

Sygn. akt: KIO/311/11

**WYROK**

**z dnia 28 lutego 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 lutego 2011 r. przez **AppNet Bednarz i Wspólnicy spółka jawna, ul. Świętojańska 2, 15-082 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izba Celną w Katowicach, Pl. Grunwaldzki 8-10, 40-127 Katowice,**

przy udziale konsorcjum firm: **WebTradeCenter Sp. z o.o. i NTT System S.A.** z siedzibą lidera **Zakręt, ul. Trakt Brzeski 89, 05-077 Warszawa - Wesoła** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża AppNet Bednarz i Wspólnicy spółka jawna, ul. Świętojańska 2, 15-082 Białystok i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez AppNet Bednarz i Wspólnicy spółka jawna, ul. Świętojańska 2, 15-082 Białystok tytułem wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Izba Celna w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „zakup wraz z dostawą komputerów stacjonarnych „All-in-one”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 230-351634 w dniu 26 listopada 2010 r.

Pismem z dnia 4 lutego 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez konsorcjum firm: WebTradeCenter Sp. z o.o. i NTT System S.A., zwanego dalej „Konsorcjum WebTradeCenter”.

Wykonawca AppNet Bednarz i Wspólnicy spółka jawna z siedzibą w Białymstoku wniósł odwołanie wobec powyższej czynności oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WebTradeCenter jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1 pkt. 2 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej Pzp oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum WebTradeCenter, dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum WebTradeCenter i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, że na wezwanie zamawiającego z dnia 12 stycznia 2011 r. do złożenia „certyfikatu Energy Star w wersji co najmniej 4.0 dla oferowanego modelu komputera, stosownie do wymagań zawartych w Rozdziale III siwz „opis przedmiotu zamówienia” pkt 20 tabeli i w Rozdziale VI siwz „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” pkt. C Konsorcjum WebTradeCenter nie złożyło wymaganego dokumentu. Dokument załączony do pisma z dnia 17 stycznia 2011 r. w rzeczywistości stanowi nie w pełni uzupełniony formularz „THE ECO DECLARATION” (z ang. EKO DEKLARACJA dalej zwana: „EKO1”) - niezgodny z treścią wezwania i udzielonych wyjaśnień. EKO1 nie ma wymaganej formy certyfikatu ani zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Zdaniem odwołującego stwierdzenie, że zaoferowany model komputera znajduje się na liście produktów certyfikowanych przez U.S. Environmental Protection Agency jest

nieprawdziwe, na dowód czego odwołujący załączył do odwołania listę produktów certyfikowanych przez U.S. Environmental Protection Agency (dalej zwana: „EPA”) na dzień złożenia ofert w kategorii komputery typu desktop oraz komputery zintegrowane. Brak na ww. liście zaoferowanego przez Konsorcjum komputera jest niezgodny z wymaganiami siwz. Potwierdza to także korespondencja z dnia 26 stycznia 2011 r. pomiędzy zamawiającym a producentem zaoferowanego komputera - firmą Lenovo.

Odwołujący wskazał, że :

- zgodnie z adnotacją na pierwszej stronie formularza EKO1 i EKO2 - „W postaci drukowanej to jest niekontrolowana kopia” oraz „Deklaracja może być opublikowana tylko wtedy, gdy wszystkie wiersze i/lub pola oznaczone \* są wypełnione (nd jako nie dotyczy)”, natomiast Konsorcjum przedłożyło EKO1, w którym pole „Issue date” (z ang. „Data wydania”) oznaczone gwiazdką nie jest wypełnione;
- zgodnie z adnotacją na stronie 5 - P14 formularza EKO1 i EKO2 - „ADNOTACJA: Dostawca nie oświadcza, nie gwarantuje, nie zapewnia i nie daje gwarancji wyraźnych lub dorozumianych w stosunku do informacji zawartych w tym dokumencie. Wszystkie informacje dostarczone przez dostawcę w poniższym dokumencie bazują na wiedzy dostawcy dostępnej w momencie zakończenia, tworzenia dokumentu i dostawca nie jest zobligowany do aktualizacji tych informacji. Dostarczone tutaj informacje są przybliżone i służą jedynie do celów czysto informacyjnych. Skontaktuj się z jednostką reprezentującą Lenovo po więcej informacji.”). Z treści powyższego zapisu wynika, że deklaracja nie może być traktowana jako zaświadczenie/certyfikat, a nawet oświadczenie woli producenta;
- w dodatkowych informacjach zawartych na pierwszej stronie deklaracji EKO1 i EKO2 producent potwierdził, że ThinkCentre M70z posiada certyfikat ENERGY STAR 5.0. Zgodnie z listą certyfikowanych produktów ze strony [www.energystar.gov](http://www.energystar.gov) oraz z korespondencją elektroniczną odwołującego z przedstawicielem EPA - informacja ta jest nieprawdziwa. Przedstawiciel EPA potwierdził, że komputer ten nie posiada certyfikatu ENERGY STAR 5.0;
- deklaracje EKO1 i EKO2 mimo, że opisują ten sam produkt i są datowane na ten sam dzień, zawierają w swojej treści wiele różnic.
- w ww. dokumentach użyte są różne czcionki w wypełnianych polach,
- w deklaracji EKO1 wskazano nieprawidłowy link, który odnosi się do notebooków, a nie do komputerów typu desktop i komputerów zintegrowanych,
- w deklaracji EKO2 pole „Display resolution” (z ang.) – („Rozdzielczość ekranu”) zostało wypełnione wartością 1440x990. Przedstawiciel producenta potwierdził w rozmowie telefonicznej z odwołującym, że produkt o takim parametrze nie występuje na rynku.

Zdaniem odwołującego, deklaracje EKO1 oraz EKO2 są wydrukami wypełnionego i ogólnie dostępnego wzoru formularza THE ECO DECLARATION publikowanego przez

ECMA (Europejskie Stowarzyszenie na rzecz Standaryzacji Systemów Informacyjnych i Komunikacyjnych) na stronie internetowej. Nie są one podpisane przez osoby upoważnione, a tym samym nie zawierają oświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości. Nie są także opublikowane na stronie producenta, gdzie zamieszcza się listę produktów Lenovo, dla których EKO DEKLARACJA została opublikowana. Fakt, że deklaracje EKO1 czy EKO2 nie są opublikowane umożliwia zamieszczanie w nich nieprawdziwych informacji oraz generowanie kopii o niekontrolowanej treści.

Odwołujący podniósł, iż na podstawie ogólnie dostępnych, zamkniętych list jednostek upoważnionych do badań (Laboratoria uznane przez EPA) i certyfikacji (Jednostki Certyfikujące uznane przez EPA) znajdujących się na stronach EPA można stwierdzić, że jednostka Lenovo Global Environmental Affairs nie jest upoważniona do przeprowadzania badań i certyfikacji. Zatem, na dzień 2 lutego 2011 r., oświadczenie Lenovo złożone w dniu 3 lutego 2011 r. przez Konsorcjum w tym zakresie jest nieprawdziwe.

Konsorcjum: WebTradeCenter zgłosiło w dniu 18 lutego 2011 r., z zachowaniem terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 Pzp, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Przystępujący wskazał, iż w treści wymogu zawartego w pkt c rozdziału VI zamawiający alternatywnie wymagał złożenia zaświadczenia/certyfikatu Lu wydruku ze strony internetowej. Stwierdził, iż w ramach uzupełnienia w dniu 17 stycznia 2011 r. złożył wymagany dokument. Podniósł, iż odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone w toku rozprawy przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Odwołujący wykazał bowiem, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w odwołaniu. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji, a tym samym, w wyniku ponownej oceny ofert, po odrzuceniu oferty Konsorcjum WebTradeCenter, oferta ta podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Izba dopuściła w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum WebTradeCenter.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W Rozdziale III siwz „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie 20 tabeli zamawiający podał wymaganie minimalne dla parametru „Normy” „Certyfikat Energy Star w wersji co najmniej 4.0 dla oferowanego modelu komputera – aby oferowany model komputera znajdował się na liście produktów certyfikowanych przez U.S. Environmental Protection Agency (EPA [www.energystar.gov](http://www.energystar.gov)) i był uprawniony do oznaczenia logo Energy Star w wersji co najmniej 4.0 (załączyć do oferty).” Natomiast w Rozdziale VI siwz „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w pkt. C, zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia powyższego wymogu należy przedłożyć: „zaświadczenie/certyfikat potwierdzający, że komputer spełnia wymagania normy ENERGY STAR w wersji co najmniej 4.0 lub wydruk ze strony potwierdzający, że model komputera znajduje się na liście produktów certyfikowanych przez U.S. Environmental Protection Agency i jest uprawniony do oznaczenia logo Energy Star w wersji co najmniej 4.0.”

W ocenie Izby, powyższe wymagania zawarte w różnych miejscach specyfikacji nie są identyczne. Wymaganie zawarte w pkt 20 tabeli opisu przedmiotu zamówienia jest węższe w porównaniu z wymaganiami opisującymi dokumenty jakie wykonawca musi złożyć w celu potwierdzenia spełnienia wymagania (Rozdział VI pkt C).

Biorąc pod uwagę powyższą rozbieżność, a tym samym brak jednoznaczności treści siwz w powyższym zakresie, Izba stwierdziła, że wymagania co do spełnienia normy Energy Star przez oferowany przedmiot zamówienia nie sposób interpretować zawężająco, przyjmując, iż zaoferowany komputer powinien być certyfikowany i znajdować się na liście produktów certyfikowanych przez U.S. Environmental Protection Agency, jak twierdził odwołujący. W ocenie Izby, wobec stwierdzonych rozbieżności w siwz treści wymogu, należy go interpretować zgodnie z brzmieniem zawartym w Rozdziale VI pkt C, tj. o szerszym zakresie. Izba wskazuje, że warunek określony w siwz w sposób niejednoznaczny nie może być interpretowany na etapie oceny ofert zawężająco, gdyż stanowiłoby to naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji. Błąd leżący po stronie zamawiającego w sformułowaniu wymagania co do rodzaju dokumentów, które wykonawcy muszą przedłożyć, nie może na etapie oceny ofert obciążać wykonawcy, który złożył ofertę kierując się (niejednoznacznym) brzmieniem zawartego w specyfikacji wymagania. Tym samym należy przyjąć, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał i zarazem dopuścił,

aby zaoferowany komputer spełniał wymagania normy Energy Star (w wersji co najmniej 4.0) lub też znajdował się na liście produktów certyfikowanych przez U.S. Environmental Protection Agency i był uprawniony do oznaczenia logo Energy Star (w wersji co najmniej 4.0). W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawcy musieli złożyć odpowiednio następujące dokumenty: „zaświadczenie”/ „certyfikat” lub „wydruk ze strony”.

W świetle ustalonej treści siwz zamawiający wymagał zatem złożenia zaświadczenia lub certyfikatu w celu potwierdzenia, że „komputer spełnia wymagania normy Energy Star w wersji co najmniej 4.0”. Zamawiający nie wymagał tym samym potwierdzenia samego faktu certyfikacji produktu przez U.S. Environmental Protection Agency lecz potwierdzenia spełniania wymagań określonej normy („Energy Star”) oraz prawa do oznaczania produktu logo „Energy Star” w wersji co najmniej 4.0”, co jest możliwe zarówno przez certyfikację produktu jak również kwalifikację produktu do Energy Star przez producenta.

Możliwość kwalifikacji produktu i wykonania testów na zgodność produktu z normą Energy Star przez producenta została przewidziana w ramach obowiązujących do stycznia 2011 r. procedur w powyższym zakresie. Wynika to z treści Załącznika Część VIII Załącznika do Umowy - Decyzja Komisji z dnia 16 czerwca 2009 r. *określająca stanowisko Wspólnoty w odniesieniu do decyzji podmiotów zarządzających, na mocy Umowy między rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki, a Wspólnotą Europejską, w sprawie koordynacji programów znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych, dotyczącej zmiany specyfikacji komputerów w części VIII załącznika C do Umowy*, złożona przez przystępującego w toku rozprawy. Powyższy dokument określa zasady kwalifikacji produktu przez producenta do Energy Star, w tym także szczegółowe wymagania dotyczące koniecznych do przeprowadzenia testów i badań produktu.

W świetle powyższego należy uznać, że złożona w dniu 17 stycznia 2011 r. przez Konsorcjum WebTradeCenter, w ramach uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, EKO deklaracja stanowi zaświadczenie producenta – firmy Lenovo, że zaoferowany przez ww. wykonawcę komputer Think Centre M70z spełnia wymagania normy Energy Star w wersji 5.0, a tym samym potwierdza spełnienie wymagania zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W złożonej deklaracji producent potwierdził jednoznacznie (na pierwszej stronie ww. dokumentu), że oferowany komputer spełnia wymagania normy „Energy Star”. Jest to dokument wystawiony po wykonaniu testów i przeprowadzeniu stosownych badań, które pozwalają na kwalifikację i oznaczenie oferowanego produktu, jako Energy Star.

Dodatkowo, okoliczność, że zaoferowany przez przystępującego komputer Think Centre M70z spełnia wymagania normy Energy Star w wersji 5.0, a tym samym potwierdza

spełnienie wymagania zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, została jednoznacznie potwierdzona w oświadczeniach złożonych przez producenta oferowanego komputera - firmę Lenovo (pismo z dnia 2 lutego 2011 r.), jak i w treści wydruku ze strony internetowej Energy Star, przedłożonym przez przystępującego na rozprawie, w którym stwierdza się, że zaoferowany komputer jest zgodny z wymaganiami Energy Star w wersji 5.0 oraz w przypadku wprowadzenia go do sprzedaży, może być oznaczony logo Energy Star.

Okoliczności powyższe potwierdzone zostały również w korespondencji elektronicznej pracownika firmy Lenovo do odwołującego, której wydruk odwołujący złożył w toku rozprawy. Pracownik firmy Lenovo - wskazany w EKO deklaracji do kontaktu w sprawie informacji zawartych w omawianej deklaracji - potwierdził jednoznacznie, że oferowany przez przystępującego komputer spełnia wymogi Energy Star.

Podkreślić przy tym należy, że odwołujący opierał swoje twierdzenia w odwołaniu, jak i toku rozprawy, jedynie na swoich wątpliwościach, natomiast nie przeprowadził żadnych dowodów na okoliczność, że złożona przez przystępującego EKO deklaracja jest nieprawdziwa lub zawarte w niej informacje są nieprawdziwe, jak podnosił w toku postępowania. Odwołujący nie wykazał także, że złożone przez producenta komputera – firmę Lenovo oświadczenia są w całości lub choćby w części nieprawdziwe. Zgodnie natomiast z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 6 k.c., to na odwołującym podnoszącym zarzuty (na tym, kto twierdzi) spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi on skutki prawne.

I tak, nie sposób zgodzić się także z twierdzeniem odwołującego, iż złożona EKO deklaracja nie ma formy certyfikatu ani zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, gdyż jak wskazano powyżej producent może powyższe zaświadczenie (deklarację) wystawić. Natomiast brak zaoferowanego modelu komputera na liście produktów certyfikowanych przez U.S. Environmental Protection Agency, która jest publikowana na stronie [www.energystar.gov](http://www.energystar.gov). nie oznacza niezgodności treści oferty z wymaganiami siwz, ponieważ to wymaganie zostało określone w siwz jako alternatywne w stosunku do potwierdzenia zgodności z wymaganiami normy Energy Star w formie zaświadczenia lub certyfikatu.

Na stronie internetowej firmy Lenovo nie jest zamieszczona środowiskowa karta zaoferowanego przez przystępującego komputera, co nie oznacza, że zawarte w niej informacje są nieprawdziwe. Zauważyć należy, iż zgodnie z wydrukiem z tej strony załączonym przez odwołującego, znajduje się na niej oświadczenie firmy Lenovo, iż „karta Deklaracji EKO jest dostępna dla każdego z naszych produktów”.



W dodatkowych informacjach zawartych na pierwszej stronie deklaracji EKO producent potwierdził, że produkt ThinkCentre M70z spełnia wymagania ENERGY STAR 5.0., a nie że jest certyfikowany, jak twierdził odwołujący. Natomiast fakt, iż w deklaracjach użyte są różne czcionki w wypełnianych polach nie dowodzi, w ocenie Izby, że informacje zawarte w tych dokumentach są nieprawdziwe. Nie dowodzi tego również okoliczność, iż wzór EKO deklaracji jest dostępnym formularzem publikowanym przez ECMA (Ecma International - European association for standardizing information and communication systems) na stronie internetowej tej instytucji.

Brak podpisu na EKO deklaracji i brak jej publikacji na stronie producenta nie jest dowodem na to, że zawiera ona nieprawdziwe informacje lub nie stanowi zaświadczenia producenta na zgodność z daną normą. Zauważyć należy, że formularz ten nie zawiera miejsca do złożenia podpisu. Jest to jednak dokument identyfikujący w sposób jednoznaczny przedmiot - produkt oraz jego producenta, zawierający szczegółowe wyniki wykonanych testów dla określonych produktów i ich modeli. Biorąc pod uwagę, że dokument ten jest dopuszczony w obrocie w ramach standaryzacji procedur międzynarodowych, należy uznać, że przewidziana dla niego forma jest prawidłowa. Przeciwnie twierdzenia i wątpliwości odwołującego nie znajdują jakiegokolwiek oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym.

W świetle powyższego brak jest podstaw by przyjąć, że dokonując wyboru oferty złożonej przez przystępującego, jako najkorzystniejszej zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 lub ust. 3 Pzp. Jak ustalono w toku postępowania oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, jako oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wykazania zgodności z normą Energy Star.

Uwzględniając ustalony stan faktyczny i przedstawioną przez odwołującego argumentację, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp może być podnoszony wobec treści ogłoszenia lub siwz, a zatem, na tym etapie postępowania (na etapie oceny ofert) jest to zarzut spóźniony.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 4 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:**

.....