

Sygn. akt: KIO/2577/10

WYROK

z dnia 14 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 listopada 2010 r. przez **Agrex Arcon Sp. z o.o., ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Koninie, ul. Sulańska 13, 62-510 Konin**

przy udziale **Jerzego Panasiuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUXOR Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk, ul. Choiny 57/211, 20-816 Lublin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. **kosztami postępowania obciąża Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Koninie, ul. Sulańska 13, 62-510 Konin i:**
 - 2.1 **do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Agrex Arcon Sp. z o.o., ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa oraz uzasadnione koszty**

Agrex Arcon Sp. z o.o., ul. Puławska 372,02-819 Warszawa obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

2.2 zasądza od **Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Koninie, ul. Sulańska 13, 62-510 Konin** na rzecz **Agrex Arcon Sp. z o.o., ul. Puławska 372,02-819 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą uiszczony wpis oraz uzasadnione koszty stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa maszyny – przetrucarki do kompostu na potrzeby Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Koninie” zostało wszczęte przez Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Koninie, zwany dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 181-276202) w dniu 17 września 2010 r.

W dniu 19 listopada 2010 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 29 listopada 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Agrex Arcon Sp. z o.o., zwaną dalej Odwołującym.

W dniu 22 listopada 2010 r. Wykonawca: Jerzy Panasiuk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LUXOR Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania.

Stanowisko Odwołującego – Agrex Arcon Sp. z o.o.:

Odwołanie zostało wniesione od czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Jerzego Panasiuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUXOR Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk. Odwołujący ponadto Zamawiającemu, iż zaniechał on wykluczenia z udziału w postępowaniu powołanego Wykonawcy, co stanowiło naruszenie przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Wykazywał również, iż oferta złożona przez tegoż Wykonawcę powinna była zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy Pzp, w związku z art. 13 ust. 1 oraz 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 2) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2003 r., Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), czego zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnego badania i oceny ofert, wykluczenie z udziału w postępowaniu Jerzego Panasiuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUXOR Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk ewentualnie odrzucenia oferty złożonej przez tegoż Wykonawcę, a następnie dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

Mając na celu uzasadnienie podniesionych przez siebie zarzutów, Odwołujący twierdził, iż żadna z trzech wykazanych przez Przystępującego dostaw nie potwierdza spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Jako uzasadnienie twierdzenia, iż oferta złożona przez Przystępującego powinna zostać odrzucona, Odwołujący podnosił, iż zaoferowana przez Przystępującego przetrucarka jest prototypem, co jest niezgodne z treścią SIWZ. Twierdził ponadto, iż Przystępujący składając opis techniczny i zdjęcie innej maszyny niż oferowana Zamawiającemu, dokonał celowej manipulacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Złożył on bowiem oświadczenie, iż na dzień składania oferty dysponował maszyną zgodną z wymaganiami SIWZ. Dodatkowym powodem odrzucenia oferty Przystępującego, powinno być zaoferowanie maszyny, której kabina nie spełnia wymagań dla niej określonych w SIWZ. Odwołujący twierdził także, iż poprzez wprowadzenie w błąd Zamawiającego, co do oznaczenie oferowanej maszyny, a także podawanie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji o wytwarzanych produktach, Przystępujący dokonał czynu nieuczciwej konkurencji.

Stanowisko Zamawiającego – Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi w Koninie:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Agrex Arcon Sp. z o.o. na rozprawie przed Izłą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, wyjaśniał, że podziela on stanowisko Przystępującego zawarte w piśmie z dnia 6 grudnia 2010 r. doręczonym Prezesowi Izby w dniu 7 grudnia 2010 r. Wyjaśniał, iż w oparciu o wyjaśnienia złożone przez Przystępującego oraz o uzupełnione przez niego dokumenty, uzasadnionym było przyjęcie, iż złożona przez Przystępującego oferta odpowiada treści SIWZ, a on sam wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Wyjaśniał, iż oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego dokonywał na podstawie dokumentów, którymi dysponował na etapie badania i oceny ofert. Tym samym nie znał dokumentów, które Odwołujący przedłożył wraz z odwołaniem.

Stanowisko Przystępującego – Jerzego Panasiuka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUXOR Maszyny do Odpadów Jerzy Panasiuk:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Agrex Arcon Sp. z o.o. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, w piśmie z dnia 6 grudnia 2010 r. oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Podnosił on, iż w SIWZ nie został określony zakres podobieństwa przedmiotu dostaw, którymi należało się wykazać, w zakresie parametrów technicznych i wartości w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Wskazywał, iż określanie tegoż zakresu na tym etapie postępowania będzie stanowiło naruszenie prawa.

Wykazywał, iż zaoferowana przez niego przierzucarka nie jest prototypem, ponieważ będzie ona wykonana w oparciu o wspólną platformę montażową dla maszyn typu PKK, a maszyny tego typu zostały wyprodukowane i pracują w kompostowniach.

Twierdził także, iż będąc producentem oferowanych maszyn ma prawo sporządzać takie dokumenty, w tym foldery, odnoszące się do własnej produkcji, jakie uzna za stosowne. Przystępujący podnosił również, iż z zapisów SIWZ, w żaden sposób nie wynika po jakim torze ma poruszać się opuszczana i podnoszona kabina. Sposób ten nie wynika, w jego ocenie, z wymagania, aby była ona ergonomiczna.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych w odwołaniu, w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też na piśmie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dokumenty złożone przez Odwołującego oraz Przystępującego, tak przed rozprawą, jak i w jej toku. Ponadto Izba postanowiła uwzględnić jako dowód w sprawie także treść oferty złożonej przez Przystępującego. Jej oryginał przedstawiono Izbie do wglądu – Zamawiający nie przedstawił jej kopii w ramach dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej Izbie i potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności podniesionych przez Odwołującego zarzutów w zakresie zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu, Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt II.5.2 SIWZ żądał, aby Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się „*minimum jedną dostawą maszyny – przerzucarki do kompostu o parametrach technicznych i wartości podobnej do przedmiotu zamówienia*”. Opis przedmiotu zamówienia wraz z określeniem parametrów zamawianej maszyny zawarty został w części IV SIWZ – pkt IV.15 i IV.15.1. Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający ustalił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 1 099 720,00 PLN netto, zamierzając przeznaczyć na powołane zamówienie kwotę 1 341 658,40 PLN, która to kwota stanowi wartość przedmiotu zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT.

Odwołujący przedstawił wraz ofertą wykaz wykonanych dostaw obejmujący trzy dostawy. Zgodnie z treścią tegoż wykazu, wartość wykazanych dostaw to odpowiednio 1 037 000,00 PLN, 598 654,00 PLN i 756 400,00 PLN.

Izba, dokonując analizy powołanego pkt II.5.2 SIWZ, uznała, iż wobec niesprecyzowania i nieuszczerbowienia przez Zamawiającego postanowień SIWZ w zakresie dookreślenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, właściwym, w rozpatrywanym przypadku, będzie zastosowanie wykładni językowej powołanych postanowień SIWZ. Izba stoi bowiem na stanowisku, iż Wykonawcy powinni spełniać tylko takie warunki, jakie wynikają z literalnego brzmienia SIWZ. Podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Warszawie z wyroku z dnia 7 października 2008 r., sygn. akt: XXIII GA 446/08.

Uwzględniając przyjęte założenie, Izba uznała, iż z treści pkt II.5.2 SIWZ, wynika, że Wykonawca składając ofertę zobowiązany był się wykazać „*minimum jedną dostawą maszyny – przetrucarki do kompostu o parametrach technicznych i wartości podobnej do przedmiotu zamówienia*”. Tym samym przetrucarka, której dostawę wykazał on składając ofertę, powinna charakteryzować się jednocześnie podobnymi parametrami technicznymi oraz podobną wartością do parametrów i wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie dookreślił w żaden sposób w treści SIWZ zakresu podobieństwa, tym samym nie wskazał, o jakie wielkości wartości parametrów technicznych lub wartości wykazywane dostawy mogą odbiegać od parametrów technicznych i wartości przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, iż poprzez parametry techniczne podobne należy rozumieć takie parametry, których wielkość jest zbliżona do tych, które stanowią punkt odniesienia – w rozpatrywanym przypadku – do określonych w pkt IV.15.1 SIWZ. Istotnym jest to, iż parametry te muszą być podobne, zbliżone, nie zaś tożsame z opisanymi w SIWZ. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając dowody przedstawione przez Odwołującego, w szczególności ogłoszenie o udzieleniu zamówienia oraz wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego i Przystępującego, Izba dała wiarę twierdzeniom Odwołującego, iż rzeczywista wartość dostawy ujętej w pozycji 1 wykazu, stanowiła równowartość kwoty 350 000 PLN. Zamawiający nie kwestionował, bowiem twierdzeń Odwołującego w tym zakresie. Przystępujący wyjaśnił natomiast, jedynie, iż zgodnie z treścią wykazu w pozycji nr 1 w kolumnie 1 (*Przedmiot, wykonana dostawa*) wartość ta obejmuje między innymi dostawę

przerzucarki do kompostu. Oświadczył także, iż dostawa ujęta w pozycji nr 1 wykazu obejmowała dostawę także innych maszyn. Uwzględniając powołane ustalenia, Izba uznała, iż dostawa ujęta w pozycji 1 wykazu wykonanych dostaw nie potwierdza spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, iż dostawa ujęta w pozycji nr 3 wykazu wykonanych dostaw przedłożonego Zamawiającemu wraz z ofertą Przystępującego potwierdza spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego różnice w zakresie wymiaru tunelu, wydajności oraz mocy silnika, nie są na tyle istotne (odnosząc do siebie wielkości przywołane przez Odwołującego), aby nie można było uznać, iż parametry maszyny, której dostawą wykazał się Przystępujący, nie są podobne do maszyny opisanej w SIWZ. Niespornym między Stronami było, iż maszyna, której dostawę ujęto w pozycji 3 wykazu, była maszyną o parametrach gorszych, aniżeli te opisane w SIWZ. Niemniej jednak, w ocenie Izby, fakt, iż wskazane przez Odwołującego wielkości były niższe, niż ich odpowiedniki określone w SIWZ, nie przesądza o uznaniu za słuszne twierdzenia, iż parametry te nie były do siebie zbliżone. Wobec niedookreślenia przez Zamawiającego w SIWZ zakresu podobieństwa oraz uwzględniając zasadę określania warunków proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, o której mowa w przywołanym art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, Izba uznała, iż nie ma podstaw do tego, aby uznać za słuszne twierdzenia Odwołującego w przywołanym powyżej zakresie. Istotnym, w rozpatrywanym przypadku, jest fakt, iż przedmiotem dostawy ujętej w pozycji 3 wykazu była przerzucarka do kompostu, a tym samym maszyna służąca tym samym celom, co zamawiana przez Zamawiającego maszyna (przerzucarka do kompostu). Jedynie parametry ją charakteryzujące były gorsze od opisanych w SIWZ, co nie znaczy jednak, iż nie można było ich uznać za zbliżone do nich, podobne im.

Jako wypadkową faktu, iż maszyna, której dostawę ujęto w pozycji 3 wykazu, charakteryzowała się słabszymi parametrami od wielkości opisanych SIWZ, Izba uznała fakt, iż wartość maszyny o gorszych parametrach jest odpowiednio mniejsza. Tym samym również wykazywana przez Odwołującego różnica w wartości tejże maszyny w odniesieniu do wartości przedmiotu zamówienia, nie może stanowić, w ocenie Izby, uzasadnienia dla przyjęcia tezy, iż Przystępujący nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Za istotną dla rozstrzygnięcia okoliczność Izba uznała również fakt, iż Przystępujący jest producentem oferowanych przez niego

przerzucarek, co również, z uwagi na brak konieczności uwzględniania w cenie marży pośredników, ma wpływ na wartość wykazywanych przez niego dostaw.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt IV.15 wymagał w sposób wyraźny, aby zaoferowana mu przerzucarka do kompostu nie była prototypem. Ponadto w pkt IV.15.1.21) SIWZ zawarł on wymóg, aby maszyna ta posiadała kabinę operatora ergonomiczną, podnoszoną i opuszczaną hydraulicznie, oszkloną z każdej strony z izolującymi przyciemnianymi szybami. Na potwierdzenie, iż oferowana Zamawiającemu maszyna spełnia wymogi określone w SIWZ Wykonawca zobowiązany był zgodnie z pkt. III.10.6 SIWZ przedłożyć Zamawiającemu „*Foldery, fotografie umożliwiające Zamawiającemu sprawdzenie warunków technicznych oferowanej maszyny*”.

Izba ustaliła, iż Przystępujący wraz z ofertą przedłożył dokument (załącznik nr 12 do oferty) mający potwierdzać spełnianie wymogów odnoszących się do przedmiotu zamówienia określonych w SIWZ. Dokument ten zawierał opis parametrów oferowanej Zamawiającemu przerzucarki, tym samym mógł on posłużyć celowi, w jakim został złożony, tj. „*sprawdzeniu warunków technicznych oferowanej maszyny*”. Izba uznała, iż nieistotne z punktu widzenia celu, jakiemu ma ten dokument służyć, jest terminologia go opisująca – folder, jak to wskazano w SIWZ, czy też opis techniczny, jak chce tego Odwołujący.

W ocenie Izby, nie zasługuje na uznanie zarzut celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, poprzez zamieszczenie w powołanym dokumencie zdjęcia innego, niż oferowany, modelu przerzucarki. Istotnym, w rozpatrywanym przypadku, jest fakt, iż Przystępujący w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia przyznał, że na zamieszczonej w załączniku nr 12 do oferty fotografii nie znajduje się oferowana mu maszyna, ale inny jej model. Tym samym, Izba nie uznała powołanego zarzutu za należycie udowodniony. Odwołujący nie wykazał bowiem zamiaru Przystępującego, sam zaś Przystępujący przyznał, iż jest to inny model. Odwołujący nie przywołał także żadnego z zapisów oferty Przystępującego, w którym zawarte byłoby oświadczenie o dysponowaniu oferowaną przerzucarką na dzień składania ofert. Izba ustaliła, iż w pkt 1 i 2 formularza oferty Przystępujący zobowiązał się jedynie do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ, a tym samym do wykonania oferowanej przez siebie maszyny. W ocenie Izby, oświadczenie o tej treści nie jest jednoznaczne z oświadczeniem o dysponowaniu oferowaną maszyną w dniu składania ofert. Tym samym zarzut podnoszony przez Odwołującego nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, i z tych samych powodów, Izba nie uznała również zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3. Tym bardziej, iż nie został on w odwołaniu dostatecznie sprecyzowany.

Uwzględniając treść pkt IV.15.1.21) oraz treść załącznika nr 12, jak również wyjaśnienia i dokumenty uzupełniane przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, Izba uznała, iż nie zasługuje na uwzględnienie zarzut uznania za nieodpowiadającą treści SIWZ treści oferty w zakresie, w jakim opisuje ona kabinę operatora. W ocenie Izby, z powołanych dokumentach znajdują się odpowiednie zapisy o mobilności kabiny, doprecyzowane później wyjaśnieniami, iż jest ona uchylna. Zasadnie podnosił Przystępujący, iż SIWZ w żadnym postanowieniu nie precyzuje po jakim torze poruszać się powinna opuszczana kabina – pionowym, czy też może po łuku. Istotne jest to, że można ją opuścić w porównaniu z położeniem wyjściowym. Odwołujący nie wskazał postanowienia SIWZ, które upoważniałoby go do twierdzenia, iż opisane przez niego rozwiązanie – opuszczanie kabiny z operatorem w środku, mające na celu umożliwienie mu wyjścia z tejże kabiny – objęte zostało wymaganiami Zamawiającego. Izba uznała, iż treści takiej nie można wywieść z określenia ergonomiczna, jak to czynił Odwołujący. Przymiot ten, w ocenie Izby, odnosił się w większym stopniu do wnętrza kabiny i zapewniać miał stworzenie dla operatora maszyny w środku kabiny odpowiednich warunków pracy, tj. takich, aby maszyna była bardziej przyjazna w użytkowaniu. Wywodzenie zaś z tegoż zapisu sposobu opuszczania kabiny i toru, po jakim miałyby być ona opuszczana, w ocenie Izby, byłoby nadinterpretacją postanowień SIWZ. Dlatego też, Izba nie uznała powołanego zarzutu za zasadny.

Niezależnie od powyższego, Izba uznała, iż zasadny jest zarzut zaoferowania Zamawiającemu rozwiązanie prototypowego. Posługując się wykładnią literalną zapisu pkt IV.15 SIWZ oraz definicją prototypu zawartą w internetowym słowniku języka polskiego PWN (<http://sjp.pwn.pl>), zgodnie z którym prototypem jest „*pierwszy wykonany według dokumentacji model maszyny lub urządzenia, stanowiący podstawę do dalszej produkcji*”, jak również uwzględniając twierdzenia Odwołującego podnoszone w tym zakresie, Izba dała wiarę twierdzeniom Odwołującego. Podnosił on, iż zaoferowany Zamawiającemu model maszyny typu PKK nie został jeszcze nigdy wyprodukowany – nie powstał jeszcze ani jeden egzemplarz modelu PKK 2245. Tym samym nie powstał model, o parametrach technicznych opisanych w SIWZ, na którym Przystępujący mógłby się wzorować, i który mógłby być podstawą do dalszej produkcji. W ocenie Izby, nie jest w świetle zapisów SIWZ wystarczającym, iż zaoferowany Zamawiającemu model należy do określonego typu maszyn. Zgodnie z twierdzeniami Przystępującego, typ urządzenia określony skrótem PKK,

obejmujący różne modele, wykonany jest w oparciu o wspólną platformę montażową dla maszyn tegoż typu. Tym samym modele wchodzące w zbiór maszyn typu PKK, różnią się szczegółami wykonania. W ocenie Izby, istotne zaś jest to, iż ten konkretny model nie został jeszcze wyprodukowany, a dopiero wówczas będzie możliwe dokonanie oceny zgodności parametrów tegoż modelu z wymaganiami Zamawiającego.

Przeciwko twierdzeniu Odwołującego nie został sformułowany żaden kontrargument, tak przez Zamawiającego, jak i, przede wszystkim, przez Przystępującego. Nie przedstawili oni dowodu na istnienie wyprodukowanego modelu PKK 2245. Przystępujący w toku postępowania odwoławczego wykazał się wykonaniem maszyn podobnych, ale o gorszych parametrach.

Izba nie kwestionuje możliwości zaoferowania przez Przystępującego maszyny, która została przez niego opisana w ofercie. Nie podważa również zdolności do jej wykonania. Stwierdza jedynie w świetle zapisów pkt IV.15 SIWZ, iż Zamawiający w sposób wyraźny wymagał, aby zaoferowana mu przierzucarka nie była prototypem. Z tego zapisu zaś wywodzi, tezę, iż zaoferowany Zamawiającemu model powinien być modelem sprawdzonym w działaniu, co do którego sprawdzono, że charakteryzują go parametry opisane w załączniku nr 12 do oferty Przystępującego.

Uwzględniając powyższe Izba uznała powołany zarzut za zasadny.

Izba uznała za nieudowodniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 13 ust. 1 oraz 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czyn opisany w pierwszym z powołanych przepisów określany jest w doktrynie, jako niewolnicze naśladowanie wyrobów konkurentów na rynku, w celu wprowadzenia w błąd co do tożsamości producenta. W odwołaniu nie została sformułowana teza, maszyny jakiego to producenta naśladuje Przystępujący. Podobnie za nienależycie udowodnione Izba uznała zarzuty naruszenia 14 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 powołanej ustawy. Zgodnie bowiem z twierdzeniami Odwołującego, zachowaniem Przystępującego, które miałyby stanowić określony w powołanym przepisie czyn nieuczciwej konkurencji, było wprowadzenie w błąd co do oznaczenia oferowanej maszyny. Izba nie znalazła w dokumentacji postępowania potwierdzenia dla tegoż zarzutu – z treści oferty jednoznacznie wynika, iż Przystępujący oferuje Zamawiającemu przierzucarkę oznaczoną symbolem PKK-2245.

Niezależnie od powyższego, Izba nie uznała za zasadne zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2), z uwagi na fakt, iż nie został on w odwołaniu sprecyzowany, ani też poparty

przez Odwołującego żadnymi dowodami, a nawet twierdzeniami wprost do niego się odnoszącymi.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

Przewodniczący:

.....