

Sygn. akt: KIO 2822/13

WYROK

z dnia 8 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2013 r. przez G..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „1. Przedsiębiorstwo Handlowe NET COM 2. G..... C..... wspólnik spółki cywilnej NET COM” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum w Krakowie,

przy udziale M..... S.....-G....., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe WIP M..... S.....-G.....”, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i zgłaszającej sprzeciw, co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę sprzętu komputerowego na potrzeby dydaktyki dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum w Krakowie i odrzucenie oferty M..... S.....-G....., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe WIP M..... S.....-G.....” w ww. części zamówienia, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. kosztami postępowania obciąża M..... S.....-G....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe WIP M..... S.....-G.....” i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez G..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „1. Przedsiębiorstwo Handlowe NET COM 2. G..... C..... wspólnik spółki cywilnej NET COM” tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od M..... S.....-G....., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe WIP M..... S.....-G.....” na rzecz G..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „1. Przedsiębiorstwo Handlowe NET COM 2. G..... C..... wspólnik spółki cywilnej NET COM” kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Krakowie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na sukcesywną dostawę sprzętu komputerowego na potrzeby dydaktyki dla jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum w Krakowie.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 28.08.2013 r. w Dz. Urz. U.E. Nr 2013/S 166-288296.

W dniu 29.11.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze oferty M..... S.....-Gr....., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wytwórczo-Handlowe WIP M..... S.....-G.....” (zwanej dalej „WIP” lub „Wnoszącą sprzeciw”) jako najkorzystniejszej w części I zamówienia.

W dniu 09.12.2013 r. G..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „1. Przedsiębiorstwo Handlowe NET COM 2. G..... C..... wspólnik spółki cywilnej NET COM” (zwany dalej „NETCOM”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności.

Odwołujący wskazał, iż oferowany przez WIP sprzęt pozostaje niezgodny z treścią SIWZ, a konkretnie opisem przedmiotu zamówienia (pkt 3.1. tiret 1, str. 1 SIWZ), gdzie zamawiający wymagał: *„Oferowany sprzęt musi być fabrycznie nowy i pochodzić z bieżącej produkcji oraz musi posiadać pakiet usług gwarancyjnych i wsparcie techniczne producenta obejmujące użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej”*. Tymczasem zaoferowany przez WIP skaner Epson Perfection V500 Photo nie jest już produkowany i nie ma możliwości, aby pochodził z bieżącej produkcji – zarówno aktualnie, jak i w momencie składania ofert (02.11.2013 r.).

Na dowód powyższej okoliczności odwołujący przedłożył oświadczenie Epson Europe B.V. Sp. z o.o. Oddział w Polsce z dnia 19 listopada 2013 r. o treści następującej:

„Informujemy, że firma Epson zakończyła produkcję skanera Perfection V500 Photo (nr produktu B11B189033) i od września 2013 roku, dostawy tego produktu na rynek polski nie są kontynuowane. Bezpośrednim następcą modelu Perfection V500 Photo jest Perfection V 550 Photo (nr produktu B11B210303)”

Ponadto drugim zarzutem podniesionym w odwołaniu względem oferty WIP było wskazanie, iż zaoferowany przez tego wykonawcę komputer NTT Business W944G nie jest typowym modelem firmy NTT i jej niedostępny w jej ofercie (nie ma w ogóle takiego komputera). Na dowód powyższego załączono wydruki ze strony internetowej NTT (www.ntt.pl), gdzie w spisie modeli komputerów ww. producenta, jednostka o takich oznaczeniach nie występuje.

Powyższe miało być niezgodne z wymaganym treścią SIWZ do złożenia w formularzu ofertowym oświadczeniem wykonawcy:

„Oświadczam, iż w chwili wyboru mojej oferty, jako najkorzystniejszej zobowiązuje się do dostarczenia, na minimum 3 dni robocze przed zawarciem umowy raportu badawczego wykonywanego przez notyfikowane laboratorium dla typowej konfiguracji dostępnej na stronie www producenta komputera potwierdzającego spełnianie wymogu dotyczącego poziomu emitowanego hałasu mierzonego wg normy ISO 7779 i wykazanego według normy ISO 9296 w trybie jałowym (IDLE), mierzonego z pozycji operatora, który wynosić będzie nie więcej niż poziomy określone w zał. 2a do SIWZ.”

Tym samym wykonawca oferujący komputer nieistniejący w ofercie danego producenta, nie będzie mógł wywiązać się z obowiązku dostarczenia ww. testów.

Odwołujący wniósł o powtórzenie oceny ofert w części I zamówienia z uwzględnieniem ww. okoliczności.

W dniu 13 grudnia 2013 r. zamawiających poinformował Prezesa KIO o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W dniu 21 grudnia 2013 r. WIP wniosła sprzeciw względem uwzględniania odwołania przez zamawiającego, wnosząc przy tym o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu wniesienia sprzeciwu wskazano m.in.:

„[...]”

W okolicznościach faktycznych mniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający w pkt 3 ppkt 3.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazał, iż „Oferowany sprzęt musi

być fabrycznie nowy i pochodzić z bieżącej produkcji oraz musi posiadać pakiet usług gwarancyjnych i wsparcie techniczne producenta obejmujące użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej". Jednocześnie, w zał. nr 4 do SIWZ (wzór umowy), sprecyzował w § 1 punkt 2 oraz 4, że „Dostarczany sprzęt musi być fabrycznie nowy i pochodzić z bieżącej produkcji oraz musi posiadać pakiet usług gwarancyjnych i wsparcie techniczne producenta obejmujące użytkowników z obszaru Rzeczypospolitej Polskiej” oraz, iż „dopuszcza zmiany postanowień zawartej umowy w zakresie modelu oferowanego sprzętu w przypadku, gdy model został wycofany z dystrybucji i zostanie zastąpiony innym o parametrach co najmniej takich jak model oferowany lub który został udoskonalony albo dodatkowo wyposażony, za cenę nie wyższą niż podana w ofercie." W tym też zakresie wymagane będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia na etapie podpisywania umowy. W treści samej specyfikacji brak jest jednak definicji pojęcia „bieżącej produkcji”(np. określenia zakresu czasowego), zatem rekonstrukcji zakresu tego pojęcia, zdaniem Uczestnika, należy dokonywać w oparciu o całość SIWZ, przy uwzględnieniu celów jakie przyświecały Zamawiającemu.

Zamawiający nie wprowadził do SIWZ odwołania się do pojęcia „modelu wycofanego z produkcji” (przywoływanego bezzasadnie w uznaniu odwołania), lecz w pełni świadomie odwołał się do „modelu wycofanego z dystrybucji”, jeżeli zatem przewidział dopuszczalność zmiany postanowień zawartej umowy w zakresie modelu oferowanego sprzętu, tylko w przypadku, kiedy model zostanie wycofany z dystrybucji w ogóle (zatem nie tylko na terenie Rzeczypospolitej Polskiej), i zastąpiony innym, to przyjęć należy, iż to właśnie dostępność na rynku danego urządzenia (fabrycznie nowego i pochodzącego z bieżącej produkcji a niekoniecznie w dacie bieżącej wyprodukowanego) winna być czynnikiem decydującym. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której już na etapie realizacji umowy - złożenia zapotrzebowania przez Zamawiającego produkt będący przedmiotem zamówienia nie byłby już produkowany, jednak ciągle znajdowałby się w dystrybucji co jest zupełnie normalne dla oferowanego typu produktów, wytwarzanych na magazyn a następnie kierowanych do sprzedaży w cyklu około 1-3 miesięcy (oferowane skanery nie są produktami wytwarzanymi na żądanie zamawiającego, bo nie jest to produkcja customizowana - „custom production”). W takim przypadku umowa nie podlegałaby przecież zmianie, a więc Zamawiający wymagałby dostawy produktu dostępnego w dystrybucji ale już przecież nieprodukowanego, czyli nie pochodzącego z bieżącej produkcji w rozumieniu Odwołującego. Skutkiem czego warunki umowy byłyby sprzeczne i niewykonalne (przy wnioskowaniu sugerowanym w odwołaniu). Tak więc Odwołujący wymaga dla siebie prawa do dostawy urządzenia nie pochodzącego z „bieżącej produkcji” (wg jego definicji) a odrzuca prawo Uczestnika do złożenia tożsamej ze wskazaną sytuacją oferty.

Niezależnie od powyższego, Uczestnik zauważa, iż suponowane przez Odwołującego rozumienie pojęcia „bieżącej produkcji” (odwołującej się do „bieżącej daty dziennej”) po pierwsze, czyniłoby wykonanie zamówienia niemożliwym (w świetle zapisów SIWZ), albowiem jeżeli zgodnie z postanowieniami umowy - w okresie związania nią stron - dostawy przedmiotu umowy mają być realizowane w zależności od potrzeb, na pisemne zapotrzebowanie Zamawiającego, jednak w terminie do 10 dni roboczych od daty jego złożenia, to w tym czasie nie ma fizycznej możliwości dostarczenia skanera, który miałby (konsekwentnie) zostać wyprodukowany dopiero po zgłoszeniu zapotrzebowania przez Zamawiającego. Zatem zawsze urządzenie dostarczone przez Wykonawcę będzie urządzeniem już istniejącym na magazynie (już wyprodukowane) w dacie złożenia zamówienia. Po drugie zaś, taka wykładnia tego pojęcia prowadzi do nieuprawnionych wniosków, iż ostatnia wyprodukowana partia danego produktu (pochodzącego przecież z bieżącej produkcji), nigdy, w myśl sugerowanego rozwiązania, nie będzie mogła zostać uznana za pochodzącą z produkcji bieżącej, albowiem producent zaprzestał dalszego wytwarzania danego urządzenia, mimo że magazyny producenta „są zapchane” fabrycznie nowym towarem, zgodnym, w naszym przypadku z wymaganiami Zamawiającego (i zawartej umowy).

Jednocześnie należy podkreślić, iż z załączonego do odwołania pisma przedstawiciela Epson Europę BV Oddział w Polsce z dnia 19 listopada 2013 roku (zatem skierowanego już po terminie składania ofert), nie sposób wykoncypować daty zakończenia produkcji skanera Perfection V500 Photo. Bowiem w sposób pewny wskazano jedynie, iż od września 2013 roku wstrzymana została dostawa tego produktu na rynek polski (co też nie oznacza nieistnienia stanów magazynowych skanera w Polsce). Jest to o tyle istotne, iż sam Zamawiający (jak wskazał w treści pisma uwzględniającego zarzuty odwołania), już po terminie składania ofert, skontaktował się z Centrum Obsługi Klienta firmy Epson, i uzyskał jednoznaczną informację, że przedmiotowy skaner „jest nadal (...) w produkcji”. Analogiczną deklarację uzyskał Uczestnik bezpośrednio przed datą składania ofert, dlatego też, mając równocześnie dostęp oraz możliwość zamówienia kwestionowanego modelu, umieścił go w ofercie.

Ponadto Uczestnik zauważa, że wbrew twierdzeniom samego Zamawiającego klauzula dotycząca „bieżącej produkcji” nie znalazła się ani w Załączniku nr 2a do SIWZ po zmianach, ani w Załączniku nr 1 do SIWZ. Oświadczenie tej treści znalazło się dopiero w Załączniku nr 4 stanowiącym wzór umowy. Zatem okoliczność ta nie została objęta treścią pisemnej oferty (składanej wszak według i zgodnie z wzorem przygotowanym przez Zamawiającego), zatem badana może być dopiero na etapie realizacji zamówienia (zgodnie z treścią umowy). Już z tej przyczyny, w ocenie Uczestnika, brak jest podstaw do przyjęcia, iż treść złożonej przezeń oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP.

Nie można również tracić z pola widzenia, że Odwołujący na poparcie swojego twierdzenia, iż dostawy na rynek polski skanera Epson V500 Photo zostały wstrzymane, podpira się oświadczeniem wyłącznie jednego z dystrybutorów. Uczestnik zwraca jednak uwagę, że produkt ten jest nadal dostępny na rynku u dystrybutorów z innych krajów (Zamawiający nie wymagał, aby produkt pochodził z dystrybucji krajowej) a nawet w sieci sprzedaży bezpośredniej Epson (zarówno model V500 jak i V550 są dostępne „w magazynie” - „in stock”). Są to wyroby nie regenerowane, nie refabrykowane pochodzące z bieżącej produkcji w standardowym tego słowa rozumieniu. Dowód: wydruk ze strony Epson Store z dnia 21 grudnia 2013r,

Na poparcie zaś twierdzenia, że ewentualne wstrzymanie produkcji pod koniec roku bieżącego, nie stoi na przeszkodzie dostarczenia, na dziś, przedmiotowego urządzenia Uczestnik przedstawia fakturę zakupu fabrycznie nowego skanera Epson V500 Photo, od innego krajowego sprzedawcy, który to skaner objęty jest pełną wymaganą gwarancją i suportem producenta na terenie RP. Dodaję , że skanery zakupione poza Polską również są objęte wymaganym suportem. Dowód: Faktura nr FN/000259A3 z dnia 18 grudnia 2013r.

W końcu Uczestnik zauważa, że wbrew twierdzeniom Odwołującego , zaproponowanie w ofercie skanera V500 zamiast V550 , nie zmieniłoby wyniku postępowania, gdyż oba skanery nie różnią się cenowo, a nawet zakładając , że tak i podejmując przeliczenie różnicy w cenach 6 sztuk skanerów zaoferowanych przez strony, to nadal oferta Uczestnika jest niższa cenowo.

Odnosząc się z kolei do drugiego z formułowanych przez Odwołującego zarzutów, wskazać należy iż w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy nie znajduje on logicznego uzasadnienia.

Po dokonanych przez siebie zmianach w SIWZ Zamawiający dodał, zarówno do formularza składanej oferty - Załącznik nr 1 do SIWZ, jak i do zmienionego Załącznika nr 4 do SIWZ (umowa), zapis następującej treści:

„Oświadczani, iż w chwili wyboru mojej oferty, jako najkorzystniejszej zobowiązuje się do dostarczenia, na minimum 3 dni robocze przed zawarciem umowy raportu badawczego wykonywanego przez notyfikowane laboratorium dla typowej konfiguracji dostępnej na stronie www producenta komputera potwierdzającego spełnianie wymogu dotyczącego poziomu emitowanego hałasu mierzonego wg normy ISO 7779 i wykazanego według normy ISO 9296 w trybie jałowym (IDLE), mierzonego z pozycji operatora, który wynosić będzie nie więcej niż poziomy określone w zał. 2a do SIWZ.”

Abstrahując już od okoliczności wskazywanych w odniesieniu do pierwszego zarzutu odwołania, tj. niedopuszczalności odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o okoliczność, która nie podlega ocenie na etapie oceny samej oferty (kopia testu wymagana jest po wyborze

oferty), to należy zauważyć, że Komputer NTT Business W 944G jest przecież przez cały czas dostępny w stałej ofercie producenta, w sklepie internetowym pod adresem WWW.nttonline.pl. Odrzucenie zaś oferty Uczestnika, tylko w oparciu o okoliczność, iż dotarcie do modelu przedmiotowego komputera i jego konfiguracji, jest możliwe dopiero po wcześniejszym zarejestrowaniu w serwisie nie znajduje oparcia, nie tylko w sformułowanych przez Zamawiającego postanowieniach SIWZ, lecz również w zasadach logicznego rozumowania.

W załączeniu Uczestnik przedkłada również Oświadczenie producenta komputerów stacjonarnych wydane w niniejszej sprawie, przyjmując przedstawione przezeń twierdzenia jak za własne (i z tej przyczyny nie powielając ich w treści uzasadnienia niniejszego sprzeciwu), wraz z załącznikami, tj. zrzutem ze strony WWW.nttonline.pl zawierającym widoczną konfigurację NTT Business W 944G, Certyfikat zgodności z MS Windows 7 - zrzut ze strony Windows Logo'd Products List firmy Microsoft, Zawartość Windows hardware certification report dla komputera NTT Business W 944G oraz zrzut ze strony <http://www.eu-energystar.org> zawierający konfigurację NTT Business W 944G.

Dowody:

1. Oświadczenie producenta NTT System S.A.,
2. Zrzut ze strony WWW.nttonline.pl zawierającym widoczną konfigurację NTT Business W 944G,
3. Certyfikat zgodności z MS Windows 7 - zrzut ze strony Windows Logo'd Products List firmy Microsoft,
4. Zawartość Windows hardware certification report dla komputera NTT Business W 94.4G,
5. Zrzut ze strony <http://wxmv.eu-energystar.org> zawierający konfigurację NTT Business W 944G.

Powyżej powołane argumenty, zarówno w odniesieniu do pierwszego, jak i drugiego z zarzutów, pozostają również w zgodzie z ugruntowaną zasadą, że wszelkie niejasności zapisów SIWZ (które, jak przyznaje sam Zamawiający w uznaniu odwołania, były) należy tłumaczyć na korzyść wykonawców (wszystkich - nie jednego - niezadowolonego z wyniku przetargu) /tak też Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 9 lipca 2008 roku sygn. akt: KIO/UZP 636/08/. Zamawiający nie powinien bowiem dowolnie interpretować zapisów SIWZ i oceniać przedstawionych przez wykonawców dokumentów przez pryzmat tego, co zamierzał napisać w specyfikacji, zamiast tego, co faktycznie w niej napisał, bądź co dotkliwsze - zmieniać przyjętego rozumienia jedynie w obliczu ryzyka poniesienia kosztów postępowania odwoławczego. Tym bardziej, że załączone do Odwołania dokumenty i przytoczone argumenty, są tożsame z tymi przedstawionymi przez odwołującego w toku

postępowania. Niezrozumiała jest zatem zmiana stanowiska samego Zamawiającego, który dysponując dokładnie tymi samymi danymi w toku dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty, wybrał przecież świadomie ofertę Uczestnika.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Adekwatne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przedmiot oferty WIP akuratnie opisano w treści pism procesowych, co zostało zreferowane powyżej.

W trakcie wyrokowania Izby uwzględniła i oceniła wszystkie dowody wnioskowane przez strony w zreferowanych wyżej pismach procesowych.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż według art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ);

a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

W treści odwołania odwołujący przytoczył niewłaściwe przepisy ustawę stanowiące podstawę prawną zarzutów odwołania. Zamawiający nie naruszył w tym przypadku art. 7, art. 29, ani art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp. Jednakże w związku z powołanymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi, możliwe było zrekonstruowanie zarzutów odwołania i odniesienie ich do niezgodności treści oferty wybranej z treścią SIWZ. Prawidłową materialną podstawę dla rozpoznania zarzutów odwołania stanowił więc w tym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Natomiast błędy odwołującego we wskazaniu podstawy prawnej zarzutów, zwłaszcza w związku z faktem, iż odwołanie nie zostało sporządzone i wniesione przez profesjonalnego pełnomocnika, nie przekreśliły możliwości przyjęcia odwołania do rozpoznania i orzeczenia o zarzutach w nim podniesionych.

Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący zaoferowanego skanera jest zasadny – WIP zaoferowała sprzęt wycofany już z produkcji, a tym samym niezgodny z wymaganiem SIWZ odnoszącym się do produkcji bieżącej sformułowanymi w pkt 3.1. tiret 1, str. 1 SIWZ. W tym zakresie należało uznać ofertę WIP za nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wymóg SIWZ polegający na wskazaniu, iż oferowany sprzęt musi być fabrycznie nowy i pochodzić z bieżącej produkcji, jest w ocenie Izby jasny i nie powinien być interpretowany w sposób postulowany przez Wnoszącą sprzeciw.

Znaczenie frazy „fabrycznie nowy” nie jest pomiędzy stronami sporne i nie budzi kontrowersji. Natomiast Wnosząca sprzeciw podnosi, że wymóg „pochodzenia z bieżącej produkcji” oznacza konieczność zaoferowania urządzenia nowego, ciągle dostępnego w dystrybucji, którego produkcja mogła się już jednak zakończyć.

Tymczasem według zastanego znaczenia słowa na gruncie języka polskiego, a rekonstruowanego chociażby na podstawie wydawnictw słownikowych (np. Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN), „bieżący” to „przypadający na chwilę obecną”, a

także „płynący, posuwający się naprzód”. Tym samym bieżąca produkcja to produkcja trwająca i kontynuowana w chwili obecnej, aktualnie. Powyższe nie daje się sprowadzić do absurdu przez wywodzenie, jakoby przy tego typu interpretacji, wymagania SIWZ dotyczyły konieczności zaoferowania egzemplarza urządzenia wyprodukowanego w chwili złożenia oferty lub dostawy. Przedmiotowy wymóg specyfikacji dotyczący zamawianego sprzętu odnosi się nie do momentu wyprodukowania danego egzemplarza, ale do produkcji danego asortymentu – oferowane urządzenie ma być modelem, który jest cały czas przez danego producenta wytwarzany. Innymi słowy, produkcja danego typoszeregu urządzenia nie została zakończona – ostatnie egzemplarze danego modelu nie zjechały jeszcze z taśm produkcyjnych. Oczywistym jest, iż dostarczony może być egzemplarz wyprodukowany w dowolnym momencie, pod warunkiem, iż będzie to egzemplarz fabrycznie nowy, a więc taki, który nie został jeszcze użyty, a urządzenia tego rodzaju cały czas są produkowane. Produkcja bieżąca nie oznacza równie produkcji dokonującej się w jakimkolwiek momencie w przeszłości (kiedy produkcja dziś już zakończona, była jeszcze „bieżącą”), ale jest produkcją kontynuowaną obecnie – w tym przypadku w okresie oferowania danego sprzętu. Ponadto należy tu wskazać, iż w treści swoich wystąpień procesowych, w których przeprowadza interpretację adekwatnych postanowień SIWZ, Wnosząca sprzeciw zdaje się mieszać znaczenie rozróżnienia pomiędzy oferowaniem rzeczy oznaczonych, co do gatunku i co do tożsamości. Owszem, możliwe jest, iż konkretne egzemplarze urządzeń, które WIP chciała sprzedać zamawiającemu i które zalegają w jej magazynie, nabyte przez nią w przeszłości, w momencie zakupu pochodziły „z bieżącej produkcji”, tj. ich produkcja była wtedy ciągle kontynuowana. Jednakże przedmiotem jej oferty nie są wcale rzeczy oznaczone co do tożsamości, a więc konkretne, jednostkowe urządzenia. Przeciwnie, oferowano dostawę rzeczy oznaczonych co do gatunku – jakichkolwiek jednostek sprzętowych wskazanego w ofercie modelu Perfection V500 Photo. Tymczasem ww. urządzenie z bieżącej, a więc trwającej i kontynuowanej produkcji takich urządzeń, pochodzić już nie może.

Za rozstrzygający w tym zakresie uznano dowód załączony do odwołania – oświadczenie producenta oferowanego skanera, firmy Epson. W świetle ww. dowodu, produkcja modelu skanera zaoferowanego przez WIP, została zakończona, najpóźniej w dacie wystawienia oświadczenia, a więc w dniu 19 listopada 2013 r. Jakiegokolwiek dowody czy oświadczenia WIP powyższego faktu nie zdołały podważyć (w szczególności powoływanie się w tym zakresie na nieoficjalne informacje, które miał uzyskać wykonawca lub zamawiający od producenta).

Zresztą okoliczność, iż produkcja oferowanego skanera zakończyła się, zostało przyznane na rozprawie przez Wnoszącą sprzeciw (str. 4 Protokołu z rozprawy), która podnosiła jednak, iż w świetle ww. dowodu nie wiadomo, czy produkcja zakończyła się przed datą otwarcia ofert w postępowaniu (02.11.2013 r.).

Tymczasem okoliczność ta jest bez znaczenia dla stwierdzonej niezgodności oferty z SIWZ. Wymaganie, aby oferowany sprzęt pochodził z bieżącej produkcji rozciąga się, co najmniej na cały okres związania ofertą. Brak powodów, aby odnosić je tylko do dnia składania ofert. Zobowiązanie do zaoferowania świadczenia zgodnego z SIWZ, w przeciwieństwie do spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie jest badane li tylko na datę składania czy otwarcia ofert. Można mnożyć przykłady przypadków i sytuacji, w których oferta (przybierająca kształt konkretnego opisu oferowanego świadczenia), była zgodna z treścią SIWZ w dacie składania ofert, ale następnie, na skutek różnorodnych zdarzeń, takową być przestała i zaktualizował się obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Tak też w tym przypadku, nawet jeżeli w dacie jej składania, oferta WIP pozostawała zgodna z SIWZ (co w świetle całokształtu oświadczenia EPSON, jest mało prawdopodobne), to w dniu 19.11.2013 r. zgodna już nie była. Najpóźniej od tej daty model skanera oferowany przez Wnoszącą sprzeciw został wycofany z produkcji, czyli nie jest już aktualnie produkowany, chociaż niewątpliwie nieużywane egzemplarze tego urządzenia są na rynku ciągle sprzedawane i dostępne (o czym przesądzają dowody przedstawione przez WIP).

Należy dodać, iż w świetle przedmiotowych postanowień SIWZ, obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę było zadbanie i zabezpieczenie się, aby oferować sprzęt, który z dnia na dzień z produkcji nie zostanie wycofany.

Ponadto Izba nie dostrzega żadnych sprzeczności pomiędzy postanowieniami SIWZ odnoszącymi się do sprzętu oferowanego, a analogicznymi wymaganiami projektu umowy dotyczącymi sprzętu dostarczanego. Natomiast w jaki sposób strony będą oceniać skutki niewykonania tego typu zobowiązania, albo w jaki sposób i na jakiej podstawie zmieniać umowę w przypadku wycofania sprzętu z produkcji, pozostaje kwestią odrębną.

W związku z potwierdzeniem ww. zarzutu, odwołanie uwzględniono i nakazano odrzucenie oferty WIP jako nieodpowiadającej SIWZ. Przy czym uznano również, iż nie zachodzą w tym przypadku przesłanki do poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, czego zresztą Wnosząca sprzeciw wcale nie postulowała.

Za oczywiście niezasadny uznano natomiast drugi z zarzutów odwołania dotyczący dostarczenia przez wykonawcę *raportu badawczego wykonywanego przez notyfikowane laboratorium dla typowej konfiguracji dostępnej na stronie www producenta komputera potwierdzającego spełnianie wymogu dotyczącego poziomu emitowanego hałasu.*

W świetle dowodów przedstawionych przez WIP (załączonych do sprzeciwu) oferowany komputer jest wskazany na stronie internetowej producenta, znajduje się w ofercie NTT, a zobowiązanie dotyczące przedstawienia raportów uwzględniających jego standardową

konfigurację podaną na stronie producenta www.nttonline.pl, jest jak najbardziej możliwe do wypełnienia.

W treści postanowień SIWZ brak jakichkolwiek szczególnych wymogów oraz dookreślenia rodzaju strony www producenta oferowanego komputera. Izba nie podziela więc stanowiska odwołującego, aby miała to być strona główna czy powszechnie dostępna.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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. Nr 41, poz. 238).