

WYROK
z dnia 12 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Lasów Państwowych w Olsztynie, ul. Marii Zientary Malewskiej 51/53, 10-307 Olsztyn,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu dokonanie w części 1 postępowania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie w kryterium oceny ofert dotyczącego przenośnego komputera – rejestratora leśniczego – wersja B, podkryterium dotyczącego skanera o treści: „Lokalizacja czytnika kodów kreskowych – w tylnej części urządzenia”,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Lasów Państwowych w Olsztynie, ul. Marii Zientary Malewskiej 51/53, 10-307 Olsztyn, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego **Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Lasów Państwowych w Olsztynie, ul. Marii Zientary Malewskiej 51/53, 10-307 Olsztyn**, na rzecz odwołującego **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa**, kwotę **18 636 zł 90 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści sześć złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczanego wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy Lasów Państwowych w Olsztynie, ul. Marii Zientary Malewskiej 51/53, 10-307 Olsztyn, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rejestratory leśniczego z systemem android”, nr referencyjny: HP.270.29.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2019 r., nr 2019/S 191-463678. W dniu 18 października 2019 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) w zakresie podkryterium oceny ofert o nazwie „skaner”.

W dniu 28 października 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Parametry techniczne” w części 1 zamówienia w sposób naruszający równą i uczciwą konkurencję oraz zasadę przejrzystości i proporcjonalności, niezasadnie promując jednego z producentów urządzenia rejestrator leśniczego, bowiem tylko urządzenie producenta Panasonic (model FZ-N1) spełnia wymaganie „lokalizacji czytnika kodów kreskowych - w tylnej części urządzenia” dla punktowanego parametru „skaner”.

W pierwszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że początkowo podkryterium „skaner” miało inne brzmienie, które zostało przez odwołującego zakwestionowane we wcześniejszym odwołaniu (KIO 2069/19). Zamawiający jednak w dniu 18.10.2019 r. dokonał zmiany siwz w zakresie treści tego podkryterium, dlatego też odwołujący wycofał zarzut go dotyczący w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2069/19 i obecnie składa niniejsze odwołanie na nową treść tego podkryterium.

W szczególności odwołujący podniósł, że: „Dokonana w dniu 18 października 2019 r. modyfikacja jest nie tylko niezgodna z żądaniem odwołania nr 1, bowiem Odwołujący domagał się usunięcia ww. podkryterium, ale przede wszystkim dokonując tej modyfikacji Zamawiający ponownie naruszył przepisy Ustawy. (...) W ocenie Odwołującego, zaproponowany i opisany przez Zamawiającego w Części 1 zamówienia sposób oceny ofert w części dot. kryterium „Parametry techniczne”, przyznający 15 punktów za spełnienie wymagania „lokalizacji czytnika kodów kreskowych - w tylnej części urządzenia” to jawne

wskazanie preferowanego producenta Panasonic (model FZ-N1) i działanie na niekorzyść każdego z wykonawców, który oferuje urządzenie innego producenta. Ww. działanie Zamawiającego utrudnia tym samym Odwołującemu złożenie w Postępowaniu oferty mającej szansę na uznanie za najkorzystniejszą. (...)

Wykonawca oferujący inne urządzenie, niż produkowane przez Panasonic, może konkurować z wykonawcą oferującym urządzenie Panasonic (model FZ-N1) jedynie ceną, przy czym musiałaby być ona określona na takim niskim poziomie, aby zrównoważyła punkty utracone na korzyść oferty obejmującej urządzenie Panasonic w podkryteriach parametry techniczne. Przy czym Odwołujący zauważa, że zarówno w tym, jak i w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest przede wszystkim zobowiązany do stosowania przepisów Ustawy, a ta zabrania mu złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską, czy też oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji zawierającej cenę poniżej kosztów nabycia oferowanych urządzeń. Zaoferowana cena musi wobec tego uwzględniać chociaż minimalny poziom marży. Biorąc pod uwagę jak kształtują się ceny urządzeń rejestrator leśniczego i jak wygląda walka konkurencyjna pomiędzy wykonawcami, Odwołujący nie jest w stanie zaoferować takiej ceny rejestratora leśniczego (nieposiadającego czytnika kodów kreskowych w tylnej ścianie urządzenia), żeby wygrać postępowanie, co w naszej ocenie stanowi naruszenie art. 7 Ustawy.

Gwarancja przyznania dodatkowych punktów dla każdej oferty obejmującej wskazywane w niniejszym odwołaniu urządzenie Panasonic (model FZ-N1) uniemożliwia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty przez co nasza szansa na uzyskanie zamówienia jest mniejsza w porównaniu z wykonawcą, który zaoferuje urządzenie Panasonic (model FZ-N1). Tym samym można stwierdzić, że ww. podkryterium („Skaner”) prowadzi do faktycznego ograniczenia konkurencji, a jedynie wykonawca oferujący rejestrator leśniczego ze skanerem umiejscowionym w sposób punktowany przez Zamawiającego, może uzyskać przedmiotowe zamówienie. (...)

Z dokumentacji Postępowania wynika, że wymaganie, aby czytnik kodów kreskowych był umiejscowiony w tylnej części urządzenia rejestrator leśniczego jest nadmierne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb Zamawiającego w odniesieniu do oczekiwanego przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym chociażby to, że Zamawiający w pozostałych Częściach zamówienia, które dotyczą przecież takich samych urządzeń - rejestratorów leśniczego, nie stawia już takich wymagań co do umiejscowienia czytnika kodów kreskowych. Pośrednio wskazuje na to także inne postępowanie prowadzone przez bliźniaczą jednostkę organizacyjną Lasów Państwowych - Zakład Usługowo-Produkcyjny Lasów Państwowych w Łodzi. Przedmiotem tego postępowania jest także dostawa rejestratorów leśniczego, a modyfikacją SIWZ z dnia 28 października 2019 r. ten zamawiający zrezygnował w Części 4 zamówienia z ww. podkryterium oceny ofert, który przewidywał przyznanie dodatkowych

punktów za spełnianie przez rejestrator leśniczego wymagania „lokalizacji czytnika kodów kreskowych - w tylnej ścianie urządzenia”. (...)

Odwołujący zauważa, że każde z zamawianych urządzeń - rejestrator leśniczego będzie wyposażone w skaner. Sposób jego umiejscowienia w urządzeniu nie ma wpływu na oczekiwaną funkcjonalność urządzenia, a umiejscowienie skanera w jego przedniej części jest równoważną funkcjonalnością do rozwiązania promowanego przez Zamawiającego wyłącznie w 1 Części zamówienia.

Warto również zdać sobie sprawę, że owe 7,5 punktu przewagi, jaką będzie miała oferta obejmująca urządzenie Panasonic (FZ-N1) jedynie za to jedno podkryterium dotyczące skanera, stanowi ekwiwalent około 449 945,55 zł w cenie oferty. O taką bowiem kwotę (zakładając oczywiście przyjęte w niniejszym odwołaniu hipotetyczne wartości ofert) oferta konkurencyjna wobec oferty obejmującej wskazane urządzenie Panasonic musiałaby być tańsza, aby uzyskać „dodatkowe” 7,5 punktu w celu zrównoważenia przewagi, jaką mieć będzie każda oferta obejmująca to urządzenie. O jeszcze wyższą kwotę oferta obejmująca urządzenie Panasonic może być droższa od oferty konkurencyjnej, bez obawy o utratę zamówienia. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści siwz poprzez usunięcie z wykazu parametrów punktowanych w części 1 zamówienia parametru „skaner”, a w nim – wymagania: „lokalizacja czytnika kodów kreskowych - w tylnej części urządzenia”.

Pismem z dnia 8 listopada 2019 r. złożonym na posiedzeniu zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której w szczególności oświadczył, że „Opisanie parametru dodatkowo punktowanego jako »skaner« poprzez »lokalizacja czytnika kodów kreskowych w tylnej części urządzenia« daje możliwość uzyskania przez Zamawiającego urządzenia, które będzie funkcjonalne i da użytkownikowi urządzenia większy komfort skanowania wprowadzanych danych. Dzięki takiemu umiejscowieniu skanera w rejestratorze możliwe jest skanowanie bez potrzeby wyginania ręki, co ma miejsce przy umiejscowieniu skanera w przedniej części urządzenia. Poza tym, umiejscowienie skanera w tylnej części urządzenia umożliwia skanowanie bez odrywania wzroku od ekranu urządzenia, a tym samym widzimy, jakie dane są wprowadzane. Rozwiązanie takie w znacznym stopniu eliminuje omyłki przy wprowadzaniu danych oraz zapewnia szybsze ich wprowadzanie, a co za tym idzie ułatwi pracę leśnika w terenie, tym bardziej że odbiór pozyskanego drewna zajmuje leśnikom znaczną ilość czasu w pracy”.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu komputerowego, drukarek oraz innych akcesoriów. Przedmiot zamówienia został podzielony na 4 części. Niniejsze odwołanie dotyczy części 1.

Jako kryteria oceny ofert zamawiający wskazał: cenę – 50% oraz parametry techniczne – 50%. Po modyfikacji siwz dokonanej w dniu 18.10.2019 r., w ramach parametrów technicznych w części 1 zamawiający przyznawał punkty m.in. za:

Przenośny komputer – rejestrator leśniczego – wersja A – 200 sztuk

Nazwa parametru	Wymagania minimalne	Wymaganie preferowane uwzględniane przy ocenie jakości	Punktacja do oceny jakości
System operacyjny	System ANDROID v. min. 8.1 Oreo (wersja z GMS). Polska wersja językowa systemu. Rekomendacja firmy Google w zakresie systemu operacyjnego potwierdzona oświadczeniem producenta lub prawnego przedstawiciela w Polsce dołączonym do oferty.	Dostępność aktualizacji zabezpieczeń systemu operacyjnego Android (tzw. łaty dla systemu operacyjnego korygujące wykryte krytyczne luki bezpieczeństwa) w cyklu od 4 do 6 miesięcy przez okres minimum 2 lata w okresie wsparcia bezpieczeństwa wersji systemu przez Google, potwierdzona oświadczeniem producenta terminala mobilnego lub prawnego przedstawiciela w Polsce. Oświadczenie producenta lub prawnego przedstawiciela w Polsce dołączone do oferty.	5
Procesor	ośmiordzeniowy min. 1.8 GHz	ośmiordzeniowy min. 2.2 GHz	25
Wydajność	Wyniki testy wydajności AnTuTu (GPU, CPU, Pamięć) ilość punktów min. 65 tys.	Wyniki testy wydajności AnTuTu (GPU, CPU, Pamięć) ilość punktów min. 138,5 tys.	25
Skaner	Skaner o parametrach odczytu: - 1D: Code 128, Code 39, EAN - - 2D: Data Matrix, QR Code, Aztec - rozdzielczość min. 700(H) x min. 400(V) pikseli - szybkość skanowania min. 50 skanów na sek. dla kodów 2D, min. 100 skanów na sek. dla kodów 1D - odległość skanowania obejmuje zakres co najmniej 5-20 cm.	Lokalizacja czytnika kodów kreskowych – w tylnej części urządzenia	15
Zasilanie	Akumulator w technologii litowo-jonowej – wydajności nie mniej niż 20 Wh – z gwarancją min. 12 miesięcy	Akumulator nie mniej niż 6400 mAh przy 3.8V z gwarancją min. 12 miesięcy.	10

Gwarancja	Min. 36 miesięcy, koszt dostawy do i z serwisu pokrywa dostawca, na czas naprawy powyżej 2 dni roboczych dostarczenie sprzętu zastępczego. Oznaczone akcesoria - min. 12 miesięcy	Min. 36 miesięcy bezpłatnej gwarancji producenta na urządzenie z wyłączeniem oznaczonych akcesoriów dla których gwarancje określono na 12 miesięcy. Do oferty należy dołączyć oświadczenie producenta lub prawnego przedstawiciela w Polsce w zakresie bezpłatnej gwarancji producenta na okres min. 36 miesięcy	15
-----------	--	--	----

Pismem z dnia 29.10.2019 r. (po wniesieniu niniejszego odwołania) zamawiający dokonał modyfikacji siwz, w wyniku której m.in. zmniejszył liczbę przyznawanych punktów w podkryterium „skaner” dla wymogu „lokalizacja czytnika kodów kreskowych - w tylnej części urządzenia” z 15-tu pkt na 10 pkt.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ww. przepis dotyczy wszystkich czynności zamawiającego podejmowanych na etapie przygotowania i prowadzenia postępowania, w tym również czynności opisu kryteriów oceny ofert. Kryteria są przy tym jednymi z najbardziej doniosłych czynników wpływających na zachowanie ww. określonych zasad, ponieważ w oparciu o nie zamawiający przyznaje ofertom punkty i ostatecznie dokonuje wyboru najkorzystniejszej spośród nich. Niedopuszczalne jest tym samym opisanie kryteriów oceny ofert w taki sposób, który bezpodstawnie faworyzuje określone produkty lub rozwiązania.

W przedmiotowej sprawie zamawiający wskazał, że przyznawanie dodatkowych 10 pkt w podkryterium „lokalizacja czytnika kodów kreskowych - w tylnej części urządzenia” dla

skanera, jest podyktowane tym, że umieszczenie czytnika w tylnej części urządzenia pozwala pracownikowi wykonującemu swoje zadania w terenie - skanować bez odrywania wzroku od ekranu urządzenia i w efekcie śledzić prawidłowość wprowadzanych danych na bieżąco, bez wykonywania dodatkowych ruchów ręką. Czytnik w tylnej części urządzenia zwiększa zatem wygodę jego użytkowania.

Izba stwierdziła, że taka potrzeba zamawiającego jest jak najbardziej zasadna. Funkcjonalność polegająca na możliwości skanowania bez odrywania wzroku od ekranu i śledzenia wprowadzanych danych bez dodatkowych ruchów ręką zasługuje zatem na dodatkowe punktowanie w kryteriach oceny ofert, jednakże pod pewnym warunkiem. Warunkiem tym jest to, aby umieszczenie skanera w tylnej części urządzenia rzeczywiście było niezbędne dla uzyskania ww. funkcjonalności. Innymi słowy: problemem w niniejszej sprawie nie jest to, że zamawiający chce przyznawać dodatkowe punkty za wygodę użytkowania sprzętu. Problemem jest to, że sposób opisanie podkryterium dla skanera faworyzuje produkty posiadające czytnik w tylnej części urządzenia, podczas gdy takie umiejscowienie czytnika nie jest niezbędne dla uzyskania wygody, której zamawiający oczekuje.

W tym miejscu należy wskazać, że w trakcie rozprawy odwołujący okazał urządzenie Point Mobile PM85, które może zaoferować i pokazał sposób jego działania. Z prezentacji ww. sprzętu wynika, że skaner umieszczony jest w górnej części urządzenia, ale może być używany pod różnym kątem (nie tylko prostopadle do kodu kreskowego), przez co istnieje możliwość monitorowania wprowadzanych danych na ekranie urządzenia bez wykonywania dodatkowych ruchów ręką. Tym samym, mimo że urządzenie odwołującego nie spełnia wymogu umieszczenia czytnika w tylnej części urządzenia, to posiada wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność. Innymi słowy: przy takim opisie podkryterium oceny ofert, sprzęt oferowany przez odwołującego nie może dostać dodatkowych 10 pkt, mimo że zapewnia oczekiwaną przez zamawiającego wygodę.

Wobec ustaleń poczynionych na rozprawie, Izba uznała, że podkryterium „lokalizacja czytnika kodów kreskowych - w tylnej części urządzenia” dla skanera prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż skutkuje przyznaniem innej liczby punktów urządzeniom, które posiadają tę samą funkcjonalność. Zgodnie bowiem z ww. podkryterium, urządzenia z czytnikiem w tylnej części dostaną dodatkowe 10 pkt, natomiast urządzenia z czytnikiem w innej części nie dostaną dodatkowych 10 pkt, mimo że – jak wykazał odwołujący na rozprawie – umiejscowienie czytnika w górnej części urządzenia (w przypadku Point Mobile PM85) również zapewnia możliwość jego użytkowania w wygodny i preferowany przez zamawiającego sposób.

W konsekwencji, takie opisanie ww. podkryterium skutkuje naruszenie zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i zgodnie z żądaniem odwołującego – powinno zostać usunięte z siwz.

Na marginesie jedynie należy wskazać, że po usunięciu ww. podkryterium z siwz, zamawiający może np. ustanowić podkryterium, w którym będzie przyznawać dodatkowe punkty za posiadanie konkretnie opisanej przez niego funkcjonalności i może oceniać jej spełnianie na podstawie żądanej próbki urządzenia. Tym samym dodatkowe punkty uzyskiwałaby oferta z urządzeniem zapewniającym oczekiwaną przez zamawiającego funkcjonalność, bez względu na techniczny sposób jej zapewnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 i w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący