

Sygn. akt: KIO 2107/11

WYROK

z dnia 20 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez **Leica Geosystems Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie w Krakowie**

przy udziale wykonawcy: **Geotronics Polska Sp. z o.o. w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Leica Geosystems Sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Leica Geosystems Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Aktualizacja oprogramowania obliczeniowego i zarządzającego pracą Małopolskiego Systemu Pozycjonowania Precyzyjnego oraz dostosowanie odbiorników i anten na stacjach referencyjnych do standardów ASG-EUPOS” zostało wszczęte przez Województwo Małopolskie w Krakowie, zwane dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 159-262481) w dniu 20 sierpnia 2011 r.

W dniu 21 września 2011 r. Zamawiający udostępnił na stronie internetowej pismo z tego samego dnia, w którym zawarł wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz informację o jej zmianach.

W dniu 30 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Leica Geosystems Sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 3 października 2011 r. wykonawca: Geotronics Polska Sp. z o.o. w Krakowie, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

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

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego zmiany treści załącznika nr 7 do SIWZ *Warunki techniczne* w pkt 9.2.a) (tabela nr 5) Odwołujący twierdził, iż Zamawiający, poprzez ustalenie nowej treści powołanego punktu, dokonał naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1-3, art. 36 ust. 1 pkt 3), art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art. 5 k.c. w związku z art. 14 i art. 139

ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający, w ocenie Odwołującego, naruszył art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3) ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.).

Odwołujący twierdził, iż Zamawiający, poprzez dokonanie powołanej zmiany treści SIWZ, opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ zapisy SIWZ preferują w sposób niezasadniony rozwiązania jednego producenta – firmy Trimble. Wywodził on ponadto, iż kwestionowane przez niego wymaganie, nie mając istotnej wartości merytorycznej, uniemożliwia mu zaoferowanie własnego rozwiązania.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści załącznika nr 7 do SIWZ *Warunki techniczne* w pkt 9.2.a) (tabela nr 5) poprzez wykreślenie parametru tam określonego, lub też zmianę jego treści na jedną z dwóch przez niego wskazanych: „*minimum 106 kanałów śledzących*” lub „*odbiornik sygnałów satelitarnych pozwalający na śledzenie wszystkich widocznych satelitów*”.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie na rozprawie przed Izłą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Twierdził on, iż SIWZ w obecnym kształcie spełnia jego wszystkie oczekiwania. W jego ocenie, uwzględniając ciągły rozwój systemu ASG-EUPOS i planowane zwiększenie liczby satelitów pracujących w tym systemie, wymóg śledzenia min. 200 kanałów nie jest wymogiem nadmiernym, a wręcz przeciwnie uzasadnionym. Ponadto podnosił on, iż w jego ocenie, Odwołujący nie udowodnił naruszenia przez niego przepisów ustawy Pzp, a w szczególności postawionej przez siebie tezy, że wszystkie odbiorniki, za wyjątkiem oferowanego przez Przystępującego nie spełniają wymagań SIWZ.

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izłą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, 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 w toku posiedzenia oddaliła wniesioną przez Odwołującego opozycję przeciwko przystąpieniu do postępowania odwoławczego Wykonawcy: Geotronics Polska Sp. z o.o. w Krakowie. W ocenie Izby, Odwołujący nie uprawdopodobnił, iż Wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone w toku rozprawy przez Odwołującego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 21 września 2011 r. zmienił po raz drugi w toku postępowania o udzielenie zamówienia treść załącznika nr 7 do SIWZ *Warunki techniczne* w pkt 9.2.a) (tabela nr 5). Powołana jednostka redakcyjna w pierwotnej treści SIWZ miała następującą treść: „*Minimum 220 kanałów śledzących*”. Zamawiający pismem z dnia 15 września 2011 r. określił ilość kanałów śledzących na 106, by ostatecznie, pismem z dnia 21 września 2011 r., ustalić tę wartość na poziomie 200 kanałów.

Wobec tak dokonanej zmiany treści SIWZ Odwołujący wniósł odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby analiza wniesionego odwołania, a także stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w toku rozprawy przed Izba, pozwala uznać, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty oparte zostały na tezie, iż określona przez Zamawiającego

minimalna liczba śledzonych kanałów w sposób nieuzasadniony preferuje rozwiązanie jednego producenta, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Izba stanęła na stanowisku, iż opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że poszczególne urządzenia wchodzące w skład zamówienia mogą pochodzić od jednego tylko producenta, może utrudniać uczciwą konkurencję, a tym samym naruszać art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Takie wskazania mogą bowiem faworyzować w sposób nieuprawniony bezpośrednio takiego producenta, a pośrednio również podmioty, które pozostają w stałych stosunkach gospodarczych z takim producentem. Skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że w określonej sytuacji rynkowej, prowadzi to do powstania monopolu, bądź to podmiotowego, bądź przedmiotowego, ocenić należy za niedopuszczalne działanie Zamawiającego. Izba przyjęła, że Zamawiający w postępowaniu otwartym, konkurencyjnym nie może ograniczać opisu przedmiotu zamówienia tak, ażeby chociażby część zamawianego sprzętu, mogła pochodzić tylko od jednego producenta, jeśli powoduje to nieuzasadnioną możliwość naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem składu orzekającego, Odwołujący, który zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem sporządzenie opisu przedmiotu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jest zobowiązany wykazać i udowodnić, że poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób przez niego kwestionowany Zamawiający spowodował zaistnienie sytuacji, która może sprzyjać utrudnieniu uczciwej konkurencji. Nie jest niezbędnym, aby udowodnił on ponad wszelką wątpliwość, iż sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia taką uczciwą konkurencję utrudnia. Konieczne, w rozstrzyganym przypadku, jest jednak wykazanie, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia zaoferowanie produktów innych niż wskazany w odwołaniu, jako jedyny spełniający wymagania SIWZ. Innymi słowy, sam obowiązek jedynie uprawdopodobnienia utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia o określonej treści, nie zwalnia Odwołującego od konieczności wykazania, iż w przedmiotowym postępowaniu rzeczywiście doszło do takiego ukształtowania zapisów opisu przedmiotu zamówienia, że wskazują one bezpośrednio lub pośrednio na wskazane w odwołaniu urządzenie. Odwołujący powinien zatem wykazać, że znaczna część Wykonawców lub wszyscy mu znani, za wyjątkiem jednego, nie może złożyć oferty, gdyż oferowane przez nich urządzenia nie spełniają wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, albo że dany wymóg nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Wobec powyższego, na Wykonawcy wnoszącym odwołanie

cięży obowiązek udowodnienia sformułowanego przez niego twierdzenia, zgodnie z którym określenie kwestionowanego przez niego parametru na ustalonym przez Zamawiającego poziomie wskazuje w sposób pośredni lub bezpośredni na określone rozwiązanie techniczne, czy też jak chciałby tego Odwołujący na produkt określonego producenta. Wykazanie tych okoliczności mogłoby stanowić podstawę do uznania, że Zamawiający, poprzez ukształtowanie opisu przedmiotu w ten, a nie inny sposób, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 2. Tymczasem, w powołanym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Oparł on zarzuty jedynie na własnych twierdzeniach. Izba nie mogła uznać ich za dowód na istnienie faktów, z których Odwołujący wywodził skutki prawne. Nie wykazał on bowiem, że Zamawiający poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia uprzywilejował w jakikolwiek sposób produkt wskazany w odwołaniu. Nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, iż tak oferowane przez niego urządzenie, jak i produkty oferowane przez innych Wykonawców, z nim konkurujących, nie spełniają wymagań określonych w SIWZ. Wobec faktu, iż danych technicznych urządzeń objętych przedmiotem zamówienia nie można uznać za fakty powszechnie znane, Izba uznała, iż na ich potwierdzenie koniecznym było przeprowadzenie odpowiednich dowodów. Wobec nie przedstawienia takich przez Odwołującego, Izba nie mogła przyjąć za udowodnione twierdzeń zawartych w odwołaniu, iż urządzenia inne, aniżeli to jedno w odwołaniu wskazane, nie spełniają wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił tezy, że określenie przez Zamawiającego kwestionowanego w odwołaniu parametru na ustalonym w piśmie z dnia 21 września 2011 r. poziomie ma na celu uniemożliwienie zaoferowania mu urządzeń innych niż przywołane w odwołaniu produkcji firmy Trimble. Konsekwencją tych wniosków, było stwierdzenie, iż Odwołujący nie uprawdopodobnił, że opis przedmiotu zamówienia został skonstruowany w taki sposób, że mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Co istotne, Odwołujący nie wykazał, iż kwestionowany przez niego parametr jest charakterystycznym dla określonego rodzaju urządzeń, co mogłoby utrudniać konkurencję Wykonawcom oferującym urządzenia nie charakteryzujące się tym parametrem. Nie przedstawił on bowiem dowodu potwierdzającego postawioną przez siebie tezę, iż określona przez Zamawiającego ilość kanałów śledzących jest cechą charakteryzującą tylko jedno urządzenie wskazane przez niego w odwołaniu. Nie udowodnił on tym samym, że nie jest to typowy parametr użytkowy i funkcjonalny. Nie wykazał on, że kwestionowana przez niego cecha odbiornika wymagana przez Zamawiającego jest parametrem charakterystycznym tylko dla tego jednego, wskazanego w odwołaniu, urządzenia.

Na marginesie zaznaczyć należy, iż w ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił także wiarygodnych dowodów na potwierdzenie własnych twierdzeń o maksymalnej ilości kanałów śledzących, która będzie odpowiadała rzeczywistym potrzebom Zamawiającego. Między Stronami nie było sporu, co do faktu, że Zamawiający wymaga od Wykonawców zapewnienia śledzenia sygnałów nadawanych przez satelity, które pojawią się w przyszłości, a będą nadawały sygnał w kanałach wskazanych w SIWZ. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego w najbliższym czasie kupowane przez niego odbiorniki będą musiały odbierać co najmniej 123 kanały. Co istotne także w tym przypadku Odwołujący oparł się jedynie na swoich twierdzeniach. Za takie należy również uznać przedstawioną przez niego opinię z dnia 29 września 2011 r., stanowi ona bowiem ocenę istniejącego stanu faktycznego i zawiera hipotetyczną prognozę na lata przyszłe. Stanowi tym samym jedynie opinię osoby, która złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie, nie korzysta ono natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w nim twierdzeń. Na taką ocenę tegoż oświadczenia nie może oddziaływać nawet wysoka ranga osoby wygłaszającej tę opinię. Zaznaczyć należy również, iż autor powołanej opinii zawarł w niej sformułowanie „można zakładać”, co samo w sobie rodzi wątpliwości, co do kategoryczności sądu zawartego w tym oświadczeniu. Co istotne Odwołujący w zakresie maksymalnej ilości kanałów śledzących, która będzie odpowiadała rzeczywistym potrzebom Zamawiającego, nie prezentował spójnego stanowiska. W odwołaniu twierdził, iż obecnie wystarczającą jest ilość 80 kanałów, podczas gdy na rozprawie ograniczył tę ilość do 69 kanałów. W powołanej opinii mowa jest o 70 kanałach. Uwzględniając te rozbieżności, Izba uznała, iż Odwołujący w powołanym zakresie jest niekonsekwentny, a przez to jest mniej wiarygodny. Dlatego też jego argumentacja nie zasługuje na uznanie.

W odniesieniu do przedstawionych przez Odwołującego zestawień informacji o dostępności satelitów zasadnie podnosił Zamawiający, iż opisują one stan obecny, stąd też nie mogą stanowić żadnej podstawy do wyciągania wniosków o liczbie dostępnych satelitów w przyszłości. Co istotne w tym kontekście, jak to już zostało wskazane, między Stronami nie było sporu, co do faktu, że Zamawiający wymaga od Wykonawców zapewnienia śledzenia sygnałów nadawanych przez satelity, które pojawią się w przyszłości, a będą nadawały sygnał w kanałach wskazanych w SIWZ. Dlatego też także ten dowód Izba uznała za niewystarczający. Na marginesie zaznaczyć należy małą jego wiarygodność – został on złożony w formie wydruku komputerowego, zawartego na 32 stronach, z których tylko pierwsza została opatrzona nieczytelnym podpisem.

Izba uznała, jako nie mającą znaczenia dla rozstrzygnięcia, podnoszoną przez Odwołującego okoliczność, że inni Zamawiający, co też istotne, w innych krajach,

opisują w odmienny sposób przedmiot zamówienia w postępowaniach o udzielenie zamówienia przez siebie prowadzonych. Fakt ten nie mógł zostać oceniony za istotny w kontekście oceny zarzucanego Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy.

W oparciu o powyższe Izba uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, ani też żadnego innego przepisu przywołanego w odwołaniu. Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż ciężar dowodu zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne, zaś Odwołujący, w ocenie Izby, nie przedstawił wystarczających dowodów na poparcie własnego stanowiska.

Biorąc powyższe pod uwagę, 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 Pzp, 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: