

WYROK
z dnia 3 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Barbara Bettman

Anna Packo

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1.12.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 12, AFIDO Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, ul. Spokojna 67** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Papieską Akademię Teologiczną w Krakowie, 31-002 Kraków, ul. Kanonicza 25** protestu z dnia **24 września 2009 r.**

przy udziale **SKK – Systemy Kodów Kreskowych S.A., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8a, , Max Elektronik S.A., , 65-021 Zielona Góra, ul. Dąbrowskiego 12** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 12, AFIDO Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, ul. Spokojna 67 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 12, AFIDO Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, ul. Spokojna 67;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 12, AFIDO Sp. z o.o., 62-081 Przeźmierowo, ul. Spokojna 67 ;**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę systemu zabezpieczenia zbiorów Biblioteki Papieskiej Akademii Teologicznej w Krakowie w oparciu o technologię identyfikacji za pomocą fal radiowych* (numer sprawy ZPB/1/2009), ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 sierpnia 2009 roku, poz. 263910.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: SKK – Systemy Kodów Kreskowych S.A., Max Elektronik S.A., informując wykonawców o wynikach oceny ofert pismem z dnia 24 września 2009r. przekazanym faksem tego samego dnia. Wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia własnej oferty, konsorcjum firm Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. oraz ARFIDO Sp. z o.o., wniosło w dniu 30 września 2009 roku protest, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 26 ust. 4, art. 26 ust. 3 oraz § 3 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów (...), art. 87 ust. 1, art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5. W proteście wykonawca wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, stwierdzenie bezskuteczności zastrzeżenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę SKK-Max warunków udziału w postępowaniu, uznanie oferty protestującego za zgodną z SIWZ oraz ponowne dokonanie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do oferty wybranej, protestujący zakwestionował skuteczność zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu dostaw wraz z referencjami, oświadczenia wykonawcy dotyczącego etykiet RFID oraz oświadczenia producenta etykiet RFID wraz z

tłumaczeniem, które prowadzić ma do naruszenia warunków uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1).

W odniesieniu do decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty protestującego, jako niezgodnej z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy), wynikała ona z uznania, iż załączone próbki etykiet RFID oraz etykiet maskujących, stanowiące element oferty, nie odpowiadają wymaganiom siwz. Etykiety RFID dostarczone zostały bez etykiet papierowych, natomiast próbki etykiet maskujących, zostały pocięte indywidualnie z papieru samoprzylepnego na prostokąty o wymiarach niezgodnych z zapisem Załącznika Nr 4 do siwz wraz z Informacją nr 1 zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2009 r., będącą odpowiedzią na pismo nr 2, pytanie 5. Ponieważ zamawiający żądał próbek (etykiet RFID oraz etykiet maskujących), w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zdaniem protestującego winien on wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Ponadto, stwierdzona niezgodność nie miała istotnego wpływu na zapewnienie realizacji zamówienia w sposób opisany przez zamawiającego, co potwierdziły wyniki testów odczytu przeprowadzonych podczas prezentacji, mieszczące się w granicach błędu określonego w siwz, a zatem nie mogła ona stanowić przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Zamawiający oddalił protest pismem z dnia 9 października 2009 r. uznając, iż nie miał podstaw do wzywania protestującego do uzupełnienia próbek, gdyż przepis art. 26 ust. 3 ustawy dotyczy wymaganych oświadczeń lub dokumentów. Zamawiający nie wykluczył wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pzp., uznając, iż złożone wyjaśnienia pozwalały na pozytywną ocenę spełnienia wymagań. Składane próbki miały potwierdzić zgodność oferowanych etykiet z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 4 do siwz) i nie stanowiły podstawy do badania spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu. Zamawiający uznał, że próbki stanowią treść oferty, a ich uzupełnienie w swojej istocie będzie zmianą oferty, a więc nową ofertą, czego art. 87 ust. 1 wyraźnie zakazuje.

Zamawiający nie uznał się za podmiot właściwy do badania zasadności zastrzeżenia w ofercie konsorcjum SKK-Max, jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów dotyczących doświadczenia zawodowego wykonawcy, jednocześnie wskazując, że załączone dokumenty, referencje i zestawienia dostaw pozwoliły mu w sposób nie budzący żadnych wątpliwości potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 14 października 2009 r. konsorcjum wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego kopię zamawiającemu w tym samym dniu, podtrzymując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nieuprawnione uznanie, iż jego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz oraz przeprowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1). W odwołaniu wniesiono o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 28 sierpnia 2009 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum SKK-Max.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W zakresie zarzutu podtrzymanego w odwołaniu, skład orzekający Izby ustalił, iż decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego wynikała z oceny zgodności złożonych wraz z ofertą próbek proponowanych etykiet RFID oraz próbek etykiet maskujących z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zakwestionował zachowania funkcji etykiet RFID pod względem technologii radiowej, co potwierdziły wyniki testów przeprowadzonych w dniu 7 września 2009r., uznał jednak, iż wykonawca nie zaoferował etykiet papierowych RFID, a zaoferowane etykiety maskujące nie odpowiadały określonym specyfikacją istotnych warunków zamówienia, rozmiarom.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający, opierając się na treści siwz, treści oferty odwołującego oraz okazanych próbek etykiet RFID i etykiet maskujących, złożonych wraz z ofertą, uznał, iż oferta odwołującego była niezgodna z treścią siwz i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie skład orzekający potwierdza naruszenie interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu zamówienia, na skutek czynności odrzucenia jego oferty, która była tańsza od oferty wybranej. Wnoszone środki ochrony prawnej mają zatem na celu przywrócenie oferty odwołującego do postępowania i poddania jej ocenie pod kątem ustalonego kryterium, a w dalszej konsekwencji doprowadzenie do wyboru jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, skład orzekający potwierdził, iż zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym w siwz wymaganiom, złożenia wraz z ofertą próbek proponowanych etykiet RFID oraz etykiet maskujących (pkt I ppkt 5 siwz). Na etapie udzielania wyjaśnień do siwz, zamawiający doprecyzował w odpowiedzi z dnia 20 sierpnia 2009r. na pytanie nr 5 (pismo nr 2), iż przedmiotem zamówienia są znaczniki RFID w postaci etykiety papierowych z inlay'em, a nie samoprzylepne inlaye. Złożone na rozprawie przez odwołującego oraz przystępującego

pisma producenta znaczników RFID – UPM RAFLATAC KFT, potwierdzają, iż etykiety RFID są dostępne w dwóch formach, tj. etykiet papierowych (numer katalogowy 3001277) oraz z przezroczystej folii PET (numer katalogowy 3001276). Różnice pomiędzy tymi dwoma produktami nie dotyczą właściwości radiowych (odczytu fal radiowych), natomiast sprowadzają się do możliwości zadruku, przejrzystości materiału wierzchniego, jak również grubości i elastyczności. Odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 5 (z dnia 20.08.2009), nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości, co nie było również sporne pomiędzy stronami, iż przedmiotem dostawy są etykiety samoprzylepne papierowe z inlay'em (znaczniki RFID). Ponieważ oba rodzaje etykiet nie różnią się pomiędzy sobą pod względem właściwości radiowych (RF), wyniki testów, które zamawiający przeprowadził na próbkach nie mają znaczenia dla stwierdzenia niezgodności oferty odwołującego z siwz. Potwierdziły one niewątpliwie skuteczność odczytu i jego dokładność pod kątem operacji „kontrola poprawności położenia książek zgodnie z sygnaturą”, natomiast wyniki te nie zmieniły przedmiotu zaoferowanego przed odwołującym. Ponieważ odwołujący w swojej ofercie, w miejsce specyfikacji technicznej oferowanego przedmiotu zamówienia przepisał zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w zakresie znaczników RFID, zawierały niejasne określenie – etykieta z inla'yem, dopiero załączone próbki pozwoliły określić, który z typów znaczników RFID został przez wykonawcę zaoferowany. Odwołujący załączył do oferty etykiety RFID z warstwą wierzchnią wykonaną z przezroczystego tworzywa sztucznego PET, a nie z warstwą wierzchnią wykonaną z papieru matowego nieprzezroczystego. Ponieważ treść oferty w zakresie opisu oferowanego znacznika RFID nie pozwalała stwierdzić, który typ produktu wykonawca zaoferował, Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo uznał na podstawie załączonych próbek, iż wykonawca nie zaoferował etykiet papierowych RFID, co jest przedmiotem zamówienia. Złożone próbki uzupełniały treść pisaną oferty i miały na celu potwierdzenie, że proponowane etykiety RFID odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Skoro złożone próbki wskazywały na zaoferowanie innego produktu, niż stanowiący przedmiot zamówienia, zamawiający był uprawniony i zobowiązany stwierdzić, iż oferta odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Izba nie uznała za prawidłowe stanowisko odwołującego, dotyczące możliwości uzupełnienia próbek w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Wskazany przepis dotyczy uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw i jako regulacja dotycząca oceny ofert już złożonych, powinien być interpretowany według wykładni literalnej, która nie pozwala na przyjęcie dopuszczalności uzupełnienia wymaganych próbek, stanowiących element oferty. W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy, uzupełnienie próbek musiałoby nastąpić poprzez ich wymianę na etykiety papierowe RFID, co by oznaczało zmianę merytoryczną treści oferty

(zmianę zaoferowanego przedmiotu zamówienia). W ocenie KIO, przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp. nie dopuszcza zmiany treści oferty, a ma jedynie na celu uzupełnienie wskazanych w nim dokumentów i oświadczeń (w tym pełnomocnictw).

W sposób analogiczny, Izba oceniła niezgodność dotyczącą przedłożonych zamawiającemu próbek etykiet maskujących. Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 4 do siwz, pkt II) dopuszczony rozmiar etykiet maskujących, wskazując ich szerokość i wysokość, ale także określając rodzaj kleju, kolor, przyczepność kleju, minimalną temperaturę naklejania oraz nadruk. Załączone do oferty próbki miały potwierdzać spełnianie tych wymagań. Rozmiar etykiet maskujących miał być odpowiednio większy w stosunku do etykiet RFID, jednak załączone przez odwołującego próbki były mniejsze, a zatem niezgodne z siwz. Ich uzupełnienie po upływie terminu do złożenia oferty prowadziłoby do zmiany treści merytorycznej oferty – dotyczącej zaoferowanego przedmiotu zamówienia, co jest niedopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze odwołanie należało oddalić jako bezzasadne. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....