

**WYROK**

**z dnia 23 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: R&G PLUS Sp. z o. o., DTI Polska Sp. z o. o., ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Sp. z o.o., ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź

przy udziale wykonawcy NOVAMEDIA Innovision sp. z o. o., ul. Złota 74, 62-800 Kalisz zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2083/14 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża NOVAMEDIA Innovision sp. z o. o., ul. Złota 74, 62-800 Kalisz i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Konsorcjum: R&G PLUS Sp. z o. o., DTI Polska Sp. z o. o., ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od NOVAMEDIA Innovision sp. z o. o., ul. Złota 74, 62-800 Kalisz na rzecz Konsorcjum: R&G PLUS Sp. z o. o., DTI Polska Sp. z o. o., ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa procesowego.

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 Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Spółka z o.o., ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest **Dostawa systemu informacji pasażerskiej oraz monitoringu i emisji reklam z okablowaniem, w kompletach przeznaczonych do montażu w dwóch typach wagonów tramwajowych: 805Na (czterodrzwiowe) i 805Na/3D (trzydrzwiowe) - Nr sprawy: WZ-091-78/14.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29.07.2014 r. pod nr 2014/S 143-257834.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania tj. informację o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy: NOVAMEDIA INNOVISION sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu, przy ul. Złotej 74, zwanej dalej „NOVAMEDIA” Odwołujący(wykonawcy występujący wspólnie): R&G PLUS sp. z o.o., ul. Traugutta 7, 39-300 Mielec i DTI Polska sp. z o.o., ul. Madalińskiego 9, 70-101 Szczecin, powziął w dniu 30 września 2014r.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 8 października 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez NOVAMEDIA, mimo iż treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
- art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NOVAMEDIA, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia.

W ślad za powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) nakazanie odrzucenia oferty NOVAMEDIA,
- 5) nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący.

Według Odwołującego, treść tej oferty NOVAMEDIA nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał przedmiot w SIWZ oraz w załącznikach do SIWZ:

1) SIWZ str. 13 pkt X. 3.1 n: w pkt n, w wymaganiach dotyczących kompletności oferty Zamawiający wymagał złożenia Oświadczenia o bezhalogenowości okablowania i zgodności z polską normą kolejową PN/K 02511, zgodnie ze wzorem oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym; w pkt II 10 (str. 3 formularza ofertowego) Zamawiający zawarł oświadczenie następującej treści: „dostarczone przez nas okablowanie będzie bezhalogenowe i zgodne z polską normą kolejową PN/K 02511”,

2) w Załączniku nr 7 do SIWZ - Projekt umowy § 1 ust. 1 Zamawiający podkreślił wagę, jaką przywiązuje do rodzaju okablowania: „Przedmiotem niniejszej umowy jest dostawa asortymentu wchodzącego w skład 30 kompletów systemu informacji pasażerskiej oraz monitoringu i emisji reklam (komplet rozumiany, jako wyposażenie dwóch wagonów tramwajowych), przeznaczonych do montażu w wagonach tramwajowych typu 805Na (czterodrzwiowe) i 805Na/3D (trzydrzwiowe) z okablowaniem bezhalogenowym i zgodnym z norma PN/K 02511 .....”,

3) kwestia okablowania została podkreślona również w Załączniku nr 8 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia na 30 par wagonów: 805Na/3D (3-drzwiowe) i 805Na (4-drzwiowe)” - Założenia ogólne pkt 1 a) - Zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako: dostawa asortymentu wchodzącego w skład 30 kompletów systemu informacji pasażerskiej oraz monitoringu i emisji reklam (komplet rozumiany jako wyposażenie dwóch wagonów tramwajowych), przeznaczonych do montażu w wagonach tramwajowych 805Na/3D (trzydrzwiowe) i 805Na (4-drzwiowe) z okablowaniem bezhalogenowym....., a dodatkowo w pkt 2d) Zamawiający wymagał, że Każdy dostarczony komplet musi co najmniej spełniać następujące wymagania: być przystosowany do eksploatacji w temperaturze otoczenia o zakresie od -25 C do +50 C.

Jednocześnie zwrócił uwagę, że w ofercie NOVAMEDIA złożonej w przedmiotowym postępowaniu na str. 9 - System informacji pasażerskiej - zestawienie przewodów i złącz oraz na str. 19 - System informacji pasażerskiej - zestawienie przewodów i złącz wskazano:

- a) Przewód mikrofonowy Tasker CI 14 - producent Tasker;
- b) Przewód do głośników TAS-C102-2.50 - producent Tasker.

W swoim odwołaniu zauważył, że z informacji publikowanych przez producenta oferowanych przewodów wynika jednak, że oferta NOVAMEDIA nie odpowiada treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego z analizy danych producenta wynika, iż zaoferowane przewody nie spełniają wymagań Zamawiającego, gdyż nie są to kable bezhalogenowe.

Ponadto zarzucił, że kable te nie mogą one być użyte ze względu na zakres temperatur wskazywany przez producenta (-15 C/+70 C), podczas gdy Zamawiający wymaga co najmniej w zakresie (-25 C do +50 C).

Wskazał również, że zaoferowane przewody są w izolacji PVC (polichlorek winylu) oraz PE (polietylen), co oznacza, że nie należą do grupy przewodów bezhalogenowych.

W ocenie Odwołującego te okoliczności powodują, iż treść (merytoryczna) oferty nie odpowiada treści SIWZ, co z kolei obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie własnych twierdzeń przedłożył wydruki ze strony producenta kabli i przykładowego dystrybutora (załączniki nr 4 i 5 do odwołania).

Nadto zaznaczył, iż w przedmiotowej sytuacji nie ma podstaw do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w ofercie NOVAMEDIA zostały wyraźnie wskazane informacje dotyczące właściwości oferowanych elementów przewodów, co nie wymaga wyjaśnienia i nie pozwala na dokonanie poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przedstawiając kolejny zarzut wskazał, iż oferta NOVAMEDIA jest dotknięta nieważnością określoną w innych przepisach.

Zauważył, że na str. 11. i 21 NOVAMEDIA wskazała urządzenia wchodzące w skład systemu obsługi pasażerów oferując Kasownik KRG-6KM (P/N: 0 00 79 056.01 produkcji R&G PLUS Sp. z o. o.).

**Odwołujący podkreślił przy tym, że do dnia złożenia przedmiotowego odwołania nie wpłynęło od spółki NOVAMEDIA żadne zapytanie do R&G na przedmiotowe kasowniki.**

Te okoliczności – zdaniem Odwołującego - powodują, iż wysoce prawdopodobne są znaczne utrudnienia w realizacji przedmiotowego zamówienia i brak pewności ze strony R&G co do ewentualnej ceny i czasu realizacji takiego zamówienia.

Oświadczył, że R&G z uwagi na duży pakiet zamówień w ciągu najbliższego pół roku, przyjmuje zamówienia z bardzo dużym wyprzedzeniem, a brak jakiegokolwiek zapytania ze strony NOVAMEDIA na wskazane w ofercie urządzenie skierowanego do R&G powoduje, iż w ocenie R&G, jako producenta urządzeń realizacja zamówienia w oczekiwanym przez Zamawiającego terminie będzie de facto niemożliwa.

**Ta sytuacja – w opinii Odwołującego - skutkuje koniecznością uznania, że oferta NOVAMEDIA jest ofertą nieważną na podstawie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, który znajduje zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ustawy Pzp - umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.**

Odwołujący stanął na stanowisku, że jeżeli NOVAMEDIA nie zakontraktowała wskazanych w ofercie urządzeń to nie ma możliwości ich dostarczenia, a nie ma również możliwości dokonania zmiany w tym zakresie oferty, ponieważ nie zachodzi tu żadna z przesłanek pozwalających na dokonanie zmiany treści oferty.

W tej sytuacji, skoro NOVAMEDIA nie ma możliwości dostarczenia w wymaganym przez Zamawiającego terminie zamówienia, mamy do czynienia – w ocenie Odwołującego - z ofertą nieważną, co do której Zamawiający ma obowiązek dokonać czynności jej odrzucenia.

Pismem z dnia 10 października 2014r. wykonawca: NOVAMEDIA, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 15 października 2014r. Zamawiający przedstawił informację o uznaniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w którym oświadczył, że uwzględnia zarzuty zawarte w odwołaniu w zakresie niezgodności treści oferty NOVAMEDIA z treścią SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że wskazana w treści odwołania kwestia zaoferowania przez NOVAMEDIA kasowników KRG-6KM (P/N: 0 00 79 056.01 produkcji R&G PLUS Sp. z o. o.) nie jest możliwa do oceny Zamawiającego, gdyż nie posiada on wiedzy, czy zaistniała sytuacja może mieć wpływ w przyszłości na prawidłową realizację przedmiotowej umowy.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 września 2014r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 października 2014r. o uznaniu zarzutów przedstawionych w odwołaniu, pisma Przystępującego z dnia 23 października 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Na posiedzeniu pełnomocnik Zamawiającego złożył oświadczenie, iż uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego, a Przystępujący w swoim piśmie procesowym wniósł sprzeciw przeciwko uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości, zatem Izba postanowiła rozpoznać przedmiotowe odwołanie.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale X ust.3 pkt. 1) a) 2 ustanowił postanowienie dotyczące zawartości oferty wskazując, że kompletna oferta winna zawierać formularz ofertowy, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ(niedopuszczalne jest jakiegokolwiek dopisywanie lub inna ingerencja w jego treść sugerująca, że wykonawca nie zgadza się na wszystkie warunki w nim zawarte) wraz ze sporządzonymi samodzielnie przez Wykonawcę, odrębnie dla wagonu 805Na(czterodrzwiowego) i wagonu 805Na/3D(trzydrzwiowych) wykazami okablowania(wraz z niezbędnymi elementami złącznymi) wchodzącego w skład kompletu systemu informacji pasażerskiej – w ujęciu asortymentowym i ilościowym, z podaniem numerów katalogowych i producentów okablowania.

Nadto Izba stwierdziła, że Przystępujący na stronie 4 swojej oferty w rozdziale II pkt. 10 oświadczył, że dostarczone przez niego okablowanie będzie bezhalogenowe i zgodne z polską normą kolejową PN/K 02511.

W rozdziale VI lit. b na stronie 5 oferty Przystępujący oświadczył, że ofertę stanowią załącznik nr 1 wypełniony formularz ofertowy wraz ze sporządzonymi samodzielnie przez Wykonawcę, odrębnie dla wagonu 805Na(czterodrzwiowego) i wagonu 805Na/3D(trzydrzwiowych) wykazami okablowania(wraz z niezbędnymi elementami złącznymi) wchodzącego w skład kompletu systemu informacji pasażerskiej – w ujęciu asortymentowym i ilościowym, z podaniem numerów katalogowych i producentów okablowania.

W wykonaniu powyższych zobowiązań Przystępujący w sporządzonym przez siebie wykazie na stronie 9 swojej oferty oświadczył, że dostarczy przewód mikrofonowy Tasker C114 – producent Tasker – w ilości 8 szt./m i przewód do głośników TAS-C102-2.50 – producent Tasker – w ilości 124,5 szt./m. oraz na stronie 19 swojej oferty oświadczył, że dostarczy przewód mikrofonowy Tasker C114 – producent Tasker – w ilości 8 szt./m i przewód do głośników TAS-C102-2.50 – producent Tasker – w ilości 139,5 szt./m.

W rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcia wymagało zagadnienie czy treść złożonej przez Odwołującego oferty pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ.

Odpowiadając na tak sformułowane pytanie Izba uznała zarzut Odwołującego sprzeczności treści złożonej przez Przystępującego oferty z treścią SIWZ za uzasadniony.

Według zapatrywania Izby z zestawienia powyższych oświadczeń wynika, że oświadczenie Odwołującego zawarte na stronie 9 i 19 oferty pozostawało w sprzeczności z wymogiem Zamawiającego określonym w pkt. 1.1 lit.a i 1.2 li.d załącznika nr 8 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia na 30 par wagonów: wagonu 805Na/3D (trzydrzwiowe) i 805Na (czterodrzwiowe) dostawy okablowania bezhalogenowego.

Powyższe okoliczności zostały wykazane przez Odwołującego dowodami zawartymi w załącznikach nr 4 i 5 do odwołania(wyciągi ze strony internetowej producenta), z których wynika, że zaoferowane zostały kable niespełniające wymogu bezhalogenowości i temperatury.

Wobec tego Izba przyjęła, że Przystępujący złożył oświadczenie woli sprzeczne z treścią SIWZ, z tego powodu, że zaoferował on kable inne niż bezhalogenowe



nieodpowiadające wymaganym przez Zamawiającego parametrom w zakresie temperatury, bowiem każdy dostarczony komplet musiał być przystosowany do eksploatacji w temperaturze otoczenia o zakresie od - 25° do +50°, a Przystępujący zaproponował zakres od - 15° do +70°(vide: załącznik nr 4 i 5 do odwołania).

Powyższe okoliczności nie były przedmiotem sporu pomiędzy Odwołującym a Przystępującym i zostały przyznane przez Przystępującego w pkt.1.38 na stronie 9 jego pisma procesowego z dnia 23 października 2014r., gdzie stwierdził, że „z uwagi na charakter popełnionej omyłki, która sprowadza się do podania błędnego oznaczenia modelu przewodu winna być traktowana jako omyłka pisarska. Należy zauważyć, że w ofercie Przystępującego wskazano przewody mikrofonowe Tasker C114 oraz przewody głośnikowe TAS-C102-2.50....zamiast, przykładowo Tasker C128 PUR dla przewodów mikrofonowych(przewód bezhalogenowy, zakres pracy w temperaturach od -40°do +80°) oraz Tasker HF275/HF276 dla przewodów mikrofonowych(przewód bezhalogenowy, zakres pracy w temperaturach od -40°do +80°) należących do grupy przewodów bezhalogenowych....”.

Jednocześnie Przystępujący, jako swoją linię obrony przyjął fakt złożenia w ofercie oświadczenia o dostarczeniu bezhalogenowego okablowania oraz okoliczność popełnienia omyłek w trybie art.87 ust.1 pkt.1 i 3 ustawy Pzp, z możliwością ich wyjaśnienia na podstawie art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba nie mogła uznać powyższej argumentacji Przystępującego za uzasadnioną.

Izba nie uznała powyższego oświadczenia Przystępującego o dostarczeniu bezhalogenowego okablowania za wystarczające do związania się ofertą w spornym zakresie, w warunkach złożenia oświadczenia o dostarczeniu innych kabli niż wymagane treścią SIWZ.

Kompletna oferta w świetle powołanych na wstępie postanowień SIWZ, to taka, która zawierała wykaz ilościowo-asortymentowy z odpowiednim podaniem numerów katalogowych i producentów okablowania.

Złożona zaś przez Przystępującego oferta wskazywała na inne produkty nieposiadające właściwości zastrzeżonych treścią SIWZ i nie specyfikowała tych produktów oczekiwanych przez Zamawiającego.

Jednocześnie Izba nie zakwalifikowała powyższych oświadczeń Przystępującego z

wykazu ilościowo-asortymentowego, jako złożonych w warunkach omyłki, o której mowa w art.87 ust.2 pkt 1 i pkt.3 ustawy Pzp.

Pierwszy przypadek Izba mogłaby potraktować jedynie, jako błąd przy sporządzaniu oferty, jak zresztą przyznał na rozprawie sam Przystępujący – czynnika ludzkiego, lecz w żaden sposób nie może być on potraktowany, jako omyłka pisarska, która nie może być porównywana do działania wykonawcy w warunkach niestaranego sporządzenia oferty.

Jednocześnie w ocenie Izby właściwości kabli mają istotne dla Zamawiającego znaczenie, jak chociażby w zakresie bezpieczeństwa eksploatacji, a zatem zmiana treści oferty w takim przypadku byłaby istotna, co wyklucza możliwość zastosowania przepisu art.87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp.

Ostatecznie, zdaniem Izby - Zamawiający nie mógł samodzielnie ustalić treści oświadczenia woli Przystępującego, a gdyby do tego przystąpił, oznaczałoby to prowadzenie negocjacji i zmianę treści SIWZ, co jest sprzeczne z art.87 ust.1 zd.2 ustawy Pzp.

W powyższej sytuacji faktyczno-prawnej prowadzenie wyjaśnień w trybie przepisu art. art.87 ust.1 zd.1 ustawy Pzp prowadziłyby do ustalenia nowego oświadczenia woli Przystępującego, nie znanego Zamawiającemu w chwili złożenia oferty, co naruszałoby fundamentalną zasadę równości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przechodząc do rozstrzygnięcia drugiego zarzutu odwołania, Izba nie uwzględniła go, uznając, iż przytoczone przez Odwołującego okoliczności dotyczące niemożliwości świadczenia przez Przystępującego, jako za pozostające w sferze hipotetycznej.

Nadto Odwołujący – w ocenie Izby - nie udowodnił, jaki jest i będzie zasób Przystępującego w zakresie jego możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia.

Należy również zaznaczyć, że poza sporem w niniejszej sprawie jest kwestia wiarygodności Przystępującego, jako podmiotu realizującego podobne zamówienia, wobec czego nie był on zobowiązany do jej wykazywania w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....**