

Sygn. akt: KIO 2513/18

WYROK
z dnia 17 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2018 r. przez **Wykonawcę – TPI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Bartyckiej 22 (00-716 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie**, ul. Marsa 110 (04-470 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy – „Leica Geosystems” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Przasnyskiej 6B (01-756 Warszawa)

orzeka:

- 1 **Oddala odwołanie.**
- 2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – TPI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę TPI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Wykonawcy TPI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie (RBLog) na *dostawę zestawu tachimetru skanującego* (nr sprawy: D/184/2018), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.10.2018 r., nr 640547-N-2018, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. Leica Geosystems Sp. z o.o., podlegającej odrzuceniu, Wykonawca TPI Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 5 grudnia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2513/18).

Zamawiający przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołującemu w dniu 30.11.2018 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy Pzp:

- 1) art. 91 ust. 1 poprzez wybór najkorzystniejszej oferty Leica Geosystems Sp. z o.o., podlegającej odrzuceniu, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Leica Geosystems Sp. z o.o. pomimo, iż nie spełnia ona wymogów określonych w siwz, która to niezgodność nie może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania ofert, odrzucenie oferty Leica i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Przedmiotem zarzutów jest dostawa kompletnego (gotowego do pracy) zestawu tachimetru skanującego, spełniającego wymagania, w tym m.in. dotyczące wagi – poniżej 7,5 kg.

Zaoferowany przez Leica zestaw to urządzenie Leica Geosystems model MS60, którego wagę wpisano bez baterii, tj. 7,3 kg, jako waga urządzenia gotowego do pracy (formularz oferty, załącznik nr 3 do siwz). Waga urządzenia z baterią wynosi 7,7 kg, co potwierdza producent na oficjalnej stronie internetowej (MultiStation z bateriami). Wyjaśnienia, które mają wykazać zastosowanie baterii spoza zaoferowanego zestawu, jako niewiarygodne powinny prowadzić do wniosku, że oferta jest niezgodna z siwz.

Zamawiający pierwotnie, tj. w dniu 20.11.2018 r. odrzucił ofertę Leica, jako niezgodną z siwz, której treści nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, a następnie w dniu 22.11.2018 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i w dniu 30.11.2018 r. dokonał wyboru oferty Leica.

Do postępowania odwoławczego w dniu 7.12.2018 r. przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Leica Geosystems Sp. z o.o.

Zamawiający w piśmie z dnia 13.12.2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Przed otwarciem rozprawy na posiedzeniu niejawnym Odwołujący podtrzymał w całości odwołanie. Na podstawie art. 189 ust. 4 Ustawy odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Odwołujący wniósł odwołanie na powtórzoną czynność oceny oferty Wykonawcy Leica Geosystems Sp. z o.o. (dalej zwany „Leica”), wcześniej uznaną za niezgodną z siwz, a ostatecznie wybraną jako najkorzystniejsza. Odwołujący złożonym odwołaniem zmierza do ustalenia wyniku postępowania, w którym to jego oferta zostałaby wybrana, jak miało to miejsce przy pierwotnej czynności oceny jego oferty oraz oferty Leica – uznanej za niezgodną z siwz.

W świetle przedstawionych okoliczności Izba uznała, iż stanowiąca przedmiot zarzutów czynność badania oferty Leica, mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż konsekwencją uznania oferty za zgodną z treścią siwz był jej wybór, jako oferty najkorzystniejszej. Okoliczności podniesione w podstawie zarzutów wskazują, iż uzasadnionym stało się złożenie odwołania, którego żądania zmierzały do uchylenia niekorzystnego dla Odwołującego wyniku postępowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Leica, stanowisk stron oraz uczestnika prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia opisany został przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do siwz, jako *kompletny (gotowy do pracy) zestaw tachimetru skanującego do pracy jednoosobowej o*

wymienionych parametrach minimalnych. Parametry te zostały opisane w lit od a do d tabeli, odpowiednio dla elementów zestawu, tj. urządzeń: tachimetr (lit. a), kontroler (lit. b), oprogramowanie do kontrolera (lit. c), akcesoria (lit. d). W odniesieniu do tachimetru waga urządzenia została opisana jako: *Waga tachimetru poniżej 7,5 kg*, natomiast przy wadze kontrolera Zamawiający wskazał na: *Waga z kompletem baterii poniżej 1,2 kg (Zamawiający dopuszcza poniżej 1,5 kg)*. W opisie akcesoriów znalazły się pozycje: baterie producenta do tachimetru minimum 2 sztuki oraz baterie producenta do kontrolera minimum 1 sztuka.

Urządzenie tachimetr służy do wykonywania pomiarów i jest instalowane na statywie (w opisie akcesoriów wskazany jako: *Drewniany ciężki statyw z zaciskami*), natomiast kontroler pełni funkcję pilota zdalnie sterującego pracą tachimetru instalowanego na tyczce (w opisie akcesoriów wskazana jako: *Tyczka kompozytowa*).

Leica zaoferował urządzenie MS60 produkcji Leica Geosystems o parametrach opisanych w formularzu oferty, w tym dla urządzenia tachimetr waga określona została, jako *7,3 kg bez baterii*. Wykonawca uwzględnił w ofercie po 2 szt. baterii producenta do tachimetru oraz do kontrolera. Odwołujący uwzględnił w ofercie koszt 3 baterii, w tym 2 szt. do tachimetru oraz 1 szt. do kontrolera.

Pismem z dnia 20.11.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty TPI Sp. z o.o. (Odwołującego) oraz odrzuceniu oferty Leica, jako niezgodnej z siwz w zakresie dotyczącym parametrów: „dokładności pomiaru kąta”, „dokładności pomiaru na pryzmat” oraz „wagi tachimetru”. Po zapoznaniu się z danymi technicznymi Zamawiający stwierdził, iż urządzenie tachimetr wraz z baterią waży 7,7 kg., tj. więcej niż oczekiwana wartość.

Leica pismem z 21.11.2018 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o ponowne badania i ocenę ofert, wskazując na błędy popełnione przy ocenie jego oferty. W odniesieniu do parametru wagi Wykonawca podniósł, iż w opisie dotyczącym parametrów tachimetru Zamawiający nie wskazał w siwz, aby wartość „poniżej 7,5 kg” odnosiła się do wagi urządzenia wraz z wyposażeniem dodatkowym (baterią).

W odpowiedzi Zamawiający wezwał Wykonawcę Leica pismem z dnia 22.11.2018 r. do wyjaśnienia treści oferty i wskazanie dokładnej wagi oferowanego gotowego do pracy tachimetru (z baterią).

Wykonawca w piśmie z dnia 26.11.2018 r. wskazał, iż tachimetr spełnia parametr wagi poniżej 7,5 kg, ponownie wskazując, iż w żadnym miejscu siwz nie precyzuje, aby ta waga miała uwzględniać baterie, inaczej niż w przypadku kontrolera, gdzie Zamawiający dookreślił parametr wagi dla kontrolera wraz z kompletem baterii poniżej 1,5 kg. Opis kompletnego (gotowego do pracy) tachimetru zawarty jest w lit od a do d, co uwzględnia baterie jako

wyposażenie dodatkowe tachimetru. waga tachimetru jako część kompletnego (gotowego do pracy) zestawu wynosi 7,3 kg, a z baterią (jak określił to Zamawiający w wezwaniu) wynosi 7,7 kg. W ocenie Wykonawcy wymaganie dotyczące wagi tachimetru nie pozwalało Zamawiającemu oceniać urządzenia z uwzględnieniem wagi dodatkowych akcesoriów (np. baterii).

Pismem z dnia 30.11.2018 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Leica.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba miała na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) - OPZ, ofertę Leica, w której zaoferowano tachimetr MS60 produkcji Leica Geosystems Sp. z o.o.

Zasadniczym w sporze było ustalenie, czy w świetle wymagań przedmiotowych opisanych w załączniku nr do 1 do siwz, parametr dotyczący wagi tachimetru należało odnieść do samego urządzenia, czy też urządzenia wraz z baterią. Przy interpretacji prezentowanej przez Odwołującego urządzenie MS60 nie spełniałoby parametru minimalnego, gdyż łącznie z baterią tachimetr waży 7,7 kg, przy parametrze opisanym jako *poniżej 7,5 kg*. Leica w ofercie wskazał wagę tachimetru 7,3 kg bez baterii. Zamawiający przy pierwszej ocenie oferty Leica ustalił wagę dla tachimetru wraz z baterią i na tej podstawie podjął decyzję o odrzuceniu tej oferty, jako niezgodnej z siwz. Dopiero pismo Leica zawierające odmienną wykładnię zapisów siwz, doprowadziło do zmiany spojrzenia przez Zamawiającego na opis parametru wagi tachimetru.

W świetle tak ustalonego przedmiotu sporu ocenie Izby podlegała decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Leica, jako zgodnej z siwz, tj. spełniającej parametr wagi poniżej 7,5 kg dla urządzenia tachimetr. Nie było przy tym sporne, iż urządzenie MS60 wraz z baterią przekracza wagę dopuszczoną przez Zamawiającego, która wynosi 7,7 kg. Nie budziło również wątpliwości, iż przedmiot zamówienia stanowi zestaw urządzeń gotowych do pracy, czyli pozwalających na wykonywanie pomiarów w terenie, co wymaga zapewnienie źródła zasilania, jakim dla tego zamówienia są baterie w urządzeniu tachimetr oraz kontroler, objęte zamówieniem (akcesoria). Pewna wątpliwość, jaka powstała w trakcie rozprawy dotyczyła ustalenia ilości baterii, jakiej Zamawiający oczekiwał, co jednak nie odnosiło się do istoty zarzutu, jakim była niezgodność oferty Leica pod względem wagi tachimetru wraz z baterią.

Uwzględniając zapisy siwz, w tym w szczególności odmienny sposób opisu parametru wagi dla elementów zamawianego zestawu, jakimi są tachimetr oraz kontroler, Izba doszła do

przekonania, iż spełniającym parametr wagi poniżej 7,5 kg dla tachimetru było ustalenie wagi samego urządzenia bez baterii, jak przedstawił to w ofercie Wykonawca Leica. Powyższe w żaden sposób nie ingeruje w opis przedmiotu zamówienia, w szczególności nie stoi w opozycji do wymogu zaofiarowania kompletnego urządzenia (gotowego do pracy), tj. tachimetru wraz z bateriami w ilości minimum 2 szt. W ocenie Izby, przyjęcie odmiennej wykładni parametru dotyczącego wagi tachimetru, prezentowanej przez Odwołującego, stałoby w sprzeczności z literalną wykładnią opisu parametru, jak również nie uwzględniałoby znaczenia sposobu opisu pozostałych parametrów, określających zamawiany komplet tachimetru, na który składały się obok samego tachimetru również kontroler, oprogramowanie do kontrolera oraz akcesoria, w tym baterie. Mając na uwadze opis wagi dotyczący kontrolera oraz tachimetru Izba doszła do wniosku, iż zapis siwz dla tachimetru wyznaczał limit wagi dla samego urządzenia bez baterii inaczej, niż miało to miejsce przy opisie parametru dla kontrolera, gdzie Zamawiający wprost wskazał na wagę urządzenia wraz z baterią. Odwoływanie się do opisu przedmiotu zamówienia, w którym mowa jest o urządzeniu gotowym do pracy, odnosi się do opisu całego kompletu, a więc również akcesoriów wyszczególnionych w lit d załącznika nr 1 do siwz. Dotyczy to tak baterii, jak i statywów, czy też tyczki, wykorzystywanych do pracy z tachimetrem w terenie. Istotnym w sprawie nie było to, czy urządzenie zostało zaofiarowane wraz z baterią (oferta Leica taką pozycję uwzględnia) ale ustalenie, czy parametr wagi należało odnieść do tachimetru wraz z baterią. W ocenie Izby, zapisy siwz nie pozwalały przyjąć, aby parametr tachimetru oceniać w sposób, w jaki zostało to opisane dla kontrolera. Wykonawca mógł zakładać, iż skoro Zamawiający w odmienny sposób opisał parametr wagi poszczególnych elementów zamawianego zestawu, to działanie to było przemyślane i celowe. W ocenie Izby, takim logicznym uzasadnieniem, dodatkowo wzmacniającym sens rozróżnienia opisu parametru wagi obu urządzeń był sposób, w jaki tachimetr oraz kontroler są obsługiwane. Kontroler wymaga trzymania w ręce tyczki, na której jest zamontowany i pozwala zdalnie obsługiwać tachimetr, do pracy którego przewidziany został drewniany ciężki statyw z zaciskami, przy którym waga urządzenia traci na znaczeniu.

Podsumowując, zasadniczo o oddaleniu odwołania przesądził odmienny sposób opisu w siwz parametru wagi tachimetru oraz kontrolera, znajdujący uzasadnienie w sposobie użytkowania obu urządzeń, składających się na zestaw gotowy do pracy. Nie miało znaczenia dowodzenie przez Odwołującego, iż tachimetr wymaga źródła zasilania, co miało uzasadniać wykładnię, przy której należałoby uwzględnić w parametrze wagi tachimetru również wagę baterii. Taki wniosek wykraczał poza literalne brzmienie siwz, przy wykładni której należało uwzględnić okoliczność wynikającą z różnego sposobu opisu parametru „waga” w pozycji tachimetr oraz kontroler. Skoro Zamawiający w opisie parametru

dotyczącym tachimetru zrezygnował z potrzeby uwzględnienia wagi baterii, czy też innych akcesoriów, jak np. ciężkiego statywu, to uprawnionym był wniosek, iż waga gotowego do pracy urządzenia nie musiała uwzględniać wagi akcesoriów. Gdyby przyjąć inaczej, to dla ustalenia wagi gotowego do pracy tachimetru, należałoby również przyjąć wagę statywu, bez którego nie wykona się dokładnych pomiarów w terenie.

W świetle powyższego odwołanie na podstawie art. 192 ustawy podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości stwierdzonej rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy, tj. 3600 zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: