiednio 127,00 zł i 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....