

Sygn. akt: KIO 958/14

WYROK
z dnia 26 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2014 r. przez wykonawcę **TDC Polska Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Bibliotekę Raczyńskich w Poznaniu, Pl. Wolności 19, 61-739 Poznań**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TDC Polska Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **TDC Polska Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **TDC Polska Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań** na rzecz **Biblioteki Raczyńskich w Poznaniu, Pl. Wolności 19, 61-739 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Biblioteka Raczyńskich w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę sprzętu multimedialnego wraz z wdrożeniem do projektu „Rozbudowa Biblioteki Raczyńskich w Poznaniu””. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23 stycznia 2014 r. pod nr 2014/S 016-024142.

W postępowaniu tym firma TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 15 maja 2014 r. złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 14 maja 2014 r. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 8 maja 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 16 maja 2014 r. Do postępowania odwoławczego do upływu terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 26 maja 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odrzuceniu jego oferty jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że jej treść odpowiadała treści SIWZ oraz
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, mimo iż nie wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty Odwołujących,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. dopuszczenie dowodu z dokumentów powołanych w treści odwołania,
4. dopuszczenie dowodu z przesłuchania Pana A..... M..... w charakterze świadka oraz
5. dopuszczenie dowodu z przesłuchania Pana J..... N..... w charakterze Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił też, że w dniu 30 kwietnia 2014 r. zarejestrowane zostało przekształcenie spółki cywilnej TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N....., która złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu, w spółkę pod firmą TDC Polska Sp. z o.o., w związku z czym Odwołujący stał się następcą prawnym wyżej powołanej spółki cywilnej i zgodnie z art. 553 § 1 kodeksu spółek handlowych przysługują mu wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, w tym również interes prawny do złożenia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na stan faktyczny w przedmiotowej sprawie. Podniósł, że w dniu 9 kwietnia 2014 r. Zamawiający dokonał oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu i wybrał ofertę Audiotech S. K....., A. U..... Sp.j. jako najkorzystniejszą. Z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a treść jego oferty nie odpowiadała treści SIWZ w dniu 17 kwietnia 2014 r. Odwołujący wniósł odwołanie, co do którego Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2014 r. uwzględnił wszystkie zarzuty, a następnie w dniu 8 maja 2014 r. unieważnił postępowanie i odrzucił wszystkie oferty złożone w postępowaniu. Zamawiający uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że oferowany przez Odwołującego produkt LISTEN LA-311 (walizka z ładowarką), wbrew wymogom SIWZ, nie posiada zdejmowanej pokrywy, a jej wymiary przekraczają maksymalne wymiary dopuszczone w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto zarzucił Odwołującemu, iż oferowane przez niego urządzenie RDL EZ-PA20 (wzmacniacz mocy) nie posiada przełącznika trybu pracy stereo/bridge na tylnym

panelu (posiada jedynie przełącznik trybu pracy mono/stereo). Ostatni zarzut podniesiony przez Zamawiającego dotyczył oferowanego aparatu fotograficznego z osprzętem. Zgodnie z pkt 3.12 poz. 4 Załącznika nr 8 do SIWZ wykonawcy mieli zaoferować cztery tła o wymiarach min. 2 x 3 m (kolor: biały, szary, czarny i beżowy). Zdaniem Zamawiającego jednak Odwołujący zaoferował jedynie 4 szt. tła białego.

Odwołujący nie zgodził się z powołanymi wyżej zarzutami i uznał je za bezpodstawne. Wyjaśnił, iż produkt LISTEN LA-311 (walizka z ładowarką) posiada funkcję zdejmowania pokrywy, a jej wymiary nie przekraczają wielkości 46 x 33 x 18 cm, a powyższe potwierdza pismo z dnia 13 maja 2014 r. producenta wymienionego urządzenia, od którego Odwołujący miał je zakupić. Wskazał, że w piśmie firma Listen Technologies Corporation jednoznacznie deklaruje, że wyprodukuje dla Odwołującego urządzenie LISTEN LA-311 na specjalne zamówienie, które będzie wyposażone w zdejmowaną pokrywę oraz o wymiarach nieprzekraczających 46 x 33 x 18 cm. Zatem według niego zaoferowany przez Odwołującego produkt spełnia wymogi określone w pkt 3.1 „Stanowisko Typ 1 - System wycieczkowy, poz. 7 Załącznika nr 8 do SIWZ.

Co do drugiego zarzutu, że oferowany przez Odwołującego wzmacniacz mocy RDL EZ-PA20 posiada przełącznik trybu pracy stereo/bridge na tylnym panelu podniósł, że oznaczenie na zewnętrznej części urządzenia wskazuje wprawdzie, że posiada ono przełącznik trybu pracy mono/stereo, to producent tego urządzenia - firma RDL Europe B.V. potwierdza jednak wyraźnie, że słowo „mono” w tym wypadku oznacza *de facto* funkcję „bridge”, która polega na tym, że oba głośniki grają ten sam sygnał wejściowy bez rozróżnienia na kanał lewy i prawy. Ponadto zauważył, że istotne jest, aby oferowane urządzenie spełniało funkcje określone w SIWZ, co bez wątplenia ma miejsce w przypadku wzmacniacza zaoferowanego przez Odwołującego, nie ma natomiast większego znaczenia samo określenie podane na obudowie produktu. Tym samym zaoferowane przez Odwołującego urządzenie, według niego, spełnia wymogi zawarte w pozycji „Stanowisko Typ 6 - Monitory z powierzchnią interaktywną, poz. 7 - Wzmacniacz mocy” oraz w pozycji „Stanowisko Typ 7 - Wideoprojekcja – 2 stanowiska, poz. 11 - Wzmacniacz mocy” Załącznika nr 8 do SIWZ. Powołał się w tym zakresie na pismo RDL Europe B.V. z dnia 12 maja 2014 r.

Co do ostatniego zarzutu dotyczącego oferowanego aparatu fotograficznego z osprzętem, zdaniem Odwołującego, zarzut ten również nie jest trafny. Wskazał, że na stronie 9 oferty, w pozycji dotyczącej aparatu fotograficznego Odwołujący zamieścił informację, iż oferuje statyw FUNSPORTS W901A wraz z czterema sztukami tła (bez określenia ich koloru) oraz dodatkowe tło FREEPOWER 2,7 m x 5,0 m w kolorze białym. Zaznaczył przy tym, że pozycja „FUNSPORTS W901A + 4 x tło” oraz „FREEPOWER

2.7 m x 5.0 m białe” stanowią dwie odrębne pozycje i nie mogą być odczytywane jako „4 x tło FREEPOWER 2,7 m x 5,0 m białe”, czyli jako jedna pozycja, jak to uczynił Zamawiający (przywołał str. 9 swojego formularza ofertowego). Podkreślił, że Odwołujący po prostu nie określił w formularzu oferty, w jakim kolorze dostarczy wymagane tła, zaś dostarczenie tła we wszystkich kolorach wskazanych w SIWZ było jak najbardziej możliwe i takie właśnie tła Odwołujący zamierzał dostarczyć. Podkreślił, że jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, mógł skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 24b ustawy Pzp i zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, nie miał jednak podstaw, aby odrzucać z tego powodu ofertę Odwołującego.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka Pana Adama Michalskiego na okoliczność potwierdzenia, jaka była intencja Odwołującego przy sporządzaniu oferty w zakresie oferowania tła w czterech kolorach oraz w zakresie dostarczenia walizki z ładowarką i zgodności tego produktu z opisem przedmiotu zamówienia. Jako dowód w sprawie Odwołujący przedłożył również oświadczenie z dnia 13 maja 2014 r. producenta walizki LISTEN LA-311 z ładowarką, tj. firmy Listen Technologies Corporation z siedzibą w USA. Jednocześnie też Odwołujący wycofał wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Pana J..... N..... w charakterze Odwołującego.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pisma z dnia 23 i 26 maja 2014 r.), w której wniósł o jego oddalenie.

Podniósł tam, że jego zdaniem walizka z ładowarką (LA-311) zaoferowana przez Odwołującego nie odpowiada wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia co do zdejmowanej pokrywy, a jej wymiary (47 cm x 36 cm x 18 cm) przekraczają maksymalne wymiary dopuszczone w SIWZ (46 cm x 33 cm x 18 cm). Podkreślił, że brak wskazanych cech wynika zarówno ze specyfikacji technicznej wyrobu, jak i treści odwołania, w którym Odwołujący wprost wskazuje, że bez modyfikacji wyrób firmy LISTEN (LA-311) nie spełnia wymagań SIWZ. Według Zamawiającego przyjęcie oświadczenie Odwołującego oraz producenta urządzenia o tym, iż producent dokona niezbędnej modyfikacji wskazanego urządzenia prowadziłoby do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą i zmiany treści jego oferty. Podkreślił, że z treści oferty Odwołującego nie wynika, że zamiarem Odwołującego jest zaoferowanie wyrobu LA-311 specjalnie przystosowanego do wymagań SIWZ. W jego ocenie treść oferty Odwołującego była jasna i nie wymagała żadnych wyjaśnień w tym zakresie. Zaoferowany

przez Odwołującego produkt nie spełniał wymów SIWZ, stąd też ofertę tę należało odrzucić. Wskazał też, że termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 11 marca 2014 r., stąd też przyjęcie oświadczenia producenta z dnia 13 maja 2014 r. stanowiłoby w istocie zmianę treści oferty. Podkreślił też, że wskazanej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie można uznać za jakąkolwiek omyłkę i jej poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Co do kwestii dotyczącej zaoferowanego przez Odwołującego wzmacniacza mocy RDL EZ-PA20 Zamawiający podzielił stanowisko Odwołującego, uznając, że zaoferowane urządzenie odpowiada wymaganiom opisu przedmiotu zamówienia, gdyż posiadany przez nie przełącznik trybu pracy mono/stereo na tylnym panelu należy uznać za równoważny do wymaganego w SIWZ przełącznika trybu pracy stereo/bridge na tylnym panelu. Zamawiający jednak podkreślił, że z uwagi na potwierdzenie się dwóch pozostałych przesłanek do odrzucenia oferty błędna ocena oferty Odwołującego w niniejszym punkcie nie miała wpływu na wynik postępowania.

Co do kwestii dotyczącej zaoferowania pozycji: aparat fotograficzny z osprzętem Zamawiający podkreślił, że na podstawie sporządzonej przez Odwołującego oferty przyjął, że w ppkt 4 „Zestaw z tłami do zawieszenia (atelier)” Odwołujący zaoferował: FUNSPORTS W901A + 4 x tło FREEPOWER 2,7 m x 5,0 m białe. Wyjaśnił też, że pojęcie „FUNSPORTS W901A” oznacza zestaw zawieszania teł (nie zawierający teł) zaś pojęcie: „FREEPOWER” to oznaczenie tła jednobarwnego. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko o sposobie właściwej interpretacji treści oferty Odwołującego we wskazanym zakresie jako logicznie odpowiadającego opisowi przedmiotu zamówienia. Według niego podział na wiersze w treści oferty w tym zakresie był przypadkowy i wynikał wyłącznie z ograniczonej szerokości kolumny tabeli. Zakładając jednak hipotetycznie, że w treści odwołania wskazano prawidłowy, odpowiadający intencjom Odwołującego sposób odczytania spornego zapisu, Zamawiający zauważył, że ten sposób również prowadzi do wniosku, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Skoro bowiem zgodnie z oświadczeniem Odwołującego treść jego oferty miałyby wskazywać na zaoferowanie dwóch pozycji: „FUNSPORTS W901A = 4 x tło” oraz „FREEPOWER 2,7 m x 5,0 m białe”, to w takim przypadku Odwołujący zaoferował dostarczenie 5 szt. tła: 4 szt. o nieokreślonym kolorze wraz ze statywem FUNSPORS W901A oraz 1 szt. tła w kolorze białym. Skoro Zamawiający oczekiwał zaoferowania 4 szt. tła, w tym jednego tła białego, oferta Odwołującego rozumiana w taki sposób również nie odpowiadałaby treści SIWZ i podlegałaby odrzuceniu. Zauważył też, że treść oferty Odwołującego nie może być konwalidowana w szczególności w drodze wyjaśnień na podstawie art. 24b ustawy Pzp, który w tym przypadku nie ma żadnego zastosowania.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, a dodatkowo jako dowód w sprawie złożył wydruki ze strony internetowej producenta walizki z ładowarką firmy LISTEN na okoliczność wykazania, iż oferowany przez Odwołującego produkt nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie wymiarów i zdejmowanej pokrywy. Wskazał też, że przedkładane dokumenty to ulotka urządzenia LA-311 w całości pochodząca ze strony producenta oraz fragment instrukcji obsługi grupy produktów LISTEN dotyczący wybranego produktu LA-311 oraz produktu LA-325. Zamawiający wyjaśnił również, iż oferowana przez Odwołującego walizka z ładowarką LISTEN LA-311 jest seryjnie produkowanym produktem, oferowanym nie tylko przez producenta, ale również dystrybutorów tegoż urządzenia, które nie ma zdejmowanej pokrywy walizki. Obok tego produktu producent urządzeń (firma LISTEN) produkuje także walizki z ładowarką ze zdejmowaną pokrywą, są to jednak urządzenia odrębne oznaczone jako model: LA-325.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, dokumenty złożone tak przez Zamawiającego, jak i Odwołującego oraz dowód z przesłuchania świadka Pana A..... M....., ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżenie przez Odwołującego czynności dotyczą odrzucenia jego oferty w postępowaniu, a w konsekwencji czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne z powodu braku ważnych ofert. Powyższe wskazuje, że wskazane czynności Zamawiającego w sposób bezpośredni pozbawiały możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 23 stycznia 2014 r. Zamawiający w SIWZ w załączniku nr 8 określił szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, określając szczegółowe wymagania m.in. co do:

- walizki z ładowarką, wskazując tam również na jeden z wymogów co do zdejmowanej pokrywy walizki oraz maksymalnych wymiarów walizki: 46 x 33 x 18 cm (str. 8 SIWZ);
- wzmacniacza mocy, wskazując tam również na jeden z wymogów co do przełącznika trybu pracy stereo/bridge na tylnym panelu (str. 19 SIWZ);
- zestawu z tłami do zawieszania w zakresie aparatu fotograficznego, wskazując tam również na jeden z wymogów: „cztery tła o wymiarach min. 2 x 3 m (kolory: biały, szary, czarny i beżowy) (str. 25 SIWZ).

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły cztery oferty, w tym ofertę złożył wykonawca TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N..... z siedzibą w Pile. Odwołujący TDC Poslak Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wyjaśnił, że w dniu 30 kwietnia 2014 r. zarejestrowane zostało przekształcenie spółki cywilnej TDC Polska s.c. J..... N....., Z..... N....., która złożyła ofertę w przedmiotowym postępowaniu, w spółkę pod firmą TDC Polska Sp. z o.o., w związku z czym Odwołujący stał się następcą prawnym wyżej powołanej spółki cywilnej i zgodnie z art. 553 § 1 kodeksu spółek handlowych przysługują mu wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej.

W ofercie Odwołującego w zakresie przywołanych wymogów SIWZ wskazano:

- co do walizki z ładowarką - urządzenie LISTEN L-311 (str. 3 oferty);
- co do wzmacniacza mocy - urządzenie RDL EZ-PA20 (m.in. str. 5 oferty);
- co do aparatu fotograficznego z osprzętem w spornym zakresie (4 tła o wymiarach min. 2 x 3 m (kolory: biały, szary, czarny i beżowy) - FUNSPORTS W901A + 4 X tło FREEPOWER 2,7 m x 5,0 m białe (str. 9 oferty).

Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2014 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzecznej z SIWZ, jak również o odrzuceniu pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Co do oferty Odwołującego wskazał on na trzy podstawy jej niezgodności z treścią SIWZ:

- 1) dla wymogu walizka z ładowarką Odwołujący zaoferował produkt LISTEN LA-311, a walizka ta nie odpowiada wymogom opisu przedmiotu zamówienia, gdyż nie posiada zdejmowanej pokrywy, a jej wymiary (47 cm x 36 cm x 18 cm) przekraczają maksymalne wymiary dopuszczone w opisie przedmiotu zamówienia (46 cm x 33 cm x 18 cm);
- 2) dla wymogu wzmacniacza mocy Odwołujący zaoferował urządzenie RDL EZ-PA20, które nie odpowiada wymogom opisu przedmiotu zamówienia, gdyż nie posiada przełącznika trybu pracy stereo/bridge na tylnym panelu (posiada jedynie przełącznik trybu pracy mono/stereo);
- 3) dla wymogu aparatu fotograficznego z osprzętem Odwołujący zaoferował produkt: 4 x tło FREEPOWER 2,7 m x 5,0 m białe i produkt ten nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia gdyż Odwołujący zaoferował 4 szt. tła białego, podczas gdy Zamawiający wymagał, by przedmiotem oferty były cztery tła w kolorach: białym, szarym, czarnym i beżowym.

Wskazana czynność Zamawiającego stała się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu związanego z niespełnieniem wymogu SIWZ co do walizki z ładowarką, stwierdzić należało, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący w tym zakresie zaoferował walizkę LISTEN LA-311. Sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego było, czy zaoferowana walizka z ładowarką posiadała określone wymiary (max: 46 x 33 x 18 cm) oraz zdejmowaną pokrywę. Izba dokonując oceny treści oferty Odwołującego oraz zgromadzonego w tym zakresie materiału dowodowego uznała, że wskazane parametry urządzenia nie zostały wypełnione przez Odwołującego. Jak wynika z wydruku ze strony internetowej producenta oferowanego przez Odwołującego urządzenia firmy LISTEN, złożonego przez Zamawiającego w toku rozprawy, oferowane urządzenie (LA-311) ma inne wymiary niż oczekiwane przez Zamawiającego (18 cm x 47 cm x 36 cm), a ponadto nie występuje w wersji ze zdejmowaną pokrywą. Zdaniem Izby Zamawiający nie mógł pominąć przy ocenie ofert tych ogólnodostępnych informacji producenta oferowanego przez Odwołującego urządzenia, które wskazują na niespełnienie

wymogów SIWZ. Tymczasem Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodowy w przedmiotowym postępowaniu, nie podważył w żaden sposób owych informacji zamieszczonych na stronie internetowej producenta. Jednocześnie też wykazywał, że oferowane przez niego urządzenie posiada wskazane w SIWZ parametry. Powyższe było wykazywane przez Odwołującego poprzez określone twierdzenia strony zawarte w treści odwołania i prezentowane w toku rozprawy, jak również przez dwa oświadczenia producenta urządzenia (firma LISTEN) z dnia 13 maja i z dnia 23 maja 2014 r., złożone do akt sprawy oraz poprzez zeznania świadka – Pana A..... M..... Zdaniem Izby wskazane dowody nie potwierdzają w sposób wiarygodny, że oferowane przez Odwołującego urządzenie posiadają wskazane cechy. Dowody te są zdaniem Izby niewiarygodne. Odwołujący z jednej strony twierdził w treści swojego odwołania, że zaoferowane przez niego urządzenie zostanie wyprodukowane dla Odwołującego na jego specjalne zamówienie i wówczas będzie wypełniać wymogi SIWZ co do zdejmowanej pokrywy i maksymalnych wymiarów. Powyższe także wynika z oświadczeń producenta złożonych przez Odwołującego do akt sprawy. Z drugiej jednak strony Odwołujący w toku rozprawy poprzez wyjaśnienia pełnomocnika, jak i poprzez zeznania świadka, którym była osoba odpowiedzialna za przygotowanie oferty w imieniu Odwołującego dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazywał, że w zakresie oferowanego urządzenia nie będą wymagane jakiegokolwiek modyfikacje standardowego urządzenia LA-311, które wskazywał, że urządzenie o oczekiwanych przez Zamawiającego cechach będzie wyprodukowane na specjalne zamówienie Odwołującego. Tym samym zatem oferowane przez Odwołującego urządzenie w wersji standardowej bez jakiegokolwiek wskazania, czy doprecyzowania, że nie chodzi w tym przypadku o standardowe urządzenie, lecz urządzenie wyprodukowane na specjalne zamówienie Odwołującego, nie spełnia wymogów SIWZ. Takiego oświadczenia o zaoferowaniu standardowego urządzenia, które będzie wyprodukowane na specjalne życzenie wykonawcy, w ofercie Odwołującego złożonej Zamawiającemu brak. W tym zakresie oferty Odwołującego nie mogą konwalidować oświadczenia producenta złożone przez niego po upływie terminu składania ofert. Co prawda zeznania świadka wskazywały na prowadzenie z producentem urządzenia negocjacji w tym zakresie przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu. Jednakże w tym zakresie zeznania świadka, pracownika Odwołującego odpowiedzialnego za przygotowanie oferty w postępowaniu, nie mogą mieć istotnej mocy dowodowej. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu, który potwierdzałby, że przygotowując ofertę do niniejszego postępowania o zamówienie publiczne opierał się na istniejącym urządzeniu LA-311, które posiada określone, wymagane w SIWZ wymiary oraz zdejmowaną pokrywą albo też na rzeczony ofercie producenta

o wyprodukowaniu specjalne dla Odwołującego takiego urządzenia. Taka oferta producenta dopiero pojawia się w dniu 13 maja (druga w dniu 23 maja 2014 r.), a więc po upływie terminu składania ofert. Zeznania świadka co najwyżej mogą wskazywać na prowadzenie jakiś ustaleń pomiędzy Odwołującym a producentem urządzenia, w trakcie których popełniono określone uchybienie po stronie Odwołującego skutkujące zaoferowaniem urządzenia LA-311, które nie spełnia przywołanych wymogów SIWZ, zamiast zaoferowaniem urządzenia LA-325, które wypełnia wskazane wymogi. Powyższe uchybienie obciąża wyłącznie Odwołującego i nie mają znaczenia w tym zakresie intencje, które miały osoby sporządzające ofertę w imieniu Odwołującego, aby oferta była przygotowana zgodnie z wymogami SIWZ, lecz istotna jest tutaj faktyczna treść oferty tego wykonawcy. Zamawiający w takiej sytuacji nie miał możliwości innego zachowania się w postępowaniu, jak tylko uznania, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ w zakresie jej treści. Powyższej niezgodności nie można byłoby poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ powyższe wymagałoby ze strony wykonawcy złożenia nowego oświadczenia woli o oferowanym nowym urządzeniu – standardowym z modyfikacjami albo też zaoferowanie zupełnie innego urządzenia, które nie było przedmiotem oferty Odwołującego. Powyższe prowadziłoby do negocjacji Zamawiającego z wykonawcą oraz do istotnej zmiany treści oferty, niedopuszczalnych w świetle przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu związanego z niespełnieniem wymogu SIWZ co do aparatu fotograficznego z osprzętem, stwierdzić należało, że zarzut ten nie potwierdził się.

W ocenie Izby Odwołujący zaoferował osprzęt do aparatu fotograficznego niespełniający wymogów SIWZ co do zaoferowania tła w czterech wersjach kolorów (biały, szary, czarny i beżowy). Ocena treści oświadczenia woli zawartego w ofercie Odwołującego wskazuje, że wykonawca ten zaoferował statyw o określonym oznaczeniu i wymiarach (FUNSPORTS W901A) oraz 4 x tło o określonych wymiarach FREEPOWER 2,7 m x 5,0 m w kolorze białym. Powyższe wprost jest sprzeczne wymaganiem SIWZ, aby zaoferować cztery tła, każde w innym, określonym przez Zamawiającego kolorze. Tłumaczenia Odwołującego o tym, że zaoferował Zamawiającemu zgodnie z SIWZ 4 tła w wymaganych kolorach (bez ich literalnego oznaczenia w treści oferty), a dodatkowo piąte tło – niewymagane przez Zamawiającego w SIWZ - w kolorze białym, aktualnie należy interpretować jako próbę obrony ważności swojej oferty. Zdaniem Izby taki sposób interpretacji treści oferty Odwołującego jest niedopuszczalny i stanowiłby interpretację oferty wbrew jej treści. Argumentacja Odwołującego - w ocenie Izby - jest w tym zakresie niespójna. Nielogicznym byłoby określenie w treści oferty wykonawcy w sposób szczegółowy tła, które w ogóle nie było wymagane w postanowieniach SIWZ, tak co do koloru, jak

i oferowanych wymiarów, a jednocześnie brak wskazania jakichkolwiek informacji na temat tła, w czterech sztukach, które było wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Podobnie nielogiczna jest argumentacja Odwołującego prezentowana w toku rozprawy, także w trakcie zeznań świadka, iż każdy odrębny element oferowanego aparatu i osprzętu do niego był opisywany przez Odwołującego w odrębnych wersach zestawienia tabelarycznego. Ta argumentacja nie jest spójna bowiem w tym zakresie Odwołujący wymogi co do statywu (W901A) opisał łącznie w jednym wersie z zaoferowaniem tła x 4 szt. Tym samym zatem należało uznać, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu tło wyłącznie w jednym kolorze (białym) co jest wprost sprzeczne z treścią SIWZ i – podobnie jak kwestia dotycząca oferowanej walizki z ładowarką – nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu związanego z niespełnieniem wymogu SIWZ co do wzmocnienia mocy, stwierdzić należało, że zarzut ten potwierdził się. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisku prezentowanym na rozprawie, że w postanowieniach SIWZ Zamawiający nie dookreślił znaczenia wymogu trybu pracy stereo/bridge, stąd też z tego tytułu nie może wywodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy i stwierdzać, że jego oferta w tym zakresie jest sprzeczna z treścią SIWZ. Brak potwierdzenia się tego zarzutu wobec oferty Odwołującego, a tym samym potwierdzenie zarzutu odwołania nie mogło jednak skutkować jego uwzględnieniem, stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdzone w tym zakresie przez Izbę naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozostaje bowiem bez jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Jak ustalono powyżej, potwierdziły się dwie inne postawy faktyczne do odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ.

Z tych też względów Izba w konsekwencji stwierdziła, że nie potwierdził się również zarzut odwołania bezpodstawnego unieważnienia postępowania z powodu braku ważnych ofert.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł.
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: