

Sygn. akt: KIO/1923/10

WYROK

z dnia 17 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 6 września 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo OPTIMUS Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 84k, 99-200 Sieradz** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Gminę Bierawa, ul. Wojska Polskiego 12, 47-240 Bierawa**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Bierawa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez Przedsiębiorstwo OPTIMUS Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 84k, 99-200 Sieradz oraz uzasadnione koszty Przedsiębiorstwa OPTIMUS Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 84k, 99-200 Sieradz obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),**
- 3. zasądza od Gminy Bierawa, ul. Wojska Polskiego 12, 47-240 Bierawa na rzecz Przedsiębiorstwa OPTIMUS Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 84k, 99-200 Sieradz kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty obejmujące uiszczony przez Wykonawcę wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Modernizacja lokalnej bazy edukacyjnej w Gminie Bierawa – zakup i montaż wyposażenia – sprzęt komputerowy i multimedialny*”, zostało wszczęte przez Gminę Bierawa, zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, w dniu 16 sierpnia 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego, na stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 221053-2010.

W dniu 31 sierpnia 2010 r. Zamawiający przekazał za pośrednictwem faksu Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 6 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo OPTIMUS Sp. z o.o., zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę oraz oświadczenia i stanowiska stron złożone na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

Stanowisko Odwołującego – Przedsiębiorstwo OPTIMUS Sp. z o.o.:

Przedsiębiorstwo OPTIMUS Sp. z o.o. zarzucała Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 87 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego.

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie dokonania czynności oceny ofert przy udziale oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty podnosił, iż Zamawiający odrzucił złożoną przez niego ofertę, argumentując to tym, iż wykazano w niej sprzęt

nieodpowiadający treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Sprzeczność ta zdaniem Zamawiającego dotyczy oferowanej Wieży – Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż jego urządzenie nie spełnia parametru „*Dekoder Dolby Digital/DTS*”. Odwołujący przyznawał w odwołaniu, iż w załączniku nr 9 do SIWZ (*Minimalne parametry sprzętu*), wśród wymagań dla Wieży (wskazanej w poz. 10) znajduje się parametr „*Dekoder Dolby Digital / DTS*”. Odwołujący podkreślał jednak, że nieprawdą jest, iż zaoferowana przez Odwołującego wieża PHILIPS z DVD MCD183/12 ww. parametru nie spełnia.

Odwołujący wskazywał, że pkt 15.6 SIWZ stanowił, że do oferty należy załączyć wypełniony załącznik nr 8 (*Parametry techniczne zamawianej dostawy*), który miał zawierać opis parametrów zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ. Odwołujący wypełniając powołany załącznik nr 8 w pozycji „*Dekoder*” potwierdził jedynie spełnienie tego parametru poprzez wpisanie w kolumnie 4 „*Dekoder*”, zamiast „*Dekoder Dolby Digital / DTS*”. Powielił on tym samym zapis kolumny 2 tegoż załącznika nr 8. Jednak tego rodzaju przeoczenie, w ocenie Odwołującego, w żadnej mierze nie mogło być zakwalifikowane jako dowód, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań SIWZ. Zważywszy, że przedmiotem oferty w spornej jej części był konkretny sprzęt, określony przez Odwołującego z nazwy i modelu, tym samym treścią oferty było zobowiązanie dostarczenia tego konkretnego sprzętu. Wobec czego stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zobowiązującej do jej odrzucenia mogło nastąpić tylko poprzez wykazanie, że wieża PHILIPS z DVD MCD183/12 nie spełnia parametru „*Dekoder Dolby Digital / DTS*”. Tymczasem Zamawiający takich ustaleń nie czynił ograniczając się do wyciągnięcia negatywnych dla Odwołującego wniosków z braku podania cech dekodera ww. urządzenia w załączniku nr 8. Co więcej Zamawiający stanowisko w przedmiocie niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ oparł na jednym tylko fragmencie oferty Odwołującego, nie bacząc na pozostałe jej zapisy, w oparciu o które niezbitnie mógł ustalić, że zaoferowana wieża odpowiada treści SIWZ. Odwołujący załączył bowiem do oferty podpisany załącznik nr 9 do SIWZ, aby dodatkowo potwierdzić, iż oferowany przez niego sprzęt potwierdza wymagania Zamawiającego. Odwołujący podnosił, iż w tym przypadku można mówić jedynie o niezgodności co do formy złożonej przez niego oferty, nie zaś niezgodności co do treści.

Odwołujący wskazywał, że ustawową powinnością Zamawiającego było zwrócenie się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień co do treści jego oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ofercie Odwołującego nie zostało bowiem napisane, że dekodery nie posiada właściwości wymaganych w SIWZ, a jedynie nie zostało dokładnie potwierdzone spełnienie tego parametru. Skoro takie sformułowanie

wzbudzało wątpliwości Zamawiającego, to był zobowiązany je usunąć w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego – Gminy Bierawa:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo OPTIMUS Sp. z o.o. na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Wskazywał, iż załącznik nr 8 w nagłówku kolumny czwartej określił, iż Wykonawca składający ofertę powinien zawrzeć w tej kolumnie opis parametrów zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ. Zapisano tam również, iż należy podać wszystkie parametry, które są opisane w załączniku nr 9. Wśród parametrów opisujących wieże w załączniku nr 9 wskazano *dekoder „Dolby Digital/DTS”*. Zamawiający podnosił, iż Wykonawca nie wykazał, iż oferowane przez niego urządzenie spełnia ten parametr, a to na nim ciążył obowiązek udowodnienia, iż oferowany przez niego sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego. Wyjaśniał także, iż nie miał on obowiązku doprecyzowania treści oferty Odwołującego. Podnosił ponadto, iż do oferty Odwołującego załączono inny niż wymagany w treści SIWZ wzór umowy.

Zamawiający wyjaśniał, iż dookreślenie przez Wykonawcę parametrów oferowanego przez niego sprzętu nastąpiło dopiero na rozprawie. W ofercie Odwołujący nie przedstawił żądanych przez Zamawiającego informacji. Stąd też oferta złożona przez niego została odrzucona. Zamawiający wyjaśnił również, iż Odwołujący udowodnił, iż oferowana przez niego wieża spełnia określone przez niego wymogi dopiero na rozprawie przez Izbą, stąd też uczynił to po terminie. Powyższe w ocenie Zamawiającego potwierdzało fakt, iż oferta została odrzucona w sposób prawidłowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył możliwość wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, oraz złożone przez odwołującego wydruki ze strony internetowej producenta oferowanej przez niego wieży, a także wydruki ze strony internetowej publikatora TED oraz internetowej encyklopedii Wikipedia wskazujące na znaczenie ukośnika prawego w opisie parametru dekodera.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z przedłożonego przez Odwołującego wydruku ze strony producenta JVC, ponieważ dokument ten został sporządzony w języku angielskim, a Odwołujący nie przedłożył tłumaczenia zgodnie z przepisem art. 19 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie analizy postanowień SIWZ, Izba ustaliła, iż Zamawiający określił minimalne wymagania dla zamawianych urządzeń w załączniku nr 9 do SIWZ (*Minimalne parametry sprzętu*). Tam też wśród wymagań dla wskazanej w poz. 10 Wieży określił m.in. parametr „*Dekoder Dolby Digital / DTS*”. Zgodnie z postanowieniami pkt 15.6 SIWZ, Wykonawca był zobowiązany do oferty załączyć wypełniony załącznik nr 8 (*Parametry techniczne zamawianej dostawy*), który miał zawierać opis parametrów zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ.

Izba ustaliła również, iż Odwołujący wraz z ofertą złożył uzupełniony przez siebie załącznik nr 8 do SIWZ. Zgodnie z jego treścią zaoferował on Zamawiającemu Wieżę PHILIPS z DVD MCD183/12. Opisując jej parametry w odpowiednim miejscu załącznika nr 8 w pozycji „*Dekoder*” wpisał w kolumnie 4 jedynie „*Dekoder*”, zamiast „*Dekoder Dolby Digital / DTS*”.

Zamawiający w takim stanie faktycznym, nie podejmując działań mających na celu wyjaśnienie treści oferty Odwołującego, odrzucił ją uznając, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wobec faktu, iż Odwołujący, w złożonym wraz z ofertą, załączniku nr 8 do SIWZ wskazał na konkretne urządzenie określając jego nazwę i model oraz oświadczając, iż posiada ono dekodery, Izba uznała, iż Zamawiający działając na podstawie przepisów ustawy Pzp nie miał podstaw ku temu, aby uznać, że oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu, nie wyczerpując uprzednio procedury opisanej w art. 87 ustawy Pzp. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty najkorzystniejszej spośród tych, które nie podlegają odrzuceniu. Podstawy dla odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu określone w art. 89 są określone w zbiorze przepisów, który jest katalogiem zamkniętym. Zamawiający rozstrzygając o tym, czy oferta powinna zostać odrzucona, czy też może powinna zostać przez niego oceniona w celu wybrania oferty najkorzystniejszej, zobowiązany jest dokonywać tego z dołożeniem należytej staranności. W ocenie Izby w rozpatrywanym przypadku Zamawiający nie zachował wymaganej od niego powołanej należytej staranności w procesie badania oferty złożonej przez Odwołującego. Z treści tej oferty nie wynika bowiem w sposób jednoznaczny, iż oferowana przez niego wieża nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego, a wobec faktu, iż Odwołujący wskazał jednoznacznie oferowane przez siebie urządzenie, określając jego nazwę i model, oczywistym, w ocenie Izby, jest, iż złożenie przez niego wyjaśnień, czy wskazany przez niego dekodery jest wymagany dekodery *Dolby Digital / DTS* nie powinno zmienić treści złożonej przez niego oferty. Wyjaśniłoby to jedynie, czy ten konkretny model urządzenia charakteryzuje się określonym przez Zamawiającego parametrem, czy też nie. A tym samym pozwoliłoby to wiążąco rozstrzygnąć, czy treść oferty złożonej przez Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, czy też podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Istotnym w rozpatrywanym przypadku jest również fakt, iż Zamawiający nie oczekiwał od Wykonawców złożenia żadnych dokumentów potwierdzających parametry oferowanych urządzeń, a poprzestał jedynie na złożeniu przez tych Wykonawców odpowiedniej treści oświadczeń zawartych w uzupełnionym załączniku 8 do SIWZ.

Wobec oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie przed Izba, iż Odwołujący przedstawił wystarczające dowody potwierdzające, iż oferowana przez Odwołującego wieża posiada wymagane przez niego parametry oczywistym wydaje się wniosek, iż Zamawiający uznał tym samym, że jego obecny stan wiedzy wyklucza jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej przez Odwołującego oferty.

W tym kontekście niezrozumiałym wydaje się Izbie twierdzenie Zamawiającego podniesione na rozprawie przez Izba, iż wymagał on, aby oferowane przez Wykonawców urządzenie (wieża) charakteryzowało się jednocześnie dwoma dekodernami – Dolby Digital i DTS. Dlatego też Izba oświadczenie to, w świetle powołanego przyznania przez Zamawiającego, iż oferowana przez Odwołującego wieża spełnia określone przez niego wymogi, uznała za niewiarygodne i nie znajdujące oparcia w przedstawionych Izbie dokumentach.

Izba nie oceniała również zasadności podnoszonego przez Zamawiającego zarzutu odnoszącego się do treści oferty Odwołującego, iż załączył on do oferty nieprawidłowy wzór umowy, ponieważ nie został on sformułowany po dokonaniu badania i oceny ofert, a tym samym nie został zawarty w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego. Dlatego też nie mógł on zostać zawarty w zarzutach podnoszonych w odwołaniu, a tylko w ich granicach zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp może orzekać Izba.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....