

**WYROK**  
**z dnia 30 marca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Samsung Electronics Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Główny Urząd Statystyczny w Warszawie, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa** odwołania z dnia 22 lutego 2010 r.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Samsung Electronics Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Samsung Electronics Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Samsung Electronics Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa.**

## Uzasadnienie

Główny Urząd Statystyczny w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu ograniczonego przyspieszonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę, konfigurację, serwis terminali mobilnych wraz z usługą transmisji danych i głosu na potrzeby przeprowadzenia Powszechnego Spisu Rolnego w 2010 r. oraz Narodowego Spisu Powszechnego Ludności i Mieszkań w 2011 r.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 16 lutego 2010 r., nr 2010/S 32-046083.

Pismem z dnia 19 lutego 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 22 lutego 2010 r.; wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2010 r.) Odwołujący wniósł odwołanie na treść ogłoszenia o przedmiotowym postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a mianowicie ustanowienie wymogu dostarczenia terminali mobilnych o przekątnej ekranu 3,6 cala.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia w taki sposób, aby dopuszczona była dostawa terminali wyposażonych w ekran nie mniejszy niż 3,5 cala, z jednoczesnym pozostawieniem pozostałych elementów opisu terminali, względnie o unieważnienie postępowania, gdy będzie to uzasadnione ze względu na stan postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż opis terminala mobilnego dokonany przez Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji, ze względu na ograniczenie dostawców telefonów do dwóch produktów, tj. HTC, który oferuje model telefonu posiadający monitor o przekątnej 3,6 cala – HTC Touch Pro 2, oraz firmy Acer z modelem M900. Nadto dodał, iż terminal o przekątnej ekranu 3,6 cala nie różni się swoimi właściwościami użytkowymi od terminala o przekątnej 3,5 cala, zwłaszcza że faktyczna fizyczna różnica w przekątnej to około 2 mm. Dopuszczenie dostarczenia terminali o przekątnej 3,5 cala spowoduje możliwość zaoferowania terminali firmy Samsung, w tym oferowanego przez Odwołującego modelu Samsung B7610 Omnia Pro lub B7620 Giorgio Armani.

W dniu 25 marca 2010 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie podnosząc m.in., iż jego wymagania spełniają co najmniej dwa modele firmy HTC: Advantage X7510 oraz Advantage X7500, dwa modele terminali firmy PSION TEKLOGIX: Workabout Pro G3, Ikon 7505 oraz terminal firmy Toshiba K01.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przede wszystkim Izba ustaliła, że w związku z tym, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie wszczęto w dniu 16 lutego 2010 r., tj. po dacie wejścia w życie przepisów ustawy 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), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu postawił wymóg, iż „terminal mobilny musi być (...) wyposażony w ekran niemniejszy niż 3,6 cala (...)”.

Odwołujący podniósł, iż tak sformułowany wymóg narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niewątpliwym jest, iż art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje takiego dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez wskazanie konkretnego produktu, ale i takiego opisu przedmiotu zamówienia, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku, przy czym zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych, które nieodpowiadają jego potrzebom (np. jakościowym, funkcjonalnym, wymaganym parametrom technicznym), a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym przede wszystkim koniecznym jest odniesienie się do rynku właściwego dla terminali mobilnych, a więc produktów objętych przedmiotem zamówienia.

Bezspornym jest, iż kwestionowany przez Odwołującego wymóg („ekran niemniejszy niż 3,6 cala”) spełnia terminal mobilny firmy HTC. Wymóg ten – jak wskazał Odwołujący w przedłożonym Izbie zestawieniu – spełniają także produkty firmy PSION Ikon oraz Acer M900, przy czym nie spełniają one innych wymogów Zamawiającego, co powoduje, że jedynym terminalem mogącym spełnić wszystkie wymogi ogłoszenia jest terminal mobilny

firmy HTC. Z analizy przedmiotowego zestawienia faktycznie wynika, iż produkt firmy PSION nie spełnia – jak wskazał Odwołujący – wymogu posiadania czterozakresowego modułu GSM, a produkt firmy Acer M900 wymogu „umożliwienia przypięcia do niego smyczy”, natomiast produkty obydwu tych firm nie spełniają wymogu posiadania autoryzowanego serwisu na terenie Polski. Niemniej jednak analiza treści ogłoszenia o zamówieniu pozwala na stwierdzenie, iż żaden z wymogów wskazanych przez Odwołującego w przedmiotowym zestawieniu jako tych, których to produkty firmy PSION Ikon oraz Acer M900 nie spełniają, jak podniósł także Zamawiający na rozprawie, nie był wymagany na etapie składania wniosków o dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu. Tym samym wymogi te (wskazane przez Odwołującego w zestawieniu) nie mogą stanowić przesłanki do uznania, iż produkty firmy PSION Ikon oraz Acer M900 nie spełniają wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu wymogów Zamawiającego. Wymogi wskazane przez Odwołującego jako te, które nie mogą być spełnione przez produkty firmy PSION Ikon oraz Acer M900, są to wymogi – co podkreślił Zamawiający na rozprawie – odnoszące się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, a więc takie, które na tym właśnie etapie postępowania mogą się pojawić, a nie treści ogłoszenia, którego odwołanie faktycznie dotyczy. Natomiast żądany przez Zamawiającego wymóg posiadania przez terminal mobilny „ekranu niemniejszego niż 3,6 cala” spełnia także – jak podniósł Zamawiający - terminal firmy Toshiba (Toshiba K01), czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Tak więc Odwołujący poza złożonym zestawieniem nie przedłożył żadnych dowodów, które chociażby uprawdopodobniały, iż wymóg posiadania przez terminal mobilny „ekranu niemniejszego niż 3,6 cala” spełnić może wyłącznie produkt firmy HTC. Przeciwnie, z przedmiotowego zestawienia wynika już, iż kwestionowany wymóg spełniają produkty trzech firm, a także wskazany przez Zamawiającego produkt firmy Toshiba. Tym samym uznać należy, iż kwestionowany wymóg mogą potencjalnie spełnić produkty czterech wykonawców, tj. HTC, PSION, Acer i Toshiba. Zatem wobec wykazania, że na rynku istnieje co najmniej czterech wykonawców, których produkty spełniają tak postawiony wymóg, nie można stwierdzić utrudnienia uczciwej konkurencji.

Odnosząc się natomiast do zarzutu żądania przez Zamawiającego terminala mobilnego posiadającego „ekranu niemniejszego niż 3,6 cala”, będącego – w ocenie Odwołującego - zbyt rygorystycznym wymogiem, nieuzasadnionym potrzebami Zamawiającego, a jedynie w sposób nieuprawniony ograniczającym konkurencję stwierdzić należy, iż wskazanie wymogu dotyczącego przedmiotu zamówienia trudnego, a nawet niemożliwego do spełnienia przez wykonawcę, w tym stanie faktycznym przez Odwołującego, nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak bowiem wykazano na rozprawie wymóg ten może spełnić czterech wykonawców. Został on

postawiony w oparciu o dotychczasowe doświadczenie zebrane przez Zamawiającego w toku spisu próbnego przeprowadzonego przed 2010 r., w trakcie którego korzystano z monitorów mobilnych o przekątnej ekranu 3,8 cala. Niewątpliwym jest więc, iż Zamawiający, przeprowadzając próbny spis, jednoznacznie mógł stwierdzić jakie cechy terminala są dla niego niezbędne dla realizacji zadań, do realizacji których zostały one przeznaczone. Niebagatelne znaczenie – jak podniósł Zamawiający - miała także ocena produktu dokonana przez osoby faktycznie z niego korzystające (rachmistrzy). Oczekują oni produktu czytelnego, a więc o jak największym monitorze ekranu, gdyż to właśnie na nim będą wyświetlane kierowane do nich wiadomości, formularze, mapy itp. i to właśnie od tych informacji uzależnione jest sprawne i prawidłowe przeprowadzenie spisów rolnego i powszechnego. Tak więc podstawowym jest ustalenie potrzeby żądania monitora ekranu niemniejszego niż 3,6 cala. Różnica pomiędzy postawionym wymogiem posiadania przez terminal mobilny „ekranu niemniejszego niż 3,6 cala”, a oczekiwanym przez Odwołującego, tj. o przekątnej ekranu niemniejszej niż 3,5 cala istotnie jest niewielka. Tym niemniej różnica ta jest już istotna, biorąc pod uwagę dotychczasową przekątną ekranu (3,8 cala). Natomiast przy oczekiwanej przez Zamawiającego, jak największej przekątnej ekranu, przy dolnej granicy przekątnej ekranu 3,6 cala, jest ona już znaczna. Jak bowiem podkreślił Zamawiający najważniejszym jest dla niego spełnienie przez wykonawców tego właśnie wymogu, zarówno z punktu widzenia osób korzystających z terminali mobilnych, jak i posiadanych przez niego aplikacji, które dotychczas były wykorzystywane przez wielkość ekranu 3,8 cala. Zatem wielkość monitora ekranu determinowana była także posiadanyymi aplikacjami. Dlatego też w przypadku zaoferowania monitora ekranu o przekątnej mniejszej niż 3,6 cala, jak podkreślił Zamawiający, byłaby konieczność modyfikacji aplikacji, czemu Odwołujący także nie zaprzeczył. Tym samym stwierdzić należy, iż argumenty przedstawione przez Zamawiającego, które niewątpliwie są ze sobą spójne i logicznie uzasadnione, potwierdzają iż zasadnym było postawienie przez Zamawiającego wymogu posiadania monitora ekranu o wielkości nie mniejszej niż 3,6 cala.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) w związku z § 7 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), tj. zgodnie z przepisami dotychczasowymi z uwagi na to, że postępowanie wszczęto po dniu 29 stycznia 2010 r., a odwołanie wniesiono w dniu 22 lutego 2010 r., a więc przed dniem wejścia w życie ww. rozporządzenia z dnia 15 marca 2010 r.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....