

WYROK
z dnia 29 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Marek Koleśnikow
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2012 r. przez wykonawcę **DDS Poland Sp. z o.o., ul. Kościerska 5, 80-328 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Organizację Turystyczną, ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Infobox Sp. z o.o., ul. Kraszewskiego 9, 43-400 Cieszyn**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża DDS Poland Sp. z o.o., ul. Kościerska 5, 80-328 Gdańsk i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **DDS Poland Sp. z o.o., ul. Kościerska 5, 80-328 Gdańsk**, tytułem wpisu od odwołania.

1

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 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....
.....

2

UZASADNIENIE

Zamawiający Polska Organizacja Turystyczna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wdrożenie sieci urządzeń prezentacyjnych” (nr postępowania 70/11). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem BF/AS-ZP/066-33/12.

Odwołujący DDS Poland Sp. z o.o. złożył odwołanie podnosząc następujące uchybienia przepisom regulującym prowadzenie postępowania przetargowego: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućcenie oferty iMedia Joanna Sawicka jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty iMedia Joanna Sawicka jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców na skutek czego wybrano w postępowaniu ofertę wykonawcy,

która jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty iMedia Joanna Sawicka jako najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu ponownej weryfikacji złożonej w postępowaniu o udzielenia zamówienia oferty iMedia Joanna Sawicka; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty iMedia Joanna Sawicka ze względu na niespełnienie wymogów wynikających z SIWZ wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu niniejszego odwołania; przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w celu oceny, czy obudowa urządzenia przedstawionego podczas testów przez iMedia Joanna Sawicka spełniała normę IP-65, a w przypadku negatywnego wyniku oceny nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty iMedia Joanna Sawicka; przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w celu wykazania, że cena z oferty iMedia Joanna Sawicka jest rażąco niska w stosunku do ceny rynkowej urządzenia o parametrach wskazanych w ofercie iMedia Joanna Sawicka; przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w celu oceny, czy specyfikacja techniczna urządzenia iMedia Joanna Sawicka odpowiada wymogom technicznym określonym w SIWZ, szczególnie w zakresie wymagań określonych w pkt. 2.1, 2.2 oraz 2.9 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ i czy zaproponowane przez iMedia Joanna Sawicka rozwiązanie układu chłodzenia składa się z elementów wymienionych w SIWZ oraz czy urządzenie chłodzące będzie w stanie efektywnie i

3

skutecznie ochronić informat przed efektem blackout /vide opinia biegłego w tym zakresie dla przetargu w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Pomorskiego, gdzie iMedia Joanna Sawicka zaoferowała również informaty zewnętrzne/; wystąpienie do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko - Mazurskiego z zapytaniem, czy w dacie składania ofert do Zamawiającego nastąpiła realizacja przez iMedia Joanna Sawicka dostawy sprzętu, wyposażenia i oprogramowania wraz z instalacją, konfiguracją i uruchomieniem dostarczonego sprzętu, wyposażenia i oprogramowania w zakresie niezbędnym do realizacji projektu "Rozbudowa infrastruktury szerokopasmowego dostępu do Internetu i sieci PIAP-ów w Województwie Warmińsko-Mazurskim", w celu stwierdzenia, czy referencje iMedia Joanna Sawicka spełniały wymogi 5.1.2. SIWZ; nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - zaniechanie odrzucenia oferty iMedia Joanna Sawicka jako nieodpowiadającej treści SIWZ

Zamawiający w załączniku nr 8 Opis Testów wskazał, iż wymaga dostarczenia na czas przeprowadzenia testów urządzenia wzorcowego zawierającego podzespoły o parametrach nie gorszych niż przewidywane przez wykonawcę dla realizacji zamówienia. Odwołujący zauważył, że wymagane było dostarczenie urządzenia spełniającego normę IP-65 oraz pozostałe wytyczne SIWZ. Wskazanie w SIWZ podzespołów, w tym określenie podsystemu zabezpieczenia termicznego (urządzenia grzejąco-chłodzącego) miało na celu zweryfikowanie kluczowych parametrów i funkcjonalności infokiosków zewnętrznych. W ocenie Odwołującego obudowa urządzenia prezentowanego przez iMedia Joanna Sawicka nie spełnia normy IP-65, który to obowiązek wynika z punktu 2.2.5 opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ wykonanie obudowy nie pozwala na zachowanie szczelności wynikającej z normy. Brak jest także wymaganych otworów wentylacyjnych oraz brakuje (lub źle został dobrany) system chłodzenia uniemożliwiający poprawną pracę elementów urządzenia i w konsekwencji całego infokiosku.

W tym zakresie Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy, który powinien dokonać oceny, czy urządzenie iMedia Joanna Sawicka spełnia surowe wymogi normy IP-65. W celu przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego Odwołujący wniósł o zobowiązanie iMedia Joanna Sawicka do dostarczenia urządzenia (dokładnie tego, które było prezentowane podczas testów).

Odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem 2.1.2 opisu przedmiotu zamówienia, przedmiot zamówienia powinien posiadać odpowiednie zabezpieczenia termiczne. Aby zapewnić takie

4

zabezpieczenie, urządzenie powinno być wyposażone w odpowiednio dobraną klimatyzację, gdyż tylko takie urządzenie jest w stanie spełnić wymogi specyfikacji w zakresie temperatur pracy i normy IP-65, szczególnie w zakresie wysokich temperatur panujących w okresie letnim. W ocenie Odwołującego urządzenie zaprezentowane przez iMedia Joanna Sawicka nie stosowało klimatyzacji dostosowanej do oferowanego urządzenia, co było bezpośrednią przyczyną nie zaliczenia testu nr 4 zgodnie z Załącznikiem nr 8 Opis Testów - Test odporności na efekt tzw. blackout, czyli miejscowy zanik wyświetlania obrazu spowodowany wzrostem temperatury powierzchni matrycy LCD na skutek działania promieni słonecznych, w pierwszym terminie. Z uwagi na utajnienie oferty w tym zakresie przez iMedia Joanna Sawicka, Odwołujący mógł tylko na podstawie obserwacji domniemywać, iż rozwiązanie które widział podczas instalacji urządzeń w czasie testów i montażu przez przedstawicieli firmy iMedia Joanna Sawicka nie było profesjonalnym systemem klimatyzacyjnym i istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że nie spełniało ono wymogów normy IP-65, jak również nie posiadało parametrów niezbędnych do poprawnej pracy wg wytycznych SOPZ zawartych w punkcie 2.2.6 i 2.2.7.

Odwołujący przywoływał fragment opinii biegłego powołanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie KIO 111/12, dotyczącej przetargu na dostawę infokiosków zewnętrznych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego (dalej „UMWP”). W sprawie tej wykonawcą iMedia Joanna Sawicka miał być podwykonawcą i miał dostarczać infokioski. Oferta została odrzucona z uwagi na niezgodność z SIWZ. W przytoczonej opinii biegły wskazywał przyczynę wystąpienia efektu „blackout”. W ocenie Odwołującego firma iMedia Joanna Sawicka w toku niniejszego postępowania, zaoferowała zbliżone rozwiązanie jakie znalazło się w ofercie Sprint S.A. dla przetargu w UMWP (a więc w postępowaniu w sprawach przed KIO 111/12). Według Odwołującego prezentowany infokiosk różnił się jedynie wyglądem zewnętrznym od przywołanego infokiosku prezentowanego w przetargu w UMWP, natomiast parametry techniczne i elementy składowe ma identyczne jak infokiosk prezentowany w ramach przetargu w UMWP.

Odwołujący podnosił, że zaliczenie testu na występowanie „blackout” przez wykonawcę iMedia Joanna Sawicka w dodatkowym terminie było możliwe tylko i wyłącznie dzięki temu, że test był przeprowadzony bardzo szybko po dostarczeniu urządzenia, które było przechowywane podczas transportu w temperaturach ujemnych lub zbliżonych do zera stopni Celsjusza, a temperatura na hali gdzie odbywały się testy wynosiła ok. 7-10 ° C i urządzenie nie zdążyło się odpowiednio nagrzać do temperatury będącej typowymi warunkami pracy dla tego typu urządzeń.

5

Ponadto oferowany przez iMedia infokiosk zewnętrzny nie posiadał na obudowie otworów wentylacyjnych, które zdaniem Odwołującego są niezbędne, aby zapewnić wymianę ciepłą. Bilans energetyczny zamkniętego urządzenia dla ekranu 46 to łącznie ok. 400-500 W. Odwołujący podniósł, że ze względu na szacowany przez niego na poziomie 516-790 W bilans energetyczny urządzenia, urządzenie klimatyzacji powinno posiadać parametry mocy chłodzącej co najmniej na poziomie 870 W, aby było w stanie zapewnić wymagane warunki temperaturowe wewnątrz urządzenia. Zdaniem Odwołującego, urządzenie oferowane przez iMedia Joanna Sawicka nie posiada odpowiedniego zabezpieczenia termicznego, a testy tego urządzenia zostały przeprowadzone w sposób nieprawidłowy, gdyż temperatura i warunki podczas testu (temperatura otoczenia ok. 7-10 ° C) były nieadekwatne do zweryfikowania narzuconych parametrów. Zdaniem Odwołującego, urządzenie dostarczone przez iMedia Joanna Sawicka nie spełnia normy IP-65 oraz nie posiada odpowiedniego systemu chłodzącego. Odwołujący powołał się także na treść wyjaśnień przesłanych do Zamawiającego w dniu 27 stycznia 2012 r. przez iMedia Joanna Sawicka, w których podano, że iMedia Joanna Sawicka posiada ponad jedenastoletnie doświadczenie w projektowaniu, produkcji oraz dostawie i instalacji infokiosków - w tym także w wykonaniu totემów z ekranami wielkoformatowymi oraz że zaprojektowanie, wykonanie i uruchomienie zaprezentowanego na testach infokiosku trwało 5 dni. Odwołujący podniósł, iż z jego wiedzy z zakresu znajomości charakterystyk temperaturowych oraz wymogów technicznych dla urządzeń zewnętrznych wynika, że nie jest możliwe opracowanie w tak krótkim czasie jak 5 dni

produktu o parametrach, spełniających wymagania SIWZ.

W ocenie Odwołującego, zgodnie z punktem 2.1.2 opisu przedmiotu zamówienia urządzenie będące przedmiotem oferty powinno wyłączać się przy temperaturze +50° (wartość graniczna dla systemu zabezpieczenia termicznego). Odwołujący zarzucił, że urządzenie wykonawcy iMedia Joanna Sawicka wyłącza się dopiero przy temperaturze +55° (co potwierdza materiał wideo). W efekcie może dojść do uszkodzenia w czasie eksploatacji komponentów urządzenia, które wytrzymują temperaturę do +40° lub +50° Powyżej C. Zszereżeniem Odwołującego, może finalnie skutkować uszkodzeniem podzespołów i utratą gwarancji, co może rodzić problemy z utrzymaniem i świadczeniem gwarancji przez gwaranta firmę iMedia Joanna Sawicka.

Podczas testu nr 5 przedstawiciel firmy iMedia Joanna Sawicka przedstawił, że temperatura wewnętrzna w urządzeniu powodująca wyłączenie urządzenia wynosi +55° co zostało C, zapisane w protokole z testu działania systemu zabezpieczenia termicznego. W ocenie Odwołującego taka temperatura pracy jest niezgodna z większością dopuszczalnych

6

parametrów pracy podawanych przez producentów podzespołów elektronicznych i jest niezgodna z SIWZ oraz powinna stanowić podstawę odrzucenia oferty firmy iMedia Joanna Sawicka.

Ponadto Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 2.1.2 SOPZ temperatura pracy urządzenia powinna mieścić się w przedziale od +10° do +40°. Zgodnie z wyjaśnieniami firmy iMedia Joanna Sawicka i załączonym pismem od firmy Samsung wynika, że firma iMedia będzie stosowała w swoich urządzeniach ekrany z serii 460DR i 460DX-3. Wg karty katalogowej firmy Samsung dla modelu 460DR załączonej do niniejszego pisma wraz z tłumaczeniem wynika, że temperatura pracy wynosi od 10° do ~35° co wskazuje na niezgodność z C, wymogami SIWZ. Jednocześnie w świetle przeprowadzonego testu i wyłączenia się urządzenia przy temperaturze +55° dopuszczalna temperatura pracy części składowych C urządzenia jest przekroczona o 20° co niewątpliwie skutkować będzie uszkodzeniem C, całego urządzenia, jak również występowaniem efektu „blackout” identycznie jak podczas testu nr 4. W ocenie Odwołującego cena zastosowana w ofercie iMedia Joanna Sawicka uzasadnia podejrzenie, że parametry urządzenia zaprezentowanego przez iMedia Joanna Sawicka są niezgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o weryfikację przez biegłego lub eksperta dostarczonych referencji zgodnie z punktem 5.1.2 pkt a) SIWZ przez firmę iMedia Joanna Sawicka. Odwołujący zauważył, że dokumenty związane z referencjami firmy iMedia Joanna Sawicka, które w niniejszym postępowaniu znajdują się w części niejawnej oferty, znajdowały się w części jawnej w innym prowadzonym postępowaniu przetargowym. Odwołujący wnosil o weryfikację referencji dostawy i uruchomienia 290 infokiosków poprzez firmę Sprint SA dla Samorządu Województwa Warmińsko – Mazurskiego. Firma Sprint SA została wyłoniona jako Wykonawca powyższego przetargu, a firma iMedia Joanna Sawicka była dostawcą urządzeń. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z SIWZ przywołanego przetargu postępowanie ma status w toku, co może oznaczać, że powyższa dostawa urządzeń i uruchomienie wraz z uruchomieniem oprogramowania kioskowego mogła nie zostać zakończona, a tym samym referencja nie jest prawdziwa i nie potwierdza rzetelnego wykonania i realizacji dostawy dla Samorządu Województwa Warmińsko-Mazurskiego. Ustalenie powyższej okoliczności skutkować powinno stwierdzeniem niezgodności oferty iMedia Joanna Sawicka z punktem 5.1.3 SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) z uwagi na nieodrzućenie oferty, z powodu niewykluczenia oferenta, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący załączył do odwołania zdjęcie wykonane w dniu

7

26.01.2012 z realizacji dostawy z zaznaczeniem niedziałających infokiosków, jako elementu nierzetelnego wykonania umowy i dostawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych -zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty iMedia Joanna Sawicka jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zdaniem Odwołującego cena zaoferowana w ofercie iMedia Joanna Sawicka jest rażąco niska w stosunku do parametrów, które musi spełniać przedmiot zamówienia wynikających z SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, iż różnica pomiędzy ceną z oferty Odwołującego a ceną z oferty trzeciego oferenta wynosi 234 010 zł brutto, podczas gdy różnica pomiędzy ceną z oferty iMedia Joanna Sawicka a Odwołującym wynosi aż 1,2 mln zł brutto.

Odwołujący przedstawił także wyliczenia, które miały potwierdzać, że wycena podana przez firmę iMedia Joanna Sawicka wydaje się być rażąco niska lub też firma iMedia Joanna Sawicka zastosowała urządzenia, które nie spełniają wszystkich parametrów podanych w opisie przedmiotu zamówienia, co pozwoliło obniżyć cenę oferty. Odwołujący zwracał uwagę, że taka przesłanka wynika również z opinii biegłego dla sprawy KIO 111/12.

W celu weryfikacji parametrów zaproponowanego rozwiązania przez firmę iMedia Joanna Sawicka Odwołujący wnosił o przeprowadzenie opinii biegłego w powyższym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców na skutek czego wybrano w postępowaniu wykonawcę

W ocenie Odwołującego naruszenie zasady równego traktowania uczestników postępowania oraz zasady uczciwej konkurencji zostało naruszone w ten sposób, iż Zamawiający podzielił oferentów na dwie grupy i wyznaczył dwa dni testów dostarczonych przez nich urządzeń.

Oferenci, których urządzenia miały być testowane drugiego dnia mieli możliwość obserwowania przeprowadzania testów urządzeń prezentowanych przez oferentów w pierwszym dniu. Odwołujący zarzucił, że wykonawcy, których urządzenia były prezentowane drugiego dnia zostali uprzywilejowani w stosunku do oferentów, których urządzenia Zamawiający testował wcześniej, ponieważ mogli oni zapoznać się z metodami badań i urządzeniami pomiarowymi stosowanymi przez Zamawiającego, dzięki czemu mogli lepiej przygotować się do testów dotyczących ich urządzeń, które odbyły się dnia następnego. W ocenie Odwołującego doszło w ten sposób do rażącego naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

8

Załącznik nr 8 do SIWZ stanowił Opis testów i ich oceny infokiosków zewnętrznych („Opis”) będących przedmiotem zamówienia. Na pierwszej stronie Opisu Zamawiający wskazał, że podczas testów zapewni dostarczenie energii elektrycznej i sygnału internetowego.

Odwołujący podniósł, że test przeprowadzony był z naruszeniem SIWZ - podczas pierwszego dnia testów Zamawiający nie dostarczył łączności internetowej, natomiast wykorzystywany był sprzęt zapewniający sygnał internetowy dostarczony przez Odwołującego. Bez urządzenia dostarczonego przez Odwołującego testy nie mogłyby się odbyć.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, test nr 2 - test odporności nakładki na niekorzystne czynniki atmosferyczne i środowiskowe został przeprowadzony w sposób wadliwy. W opisie wskazano, że test ma sprawdzać wzbudzanie nakładki przy chłapaniu wodą i odporność na przypadkowe wzbudzenia przez opady deszczu oraz wzbudzanie nakładki przez drobiny piasku, a także zanieczyszczenia na krawędziach obudowy ekranu. Odwołujący podkreślał, że test ten powinien weryfikować dostarczone urządzenie zarówno w świetle wymogów normy IP-65, jak i wymogów czysto użytkowych, czyli zbadanie funkcjonalności działania nakładki dotykowej podczas deszczu lub silnego wiatru i zanieczyszczeń padających na ekran. Metodą symulacji miało być użycie kropli wody. W rzeczywistości testy zostały przeprowadzone w zamkniętym pomieszczeniu, przy użyciu środków (zraszacza do kwiatów), które nie pozwalają na ocenę odporności prezentowanego urządzenia będącego infomatem zewnętrznym przed wskazanymi wyżej czynnikami atmosferycznymi, a w szczególności w odniesieniu do pkt I i spełnienia normy IP-65 nie było możliwe wykazanie odporności na strumień wodny z dyszy bezpośrednio lub pośrednio skierowany na obiekt, jak i pyłoszczelności, które nie powinny wywoływać żadnych niepożądanych efektów - zgodnie z definicją normy IP-65 wg PN-EN 60529:2003.

Zamawiający obowiązany jest przestrzegać przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które definiują czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w sytuacji jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1) W art. 15 ust. 1 i ust. 2 tej ustawy przykładowo wskazano czyn nieuczciwej konkurencji, między innymi sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, w tym również utrudnianie dostępu do rynku. W ocenie Odwołującego udzielenie zamówienia publicznego firmie iMedia Joanna Sawicka nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 2, ustawy Pzp i stanowi utrudnienie dostępu do rynku. W treści odwołania Odwołujący napisał: „Zamawiający, dopuszczając się zaniechań w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie stosując się do obowiązujących

9

go przepisów ustawy Pzp, uniemożliwił Odwołującemu - profesjonalnemu podmiotowi zdolnemu do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, którego oferta jest w pełni zgodna z SIWZ i cenami rynkowymi - podjęcia realizacji zamówienia”.

W niniejszej sprawie zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Infobox Sp. z o.o. Izba uznała przystąpienie tego wykonawcy za skuteczne. Wykonawca ten przedstawił interes w zgłoszeniu przystąpienia. Wykonawca ten złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Izba zauważa także, iż jednym z zarzutów podnoszonych w odwołaniu jest nakazanie równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca iMedia Joanna Sawicka. Izba nie uznała przystąpienia tego wykonawcy za skuteczne. Przystąpienie zostało doręczone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemnie w dniu 21 lutego 2012 r. (prezentata na piśmie), a więc po terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp. Izba zwróciła uwagę, iż przystąpienie należy doręczyć w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Forma przekazania przystąpienia została uregulowana w ww. artykule. Artykuł ten stanowi wprost, iż zgłoszenie należy doręczyć Prezesowi KIO w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym. Artykuł ten nie stanowi o możliwości doręczenia treści przystąpienia przez operatora pocztowego. Ponadto Izba zwraca uwagę, iż kwestia ta wyraźnie została określona w art. 185 Pzp, nie ma zatem podstaw do odwoływania się do przepisów KPC o sądzie polubownym.

Izba nie stwierdziła podstaw uzasadniających odrzucenie odwołania w trybie art. 189 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący posiadają interes prawny we wniesieniu odwołania. w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku uwzględnienia argumentów Odwołującego jego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.

10

Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm. t.j. zaniechania odrzucenia oferty iMedia Joanna Sawicka, jako nieodpowiadającej treści SIWZ. W ocenie Izby powyższy zarzut nie znalazł uzasadnienia.

Bezzasadny jest zarzut Odwołującego, iż Zamawiający nie zweryfikował wystarczająco dokładnie parametrów urządzenia proponowanego przez iMedia Joanna Sawicka oraz, że Zamawiający potraktował deklaratywnie spełnienie SIWZ przez wykonawcę iMedia Joanna Sawicka i tym samym rzekomo bezzasadnie nie odrzucił oferty iMedia Joanna Sawicka, jako nie spełniającej wymogów SIWZ.

Stoownie do postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający

wymagał dostarczenia na testy urządzenia wzorcowego zawierającego następujące podzespoły, o parametrach nie gorszych niż przewidywane przez oferenta dla realizacji zamówienia: monitor, element realizujący detekcję dotyku wraz z szybą ochronną, jednostka centralna, podsystem zabezpieczenia termicznego, interfejs komunikacyjny 100/WOOBaseT Ethernet lub WiFi. Dodatkowo na testowanych infokioskach powinny być zainstalowane: przeglądarka internetowa - Zamawiający wymaga, by zainstalowana była przeglądarka zgodna z najnowszymi standardami dla przeglądarek: wynik testu Acidi min 90 punktów (na 100 możliwych), klawiatura ekranowa. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawców (z dnia 6 grudnia 2011 r.) udzielił dodatkowych wyjaśnień, w tym m. in., iż: „Zamawiający wymaga, by urządzenia wzorcowe do testów dostarczone były w obudowie docelowej lub zbliżonej konstrukcyjnie do docelowej.” Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie określił szczegółowych wymagań opisujących w jaki sposób obudowa powinna być przygotowana, dopuścił obudowy inne niż docelowa, należy uznać, że Zamawiający nie miał podstaw do przeprowadzania sprawdzenia zgodności przedstawionej obudowy z wymaganiami SIWZ, a co za tym idzie odrzucenia na tej podstawie oferty iMedia Joanna Sawicka. W ww. postanowieniu SIWZ enumeratywnie wyliczono konkretne podzespoły, które powinno zawierać urządzenie wzorcowe. W przedmiotowym zapisie nie wymieniono obudowy. Mając na uwadze powyższe, zarzut Odwołującego niespełniania przez obudowę przedstawioną przez iMedia Joanna Sawicka warunku szczelności na poziomie IP-65 (wymaganym dla obudowy docelowej) jest bezpodstawny. Podkreślić także należy, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, obudowy urządzeń przedstawione do testów nie musiały spełniać warunku szczelności na poziomie IP-65. Zamawiający w załączniku nr 8 do SIWZ zawarł katalog testów, którym miały być poddawane przedstawione przez Wykonawców urządzenia. Z treści załącznika nie wynikało, aby którykolwiek z testów zakładał sprawdzanie szczelności obudowy. Testem zakładającym użycie wody był test nr 2. Był to test odporności nakładki na niekorzystne czynniki atmosferyczne i środowiskowe, polegający na sprawdzeniu odporności urządzenia na przypadkowe wzbudzenia oraz sprawdzenie jego działania przy występujących

11

zanieczyszczeniach, poprzez wzbudzanie nakładki przy chłapaniu wodą symulujące odporność na przypadkowe wzbudzenia przez opady deszczu. Bezasadny jest zatem zarzut Odwołującego, co do braku szczelności obudowy (zgodnie z normą IP-65), gdyż test nie dotyczył badania szczelności całej obudowy.

Izba zauważyła także, że Odwołujący w treści odwołania zauważył: „(...) urządzenie zaprezentowane przez iMedia Joanna Sawicka z dużym prawdopodobieństwem nie spełnia wymogów SIWZ (...)”. Podstawą odrzucenia może być tylko jednoznacznie wykazana niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji. W zakresie nieniejszego zarzutu, w świetle powyższych ustaleń, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę iMedia Joanna Sawicka.

W zakresie punktu drugiego odwołania, ustalono, iż Zamawiający testował urządzenia dostarczone przez Wykonawców wg procedur przewidzianych w SIWZ, w taki sam sposób, w identycznych warunkach otoczenia (co nie było przedmiotem sporu). Przedmiotowe procedury zakładały, że ukończenie z powodzeniem testu zatwierdza spełnianie wymogu przewidzianego w SIWZ w tym zakresie. Obaj Wykonawcy (Odwołujący - DDS Poland sp. z o.o. oraz iMedia Joanna Sawicka), przystąpili do testu zabezpieczenia temperaturowego tego samego dnia (okoliczność bezsporna).

Izba ustaliła, że testom zostało poddane zabezpieczenie temperaturowe/odporność ekranu na podgrzewanie - sprawdzanie wystąpienia efektu blackout (miejscowy zanik wyświetlania obrazu na skutek przegrzania). Pierwszy test, przeprowadzony w dniu 23.01.2012r. (na efekt blackout) zakończył się niepowodzeniem, dla urządzeń obydwu wykonawców.

Przeprowadzony ponownie w dniu 25.01.2012r. test odporności na efekt blackout zakończył się dla urządzeń obydwu wykonawców wynikiem pozytywnym, Zamawiający nie stwierdził żadnych niedozwolonych modyfikacji.

Zamawiający ustalił w SIWZ sposób przeprowadzenia testów. Procedury, w tym także sposób i okoliczności przeprowadzania testu na wystąpienie efektu blackout, znane były od początku wszystkim wykonawcom. Odwołujący nie zaskarżył skutecznie postanowień SIWZ (w tym także treści załącznika nr 8), zatem postanowienia SIWZ pozostały prawomocne.

W ocenie Izby, w świetle postanowień załącznika nr 8 do SIWZ nie znajdują potwierdzenia zarzuty Odwołującego co do samego sposobu przeprowadzenia testu odporności na efekt blackout. Odwołujący zarzucał, iż w trakcie testu panowała zbyt niska temperatura, a nagrzewanie pod namiotem podwyższyło tę temperaturę jedynie do 35 st. C. Jednakże, jak wynika z zapisów Załącznika nr 8 do SIWZ, Zamawiający przewidział przeprowadzenie tego testu w czasie słonecznego dnia lub ewentualnie naświetlanie ekranu przez kilkanaście minut lampą halogenową o określonej mocy i z określonej odległości. W treści tym nie przewidywano utrzymywania określonej temperatury zewnętrznej dla całego infokiosku, a

12

jedynie naświetlanie ekranu pod kątem odporności na efekt blackout. Niezasadne są więc zarzuty Odwołującego dotyczące zbyt niskiej temperatury, w której przeprowadzono test, gdyż wymogu w zakresie tej temperatury nie zawierała SIWZ, a składając ofertę, Odwołujący treść tę akceptował.

Odwołujący nie sformułował konkretnych zarzutów pod kątem urządzenia wykonawcy iMedia Joanna Sawicka. Fakt, iż pierwszy test zakończył się niepowodzeniem, nie oznacza, iż urządzenie nie spełnia wymagań SIWZ.

Odwołujący wywodził brak zaoferowania przez iMedia Joanna Sawicka urządzeń zgodnych z SIWZ z faktu, że w innym postępowaniu biegły stwierdził, że nie wskazano, z wykorzystaniem jakich urządzeń klimatyzacja infomatu zostanie zrealizowana. Po pierwsze należy zauważyć, iż tego rodzaju stwierdzenie biegłego niczego nie dowodzi. Ponadto sam Odwołujący przyznał, iż nie ma pewności, czy ocenie w poprzednim postępowaniu poddawane były takie same urządzenia. Zarówno w odwołaniu, jak i w trakcie rozprawy powoływał się na urządzenia zbliżone, co w ocenie Izby, nie oznacza takie same. Poprzednie postępowanie mogło zatem dotyczyć innych urządzeń, inne były także wymagania co do procedury testowej. Powoływanie się w obecnym postępowaniu na urządzenia oferowane w innym postępowaniu, także przy bezpośrednim stwierdzeniu Odwołującego wątpliwości co do jednakowego rodzaju tych urządzeń, nie dowodzi zasadności niniejszego zarzutu.

Zarzut Odwołującego, w zakresie spełniania wymogów przewidzianych w SIWZ, dotyczący nieprawidłowej temperatury, przy której urządzenie firmy iMedia Joanna Sawicka zostało wyłączone, w ocenie Izby również należy uznać za bezprzedmiotowy. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia wymogi termiczne stawiane przez Zamawiającego urządzeniom pracującym na zewnątrz są następujące: „Temperatury pracy: Zakres temperatur otoczenia, w jakim urządzenie pracuje bezawaryjnie, jest możliwa pełna interakcja z urządzeniem (za pośrednictwem zastosowanej technologii odczytu dotyku), jego podsystem zabezpieczenia termicznego potrafi utrzymać wewnątrz urządzenia temperaturą odpowiednią do pracy dla wszystkich jego podsystemów.

- temperatura minimalna: -30° C
- temperatura maksymalna: +40° C

Temperatury przechowywania: Zakres temperatur otoczenia, w jakim żaden z podzespołów urządzenia nie ulega uszkodzeniu, nawet jeżeli urządzenie jest wyłączone.

- temperatura minimalna: -20° C
- temperatura maksymalna: +50° C

Wbudowane w urządzenie mechanizmy powinny zapewniać jego automatyczny i prawidłowy (zgodny z zaleceniami producentów poszczególnych podzespołów) rozruch: w przypadku

13

uruchamiania urządzenia w temperaturze otoczenia spoza zakresu dopuszczalnych temperatur pracy podzespołu automatyczne włączenie tego podzespołu powinno się odbyć dopiero w momencie, w którym podsystem zabezpieczenia termicznego doprowadzi do osiągnięcia odpowiednich warunków temperaturowych wewnątrz urządzenia."

Zamawiający w treści SIWZ nigdzie nie wskazał przy jakiej temperaturze urządzenie powinno się wyłączyć, określił jedynie w jakim zakresie temperatur otoczenia (zewnętrznych) urządzenie ma pracować prawidłowo. Jeżeli urządzenie będzie więc pracowało prawidłowo także poza wskazanym przez Zamawiającego zakresem temperatur, będzie to jedynie z korzyścią dla Zamawiającego, albowiem urządzenie będzie posiadało lepsze parametry niż

wymagane w SIWZ.

Zamawiający w SIWZ jako rezultat testu wskazał: „System mam wskazywać temperaturę wew. i zewnętrzną oraz umożliwiać automatyczne wyłączanie urządzenia po przekroczeniu określonej temp. granicznej”. Przede wszystkim Izba nie stwierdziła, aby w SIWZ pojawiły się wymagania co do wysokości temperatury granicznej. Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotem sprawdzenia w niniejszego testu było posiadanie przez dostarczone urządzenia czujników, które miały wskazywać temperaturę wewnętrzną i zewnętrzną. Wymagał także, aby każdy z wykonawców przedstawił przed przystąpieniem do testu przypisaną dla danego urządzenia temperaturę graniczną, po wystąpieniu której urządzenie jest wyłączane. W rozwiązaniu zaprezentowanym przez Wykonawcę iMedia Joanna Sawicka, graniczna temperatura wewnętrzna infokiosku, wynosząca 55° C odczytywana jest przez czujnik, przy której urządzenie jest wyłączane jest parametrem konfigurowalnym. Ustawienie takiej temperatury na wartość 55° w momencie przeprowadzenia testów nie ma wpływu na warunki pracy C urządzenia w warunkach normalnych.

Odwolujący podniósł także zarzut co do temperatury pracy urządzenia oferowanego przez iMedia Joanna Sawicka, wskazując na temperatury pracy wymagane dla urządzenia wewnętrznego, jednakże odnosząc się do testów urządzenia zewnętrznego - czyli zupełnie odmiennych konstrukcyjnie urządzeń. Zarzut ten należy uznać za bezzasadny, gdyż urządzenia przeznaczone do pracy wewnątrz budynków (zgodnie z wymaganiami przewidzianymi w SIWZ) miały być także wyposażane w układy chłodzące. Określając temperatury pracy urządzeń Zamawiający określił wymaganie, aby podsystem potrafił temperaturę zabezpieczenia termicznego utrzymać wewnątrz urządzenia odpowiednią do pracy dla wszystkich podsystemów. Nie jest uprawnione założenie, że temperatura wewnętrzna urządzenia będzie identyczna jak temperatura otoczenia.

Izba zauważa także, iż zgodnie z treścią SIWZ Wykonawcy byli zobowiązani do wypełnienia

14

załącznika do SIWZ stanowiącego formularz ofertowy. Wykonawcy poprzez podpisanie przedmiotowego formularza zobowiązywali się do dostarczenia urządzeń zgodnie z treścią i wymaganiami SIWZ. Oświadczali także, iż zaoferują lub nie zaoferują (opcja tak lub nie) rozszerzenie podsystemu zabezpieczenia termicznego o moduł klimatyzacji opisany w Opisie Przedmiotu Zamówienia (punkt 2.2.6). Za deklarację tego rodzaju w treści oferty były przyznawane punkty.

Izba ustaliła, że pewne rozwiązania, które z punktu widzenia Zamawiającego miały szczególne znaczenie, poddawane były sprawdzeniu w formie testu. Należy zauważyć, iż tylko poszczególne rozwiązania poddawane były sprawdzeniu w tej formie przez Zamawiającego. Zamawiający precyzyjnie określił, jakie parametry mają podlegać testowaniu, w jaki sposób test ma zostać przeprowadzony, jak również jego rezultat. Co do pozostałych wymogów dotyczących oferowanych urządzeń, które nie podlegają sprawdzeniu w formie testów, ich zgodność z treścią SIWZ potwierdzana była jedynie oświadczeniem wykonawcy. Zatem, w ocenie Izby, nie może stanowić o zasadności zarzutu niezgodności oferowanego urządzenia z treścią SIWZ fakt, iż urządzenie nie spełnia określonego wymogu SIWZ, jeżeli wykonawca zapewnił o zgodności oferowanego urządzenia z treścią SIWZ. Podstawą odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ nie mogą być okoliczności związane ze zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi, wynikającymi z realizacji umowy, jeśli szczególnych w tym zakresie Zamawiający nie żądał ich weryfikacji na etapie składania ofert. Na etapie oceny ofert Zamawiający może jedynie bowiem opierać się wyłącznie na wymaganiach w stosunku do treści oferty, wskazanych w SIWZ oraz na treści ofert złożonych w postępowaniu.

Izba podziela więc stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym na tym etapie postępowania nie było możliwe zweryfikowanie ewentualnych zdarzeń przyszłych, ponieważ nosiłoby to znamiona domniemania, a z tego powodu odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Możliwość powstania w przyszłości ewentualnych uchybień nie może być rozpatrywana na etapie oceny i badania ofert, lecz dopiero na etapie wykonania umowy.

W ocenie Izby nie znalazł także potwierdzenia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców na skutek czego wybrano w postępowaniu wykonawcę.

Przed wszystkim Zamawiający wskazał, iż do postępowania przetargowego przystąpiło siedmiu Wykonawców. Wskazał, że z uwagi na fakt, że test pojedynczego urządzenia zajmował minimum kilka godzin, nie było technicznej możliwości przetestowania wszystkich

15

urządzeń w jednym czasie i miejscu. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający zobowiązał się, że podczas testów zapewni dostarczenie energii elektrycznej i sygnału internetowego. Odwołujący zarzucił, że test przeprowadzony był z naruszeniem SIWZ - podczas pierwszego dnia testów Zamawiający nie dostarczył łączności internetowej, natomiast wykorzystywany był sprzęt zapewniający sygnał internetowy dostarczony przez Odwołującego. W ocenie Izby powyższy zarzut nie ma wpływu na wynik postępowania. Jak wynika z dokumentacji postępowania (i co jest bezsporne), test został przeprowadzony. Z punktu widzenia oceny wyników testu, jak również wpływu na wynik postępowania, nie ma znaczenia, kto faktycznie dostarczył sygnał internetowy. Istotne jest jedynie, że test odbył się zgodnie z procedurą przewidzianą w SIWZ.

Odwołujący podnosił także, iż test odporności nakładki na niekorzystne czynniki atmosferyczne i środowiskowe został przeprowadzony w sposób wadliwy. W opisie wskazano, że test ma sprawdzać wzbudzanie nakładki przy chłapaniu wodą i odporność na przypadkowe wzbudzenia przez opady deszczu oraz wzbudzanie nakładki przez drobiny piasku, a także zanieczyszczenia na krawędziach obudowy ekranu. Metodą symulacji miało być użycie kropli wody. W rzeczywistości testy zostały przeprowadzone w zamkniętym pomieszczeniu, przy użyciu środków (zraszacz do kwiatów), które nie pozwalają na ocenę odporności prezentowanego urządzenia będącego infomatem zewnętrznym przed wskazanymi wyżej czynnikami atmosferycznymi.

Izba zauważa, iż w opisie testu numer 2 Zamawiający określił, iż test zostanie przeprowadzony przy zasymulowaniu użycia kropli wody. Warunki przeprowadzenia testów nie wymagały, aby urządzenia testowane były na otwartej przestrzeni. Dlatego przeprowadzenie testów w pomieszczeniu zamkniętym nie narusza tych warunków. Ponadto wskazanie metody symulacji przez użycie kropli wody nie określa, w jaki sposób krople te mają zostać wytworzone. Dlatego też wytworzenie kropli wody przy pomocy zraszacza do kwiatów spełnia warunki przeprowadzenia testów określone w SIWZ. Odwołujący na etapie SIWZ nie domagał się doprecyzowania, w jaki sposób dokładnie zostanie przeprowadzony ww. test.

Odwołujący podniósł także, że wykonawcy, których urządzenia były prezentowane drugiego dnia zostali uprzywilejowani w stosunku do wykonawców, których urządzenia Zamawiający testował wcześniej, ponieważ mogli oni zapoznać się z metodami badań i urządzeniami pomiarowymi stosowanymi przez Zamawiającego, dzięki czemu mogli lepiej przygotować się do testów dotyczących ich urządzeń, które odbyły się dnia następnego. W ocenie Odwołującego doszło w ten sposób do rażącego naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przed wszystkim należy

16

wskazać, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ, każdy z wykonawców miał możliwość powtórzenia testu (dopuszczalne były dwie próby dla każdego testu). Tym samym każdy z wykonawców miał możliwość wykorzystania spostrzeżeń, jakich dokonał w trakcie obserwowania testów innych wykonawców.

Ponadto Odwołujący w trakcie rozprawy uszczegółowił powyższy zarzut, wskazując, iż wykonawcy uprzywilejowani zostali w ten sposób, że biorący udział w terminie późniejszym mieli możliwość wcześniejszego zapoznania się z informacją, jaka będzie moc lampy halogenowej przy naświetlaniu podczas przeprowadzania testu nr 4. Izba zwraca uwagę, iż moc lampy halogenowej przy przeprowadzaniu testu nr 4 została już określona w treści SIWZ. Z postanowień SIWZ wynikało bowiem, że będzie miała ona moc 500-750 W. Każdy z wykonawców znał tę moc już na etapie zapoznawania się z treścią SIWZ. Skoro ta moc

została określona już w SIWZ, to nie można mówić o uprzywilejowaniu któregośkolwiek z wykonawców.

Odwołujący nie kwestionował aby testy zostały przeprowadzone w sposób inny dla każdego z wykonawców. Nie zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, iż testy przeprowadzone były w takich samych warunkach termicznych (temperatura otoczenia była cały czas kontrolowana i utrzymywana na tym samym poziomie 7-10° C), zgodnie z przygotowanym scenariuszem testów, dzięki czemu dla wszystkich urządzeń czynniki działania którym poddawano te urządzenia, jak np. ilość i rozmieszczenie wody pokrywającej ekran, były identyczne, podobnie jak np. sposób symulacji zakłóceń powodowanych drobinami piasku oparty na mechanicznym wydmuchu określonej, odmierzonej ilości piachu. Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wnosił o weryfikację przez biegłego lub eksperta dostarczonych referencji zgodnie z punktem 5.1.2 ppkt a) SIWZ przez firmę iMedia Joanna Sawicka. Izba zauważyła, iż referencje pochodzą od podmiotu trzeciego, dla którego iMedia Joanna Sawicka dostarczała sprzęt. Zamawiający dostarczył notatkę służbową, z której wynika, iż potwierdzał prawdziwość przedstawionych referencji. Treść referencji została potwierdzona telefonicznie. Prawdziwość oświadczenia została zweryfikowana również z datami umieszczonymi w wykazie usług dołączonym do oferty. Odwołujący powoływał się na fakt, że referencje przedłożone przez firmę iMedia Joanna Sawicka – ich treść – są mu znane z innych postępowań. Pomimo więc znajomości referencji, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że ww. referencje zawierają nieprawdziwe informacje. Zatem twierdzenie Odwołującego nie zostało poparte żadnym dowodem. Izba uznała, że przedstawione przez Odwołującego zdjęcie nie potwierdza, aby wykonawca iMedia Joanna Sawicka nierzetelnie zrealizował zamówienie. Jeżeli infokioski nie działają, co ze zdjęcia trudno wywnioskować, to przyczyna ich nie działania może być bardzo różna, wcale nie musi być spowodowana nierzetelnym

17

zrealizowaniem umowy. Na marginesie jedynie Izba zauważyła zdjęcie przedstawia dwa, spośród kilkuset dostarczonych urządzeń. Zamawiający nie miał więc podstaw do wykluczenia Wykonawcy. Należy zauważyć, iż referencje potwierdzać mają prawidłowość zrealizowania zamówienia. Ponadto na marginesie należy zauważyć, że podstawą wykluczenia wykonawcy jest złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. W przypadku więc nawet, gdyby referencje przedstawione przez wykonawcę iMedia Joanna Sawicka zawierały nieprawdziwe informacje, brak byłoby podstaw do wykluczenia wykonawcy, gdyż referencje te są dokumentem pochodzącym od podmiotu trzeciego, a nie tego wykonawcy. Izba postanowiła oddalić wniosek o powołanie biegłego. Odwołujący nie sprecyzował, na jaką okoliczność miałby zostać powołany wnioskowany przez niego biegły. Odwołujący nie określił z zakresu jakiej specjalności miałby to być biegły. Ogólnikowe stwierdzenie Odwołującego, że biegły miałby dokonać weryfikacji referencji przedstawionych przez Wykonawcę iMedia Joanna Sawicka nie pozwala na ustalenie przedmiotu opinii biegłego. Odwołujący także nie wyjaśnił, dlaczego wnioskowana przez niego weryfikacja wymaga powołania biegłego, a więc osoby dysponującej wiedzą specjalistyczną, a nie jest to możliwe za pomocą innych środków dowodowych.

W ocenie Izby nie znalazł także potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy iMedia Joanna Sawicka jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dochował należytej staranności i wezwał Wykonawcę iMedia Joannę Sawicką do wyjaśnienia wysokości ceny za oferowane urządzenia. Wykonawca w dniu 27 stycznia 2012r. złożył stosowne wyjaśnienia, które utwierdziły Zamawiającego w przekonaniu, iż w przypadku oferty wykonawcy iMedia Joanna Sawicka nie mamy do czynienia z „rażąco niską ceną”. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowana przez Wykonawcę iMedia Joanna Sawicka cena była rażąco niska. Przede wszystkim należy zauważyć, iż za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie

zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Odwołujący nie wykazał, aby zrealizowanie przedmiotowego zamówienia nie było możliwe za wskazaną w ofercie cenę. Wykonawca iMedia Joanna Sawicka w piśmie z dnia 27 stycznia 2012r. przedstawił kalkulację bardzo znacznego zysku w wypadku realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. na

18

poziomie 1.100.000,00 zł., co przeczy twierdzeniu Odwołującego o nieopłacalności realizacji zamówienia przez wykonawcę iMedia Joanna Sawicka. Ponadto wykonawca iMedia Joanna Sawicka przedstawił w wyjaśnieniach inne okoliczności, które przeczą stwierdzeniu rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy, jak dotychczas realizowane podobne zamówienia, import we własnym zakresie bezpośrednio od producentów z dalekiego wschodu wybranych elementów, brak pośredników. Okoliczności powyższych nie podważył Odwołujący. Odwołujący twierdził także, iż rażąco niską cenę potwierdza fakt, że różnica pomiędzy ceną z oferty Odwołującego a ceną oferty wykonawcy iMedia Joanna Sawicka wynosi 1,2 mln zł brutto, t.j. około 20%. Powyższy argument, zdaniem Izby nie stanowi o zaistnieniu zjawiska rażąco niskiej ceny. Różnica pomiędzy cenami oferowanymi przez wykonawców w postępowaniu przetargowym jest zjawiskiem naturalnym, wynikającym z istnienia konkurencji między wykonawcami w warunkach wolnego rynku.

Odwołujący przeprowadzając wyliczenia mające na celu wykazanie zbyt niskiej ceny w ofercie Wykonawcy iMedia Joanna Sawicka wyliczył przybliżoną cenę komponentów urządzenia przeznaczonego do pracy zewnętrznej, a następnie odniósł wyliczoną cenę do całkowitej liczby zamawianych urządzeń. Urządzenia zewnętrzne stanowią jednak jedynie około 1/3 ogólnej liczby zamawianych urządzeń (pozostałą część stanowią wielokrotnie tańsze urządzenia wewnętrzne - pozbawione najbardziej kosztownych komponentów takich jak klimatyzacja, nakładka dotykowa umożliwiająca obsługę ręką w rękawiczce czy też monitory o dużej jasności umożliwiające pracę w pełnym oświetleniu słonecznym). Powyższe stwierdzenie całkowicie podważa argument Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny. Zaoferowanie przez wykonawcę urządzeń za niższą cenę nie może zostać uznane za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Konkurencja cenowa przy zachowaniu procedur postępowania jest przejawem działania wolnego rynku, a nie ograniczaniem dostępu do zamówienia. Urządzenia poddawane były testom, ich sprawdzanie odbywało się w warunkach określonych w SIWZ. Trudno więc także mówić, iż Zamawiający w jakikolwiek sposób utrudnił wykonawcom uczciwą konkurencję.

Izba postanowiła o oddaleniu wniosku dowodowego co do przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego w celu wykazania, że cena oferty iMedia Joanna Sawicka jest rażąco niska w stosunku do ceny rynkowej urządzenia o parametrach wskazanych w ofercie iMedia Joanna Sawicka, gdyż dowód ten w ocenie Izby został powołany dla zwłoki. Ocena zaś czy cena z oferty iMedia Joanna Sawicka jest czy nie jest rażąco niska pozostaje w gestii Składu Orzekającego, nie wymaga wiadomości specjalnych, a zgromadzone w aktach sprawy dokumenty stanowią wystarczającą podstawę do rozstrzygnięcia ww. kwestii. Odwołujący nie wskazał także, jakiej specjalności biegły, miałby powyższą okoliczność rozstrzygnąć.

19

Izba postanowiła o oddaleniu wniosku dowodowego Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego Andrzeja Zalewskiego z dnia 13.02.2012 r.. sporządzonej przez niego na potrzeby sprawy o sygn. akt KIO 111/12. Opinia ta została sporządzona na potrzeby innej sprawy, a jej przedmiot i zakres nie jest tożsamy z przedmiotem i zakresem sprawy niniejszej. Odwołujący w treści odwołania sam wskazał, że przedmiot zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 70/11, którego wynik jest w niniejszym postępowaniu kwestionowany przez Odwołującego, nie jest tożsamy z przedmiotem zamówienia w przetargu na dostawę infokiosków zewnętrznych dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Pomorskiego. W ocenie Odwołującego bowiem firma iMedia Joanna Sawicka w toku postępowania nr 70/11, którego dotyczy niniejsze odwołanie, zaoferowała zbliżone (a więc nie takie samo) rozwiązanie jakie znalazło się w ofercie Sprint S. A. dla przetargu w UMWP.

Ponadto, jak podnosił Zamawiający, w treści opinii zostało zawarte uczynione przez biegłego zastrzeżenie, iż opinia ta może być wykorzystana wyłącznie do celów postępowania o w/w

sygnaturze, tj. postępowania, w toku którego i na potrzeby którego została wywołana.

Izba postanowiła także o oddaleniu wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w celu oceny czy obudowa urządzenia przedstawionego podczas testów przez iMedia Joanna Sawicka spełniała normę IP-65. W ocenie Izby dowód został powołany dla zwłoki. Jak wskazano powyżej, z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (oraz jej załączników, a także wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 06.12.2011 r.) nie wynikał obowiązek spełniania przez urządzenie przedstawione do testów ww. normy IP-65. Zamawiający wymagał dostarczenia do przeprowadzenia testów urządzenia wzorcowego zawierającego określone podzespoły, w obudowie jedynie zbliżonej do docelowej. Brak było wymogu przedstawienia urządzenia, które będzie przedmiotem właściwej dostawy.

Izba postanowiła także o oddaleniu wniosku dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w celu oceny, czy specyfikacja techniczna urządzenia iMedia Joanna Sawicka odpowiada wymogom technicznym określonym w SIWZ. Odwołujący nie wskazał jakiej specjalności biegły miałby się na powyższą okoliczność wypowiedzieć. Specyfikacja techniczna nie stanowiła dokumentu stanowiącego przedmiot oferty zgodnie z treścią SIWZ. Ponadto treść wypowiedzi stron, jak również zgromadzony w sprawie materiał pozwalał na rozstrzygnięcie w zakresie przedstawionych zarzutów.

Izba postanowiła także o oddaleniu wniosku Zamawiającego w zakresie dopuszczenia dowodu z zeznań świadków w osobach: Elżbiety Wąsowicz-Zaborek, Krzysztofa Niedziałka,

20

Anny Słoniewicz, Mirosława Nalazka, Przemysława Piątka, na okoliczność przebiegu testów oferowanych przez Wykonawców urządzeń, w tym na potwierdzenie okoliczności, że testy te zostały przeprowadzone w sposób prawidłowy, z poszanowaniem zasady konkurencyjności i równego traktowania. Po pierwsze należy zauważyć, iż osoby Krzysztof Niedziałek, Anna Słoniewicz, Mirosław Nalazek brały udział w rozprawie (po przedstawieniu stosownych pełnomocnictw, wystawionych przez Zamawiającego) i miały możliwość składania wyjaśnień co do każdej okoliczności w trakcie rozprawy. Ponadto zeznania świadka w osobie Pana Przemysława Piątka, w ocenie Izby, nie miałyby znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy z uwagi na fakt, iż okoliczność, która miałaby zostać potwierdzona zeznaniami tego świadka – a więc co było przedmiotem testów – wynika z treści zgromadzonego materiału dowodowego (treści SIWZ). Pozostałe zaś okoliczności zostały wyjaśnione w trakcie rozprawy i nie wymagały dodatkowego stwierdzenia przez osobę, która była jedynie reprezentantem jednego z wykonawców.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....
.....
.....

21