

Sygn. akt: KIO/UZP 1465/09

**WYROK**  
z dnia 24 listopada 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie:** Barbara Bettman

Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Koncept - L. S.A., 03-310 Warszawa, ul. Odrowąża 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, 00-950 Warszawa, Pl. Bankowy 3/5** protestu z dnia 15 września 2009 r.

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Koncept - L. S.A., 03-310 Warszawa, ul. Odrowąża 15**

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 uiszczanego przez **Koncept - L. S.A., 03-310 Warszawa, ul. Odrowąża 15,**
- 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 **Koncept - L. S.A., 03-310 Warszawa, ul. Odrowąża 15.**

### **U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup drukarek i czytników kodów kreskowych, prowadzonym przez zamawiającego - Miasto Stołeczne Warszawa, w trybie przetargu nieograniczonego, wykonawca Koncept - L S.A., zwany dalej protestującym lub odwołującym złożył protest na:

1. zaniechanie odrzucenia oferty Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. (dalej IST Sp. z o.o.), pomimo iż na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z 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 oferta ta podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ),
2. wybór oferty IST Sp. z o.o. pomimo, że podlega odrzuceniu.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty IST Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty IST Sp. z o.o.,
4. odrzucenie oferty spółki ASKA S.C. Alicja i Stefan Kwiatkowscy,
5. wybór oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

Niezgodność treści oferty IST Sp. z o.o. z treścią SIWZ protestujący wiąże z treścią załącznika nr 5 do SIWZ, gdzie zamawiający określił zakres szerokości drukowanych etykiet, tj. druk etykiet o szerokości 56 mm oraz wskazaniem w ofercie IST Sp. z o.o. - w załączonej ulotce - maksymalnej szerokość etykiet używanych przez tę drukarkę

wynoszącej 54 mm, a także wskazaniem w instrukcji producenta (SEIKO) oferowanej przez IST Sp. z o.o. drukarki maksymalnej szerokość wynoszącej 48 mm.

Niezgodność treści oferty IST Sp. z o.o. z treścią SIWZ protestujący wiąże także z treścią załącznika nr 5 do SIWZ, zmienionego pismem z dnia 22.07.2009 r., gdzie zamawiający określił szybkość drukowania wynoszącą co najmniej 100mm/s, a także wskazaniem przez IST Sp. z o.o. w załączonej do oferty ulotce jako szybkości "as fast as one label per second", czyli "nawet 1 etykietę na sekundę".

Protestujący podniósł, że określenie "nawet 1 etykieta na sekundę" nie pozwala na nawet przybliżone określenie szybkości, z jaką drukuje drukarka, a nadto, że wykonawca IST Sp. z o.o., zapewniając zamawiającego o zgodności oferowanego sprzętu z SIWZ wprowadził go w błąd, ponieważ z informacji uzyskanych z Działu Wsparcia Technicznego firmy SEIKO szybkość drukowania dla modelu drukarki SLP450 wynosi 46,5 mm/s.

Odnosnie zaoferowanych przez protestującego czytników kodów kreskowych zgodność treści swojej oferty z treścią SIWZ protestujący wiąże z treścią pisma zamawiającego z dnia 22.07.2009 r., gdzie zamawiający określając szybkość skanowania posłużył się alternatywą dwóch parametrów 60 linii/sek lub 210 skanów/sek., które przez producentów czytników są w istocie traktowane jako jeden i ten sam parametr, przy czym odwołujący podał także jako tożsamy parametr „odczytów na sekundę” (zastosowany w przypadku Datalogic Quick Scan L).

Odnosnie zaoferowanych przez protestującego drukarek zgodność treści swojej oferty z treścią SIWZ protestujący wiąże jedynie z orientacyjnym charakterem informacji producenta tam zawartych, który pozostawia sobie możliwość zmiany ich treści w każdym momencie, co jest napisane na dole każdej ulotki o produkcie oraz przygotowaniem dla Koncept - L specjalnego wariantu drukarki OS-214plus (Drukarka Argox OS-214plus, w wersji K - OS-214plus/K), która drukuje z prędkością do 102mm/sek.

Zamawiający protest oddalił, opierając swoją decyzję na treści instrukcji załączonej do protestu (str. 14), gdzie wskazano maksymalną szerokość (max. width) obsługiwanych przez drukarkę etykiet jako 58 mm oraz na tym, że w SIWZ zamawiający nie wyspecyfikował parametru w postaci maksymalnej szerokości wydruku, który dla drukarki zaoferowanej przez IST Sp. z o.o. wynosi 48 mm. Odnosnie zaoferowanych przez IST Sp. z o.o. drukarek zamawiający oparł się na instrukcji tych drukarek, z której wynika, że czas wydruku etykiety wynosi 1 sek. oraz na stronie internetowej producenta drukarek, wskazującej na obsługiwanie etykiet o długości 101 mm.

Zamawiający podniósł, że protestujący nie oprotestował czynności odrzucenia jego oferty, wobec czego w dniu 18.09.2009 r. przestał być uczestnikiem przedmiotowego postępowania.

W odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż treść oferty tej oferty odpowiada treści SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż oferta ta jest zgodna z ustawą Pzp,
3. art. 180 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, że odwołujący nie oprotestował czynności odrzucenia jego oferty, przez co przestał być uczestnikiem postępowania, pomimo że ze złożonego przez odwołującego oświadczenia woli (protestu) wynikało jednoznacznie, że oprotestowana jest również czynność odrzucenia jego oferty, a we wnioskach zawarte było żądanie dokonania ponownej oceny złożonych ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez stosowanie dowolnych kryteriów oceny odrzucenia ofert przez zamawiającego, co prowadzi do rażąco nierównego traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu z udziałem oferty odwołującego,
4. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w kwestii niezgodności z SIWZ oferty spółki IST Sp. z o.o. oraz nieuprawnionego jej wyboru.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, a także przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania w zakresie dotyczącym zarzutu odrzucenia złożonej przez niego oferty, ponieważ potwierdził się, że zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę odwołującego, oznaczałoby dla niego szansę na uzyskania

przedmiotowego zamówienia, skoro jego oferta byłaby wówczas ofertą z najniższą ceną, zaś cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wątpliwości składu orzekającego Izby nie budził fakt, że odwołujący objął treścią protestu zarzut odrzucenia jego oferty, ponieważ w żądaniach protestu zawarł dokonanie wyboru oferty spółki Koncept - L S.A. oraz argumentację przemawiającą za uznaniem jego oferty za zgodną z treścią SIWZ.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę IST Sp. z o.o. został podniesiony w proteście z dnia 15.09.2009 r., tj. z przekroczeniem 7 - mio dniowego terminu ustawowego, przewidzianego przepisem art. 180 ust. 2, mającym zastosowanie do przedmiotowego postępowania, prowadzonego dla wartości poniżej tzw. progów unijnych, tj. w postępowaniu, w którym wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i wynosi równowartość 192 386,48 euro (ZP-2 Część ogólna pkt 2).

Niezależnie od powyższego, skład orzekający stwierdził, że przeszkodą w rozpoznaniu tego zarzutu jest brak po stronie odwołującego interesu prawnego w kwestionowaniu oferty wykonawcy IST Sp. z o.o., ponieważ status oferty tegoż wykonawcy pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia. O ile bowiem odwołujący wykazałby niezasadność odrzucenia przez zamawiającego złożonej przez niego oferty, odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, niezależnie od losu oferty wykonawcy IST Sp. z o.o.

Skład orzekający odmówił zaliczenia w poczet materiału dowodowego:

1. specyfikacji Honeywell Metrologie MS9520, Motorola Symbol LS2208, Datalogic Quick Scan L,

2. ulotki producenta drukarek Argox,

ponieważ zostały złożone przez odwołującego wyłącznie w języku angielskim, co jest sprzeczne z § 18 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187 poz. 1327 z późn. zm.), zgodnie z którym wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona, która się na nie powołuje przedstawia ich tłumaczenie na język polski, poświadczone przez tłumacza przysięgłego.

Skład orzekający odmówił także zaliczenia w poczet materiału dowodowego:

1. korespondencji mailowej z Działem Wsparcia Technicznego SEIKO,

2. ulotki oraz korespondencji mailowej z Działem Wsparcia Technicznego spółki SEIKO,
3. ulotki drukarki SLP450,

złożonych przez odwołującego wraz z protestem, ponieważ zostały zgłoszone w związku z zarzutami dotyczącymi zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy IST Sp. z o.o., które nie mogły być przez Izbę rozpoznane, o czym była mowa wyżej. Nadto część tych materiałów została złożona wyłącznie w języku angielskim.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

W Załączniku nr 5 do SIWZ, określającym wymagania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia zamawiający zażądał dla czytników kodów kreskowych szybkości skanowania minimum 60 linii/sek lub 210 linii/sek., zaś dla drukarek kodów kreskowych prędkości minimalnej 100 mm/sek. Pismem z dnia 23.07.2009 r. (BI/TOS/0717-96/09) zamawiający zmodyfikował swoje wymagania w tym zakresie, żądając w przypadku czytników kodów kreskowych szybkości skanowania minimum 60 linii/sek lub 210 skanów/sek., zaś w przypadku drukarek kodów kreskowych prędkości 100 mm/sek.

Odwołujący zaoferował czytniki kodów kreskowych Agrox AS-8150 (str. 5 oferty, pozycja 1, kolumna 2 „Oferowane urządzenie”) oraz drukarki kodów kreskowych Argox OS-214Plus (str. 5 oferty, pozycja 4, kolumna 2 „Oferowane urządzenie”).

Odwołujący potwierdził na rozprawie, że urządzenie Agrox AS-8150 ma prędkość 200 skanów/sek. Nie zakwestionował także informacji zamawiającego, opartej na załączonej do oświadczenia odwołującego z dnia 09.09.2009 r. ulotki, iż drukarka Argox OS-214Plus ma prędkość 51-76 mm/s.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że zaoferowane czytniki kodów kreskowych nie spełniają wymogu zamawiającego w zakresie żądanej minimalnej szybkości skanowania nie potwierdził się.

Odwołujący twierdził, że prędkość skanowania producenci czytników kodów kreskowych podają w różny sposób. Jest to kwestia niesporna biorąc pod uwagę fakt, że sam zamawiający dopuścił dwie alternatywnie wyrażone prędkości skanowania, tj. 60 linii/sek lub 210 skanów/sek.

Odwołujący zaoferował czytnik pracujący z prędkością 200 skanów/sek, co w ocenie składu orzekającego Izby oznacza, że urządzenie nie spełnia postawionego przez zamawiającego wymogu, ponieważ w takim przypadku - wobec podania prędkości w skanach/sek. konieczne jest jej przyrównania do wartości żądanej przez zamawiającego również wyrażonej w taki sam sposób, tj. w skanach/sek. Porównywanie parametrów ma

sens jedynie wówczas, gdy są one wyrażone w tych samych jednostkach lub wówczas, gdy istnieje sposób na ich „przeliczenie”, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Nie wiadomo bowiem z jaką prędkością wyrażoną w liniach/sek. działa drukarka, której prędkość podano w skanach/sek.

W ocenie składu orzekającego Izby, odwołujący nie wykazał, że szybkość skanowania 60 linii/sek jest tożsama z szybkością 200 skanów/sek., a to na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia tego faktu.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że zaoferowane drukarki kodów kreskowych nie spełniają wymogu zamawiającego w zakresie żądanej minimalnej prędkości nie potwierdził się.

Odwołujący nie kwestionował, że drukarka kodów kreskowych Argox OS-214Plus nie spełnia wymagania zamawiającego co do żądanej minimalnej prędkości 100 mm/sek., jednak podnosił, że na potrzeby przedmiotowego przetargu firma Argox przygotowała dla odwołującego wariant drukarki Argox OS-214Plus w wersji K (OS-214plus/K), która drukuje z prędkością do 102 mm/sek. Na rozprawie przyznał jednak, że zamawiający nie mógł na podstawie treści oferty odwołującego wiedzieć, że odwołujący zaoferował drukarkę w wersji K o większej prędkości niż wersja podstawowa (bez K).

Skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie zaoferował w przedmiotowym postępowaniu drukarki Argox OS-214plus w wersji K, ale drukarkę Argox OS-214plus, co wynika wprost z treści oferty odwołującego.

Fakt, że istnieje drukarka Argox OS-214plus w wersji K, która osiąga prędkość 102 mm/sek pozostaje bez znaczenia skoro ponad wszelką wątpliwość odwołujący zaoferował drukarkę Argox OS-214plus nie osiągającą prędkości 100 mm/sek. Fakt ten przesądza o konieczności uznania, że zaoferowana drukarka nie spełnia wymagania minimalnego zamawiającego w zakresie prędkości.

Trafnie też podnosił zamawiający na rozprawie, że zmiana treści oferty, poprzez zmianę oznaczenia zaoferowanej drukarki (poprzez dopisanie symbolu „K”) byłaby sprzeczna z ustawą i naruszałaby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....