

Sygn. akt: KIO 543/16

**WYROK**

**z dnia 25 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **TBM Software Sp. z o.o., ul. Białostocka 22, 03-741 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Instytut "Centrum Zdrowia Matki Polki", ul. Rzgowska 281/289, 93-338 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **ProAudio-AVT Sp. z o.o., ul. Graniczna 89a, 54-530 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **TBM Software Sp. z o.o., ul. Białostocka 22, 03-741 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2. zasądza od **TBM Software Sp. z o.o., ul. Białostocka 22, 03-741 Warszawa** na rzecz Zamawiającego: **Instytut "Centrum Zdrowia Matki Polki", ul. Rzgowska 281/289, 93-338 Łódź** kwotę 3.884,74 zł (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt cztery złote, siedemdziesiąt cztery grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłat od pełnomocnictw oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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 Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” prowadzi postępowanie przetargowe w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Dostawę urządzeń audiowizualnych wraz z instalacją oraz adaptacją pomieszczeń celem modernizacji auli w budynku Szpitala Ginekologiczno-Położniczego A ICZMP w Łodzi”*. Ogłoszenie ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.02.2016 r., pod nr 37992 – 2016.

Odwołujący TBM Software sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego i w konsekwencji unieważnienie przedmiotowego postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Jako podstawę swojej decyzji wskazał na sprzeczność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego urządzenia - wizualizer Lumens DC 192. W piśmie Zamawiający wyjaśnił, że ww. wizualizer nie posiada funkcji podświetlanego pulpitu, a Zamawiający wymagał zaoferowania wizualizera z podświetlanym pulpitem.

Zgodnie z rozdz. III § 2 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń audiowizualnych wraz z instalacją oraz adaptacją pomieszczeń celem modernizacji auli w budynku Szpitala Ginekologiczno-Położniczego A ICZMP w Łodzi o zakresie i ilościach określonych w Formularzu Cenowym stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ oraz Programie funkcjonalno - użytkowym stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ. W pkt 11 specyfikacji urządzeń zawartej w Programie funkcjonalno-użytkowym Zamawiający określił parametry wymagane dla oferowanych wizualizerów. Tiret 6 określa wymóg dotyczący podświetlanego pulpitu. Odwołujący zaoferował wizualizer producenta Lumens model DC 192. W jego ocenie zaoferowany wizualizer spełnia ww. parametr. Równocześnie Odwołujący wskazał, że wizualizer producenta Lumens model DC 192 posiada podświetlany pulpit od góry.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. W treści odwołania wskazał, że Zamawiający w piśmie zawierającym informację o odrzuceniu oferty Odwołującego poza samym twierdzeniem, nie wskazał żadnych dowodów na okoliczność braku spełnienia ww. parametru przez wizualizer zaoferowany przez Odwołującego.

Nadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy. Powyższe zaniechanie, zdaniem Odwołującego doprowadziło do błędnej decyzji w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący załączył do odwołania kopię oświadczenia VIDIS S.A., w treści którego: „Niniejszym jako autoryzowany i wyłączny dystrybutor oraz serwis produktów firmy Lumens na terenie Polski informujemy, że producent elektroniki marki Lumens posiada w swojej ofercie wizualizery. Przedmiotowe urządzenia posiadają różne sposoby podświetlania pulpitu (powierzchni roboczej). Model Lumens DC192 posiada powierzchnię roboczą podświetlaną od góry.(...)”

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie.

Do postępowania odwoławczego dopuszczony został wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego ProAUDIO-AVT sp. z o.o.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że w pkt. 11 specyfikacji urządzeń zawartej w Programie funkcjonalno-użytkowym, Zamawiający określił parametry wymagane dla oferowanych wizualizerów. Tiret 6 określa wymóg dotyczący podświetlanego pulpitu. Do oferty Odwołujący załączył wypełniony wykaz głównych oferowanych przez wykonawcę urządzeń audiowizualnych. W

treści wykazu przedstawił ogólnie nazwy oferowanych urządzeń (odpowiadające wymaganiom Zamawiającego ze specyfikacji urządzeń zawartej w Programie funkcjonalno-użytkowym), określił producenta dla poszczególnych urządzeń i nr katalogowy lub nazwę handlową. W pozycji 11 wskazano wizualizer producenta Lumens model DC 192.

Zgodnie z pkt. 29 ust. 2 w związku z pkt. 12 SIWZ, Wykonawcy byli zobowiązani do załączenia do oferty oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego - tj. dokumentów opisujących specyfikę wyrobu – katalogi lub ulotki dotyczące oferowanych urządzeń - dotyczy pozycji wyszczególnionych w Formularzu oferty w „wykazie głowach oferowanych przez wykonawcę urządzeń audiowizualnych”.

Do oferty Odwołujący nie załączył kart katalogowych potwierdzających spełnienie przez oferowane produkty wymagań SIWZ. W dniu 24 marca 2016 roku, po wezwaniu przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący przekazał kartę katalogową produktu, z której wynikało, że oferowany produkt posiada podwójne oświetlenie LED: na głowicy oraz na osobnym wysięgniku, co pozwala lepiej dostosować kąt padania światła. Powyższe oznacza jedynie, że produkt posiada funkcjonalność oświetlenia podwójnego LED. Z treści uzupełnionej karty katalogowej nie wynika natomiast, aby zaoferowany przez Odwołującego wizualizer posiadał funkcjonalność podświetlanego pulpitu. Potwierdza to także złożone oświadczenie Odwołującego na rozprawie. Odwołujący wprost przyznał, że: „Z treści oferty i załączonych kart katalogowych nie wynika, że Odwołujący nie spełnia parametru - jak również nie wynika, że ten parametr spełnia.” (Dodatkowo wskazywał na zaniechanie wezwania w tym zakresie przez Zamawiającego). Zatem Odwołujący jednoznacznie przyznał, że z treści karty katalogowej nie wynika, aby wizualizer Lumens DC192 posiadał funkcjonalność podświetlenia pulpitu.

Ponadto, Izba miała na uwadze rozróżnienie pojęcia oświetlenia od podświetlenia pulpitu. Trafnie zauważył Zamawiający, że są to dwie różne funkcjonalności. Pojęcie podświetlenia różni się od pojęcia „oświetlenia” chociażby zawartym przedrostkiem „pod”, który wskazuje na oświetlenie od dołu (czasami od tyłu lub tylko częściowo). Pojęcie „oświetlić”, oznacza spowodować, aby obiekt czy powierzchnia stały się widoczne, przy czym nie jest istotny kąt padania światła, czy sposób, umiejscowienie źródła światła.

Rozróżnienie tych dwóch pojęć nie stanowi jedynie zabiegu lingwistycznego, ale jest to także rozróżnienie funkcjonalności. Jak wskazał Zamawiający, funkcja podświetlenia pulpitu ma kluczowe znaczenie, zwłaszcza dla Zamawiającego - umożliwia bowiem np. odczytywanie zdjęć RTG.

Nie jest prawdą, że Zamawiający rozszerzył na obecnym etapie wymagania SIWZ. Zamawiający jasno określił odrębną wymaganą funkcjonalność podświetlenia pulpitu. Pojęcie to należy rozumieć zgodnie z zapisami SIWZ oraz znaczeniem określenia

„podświetlenie”. Nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający w sposób nieuprawniony poszerza rozumienie pojęcia podświetlenie pulpitu. Wprost przeciwnie, w ocenie Izby to właśnie Odwołujący w sposób nieuprawniony próbuje podważyć jednoznaczne zapisy SIWZ i rozszerzyć pojęcie podświetlenia pulpitu na przypadki, w których na pulpit pada światło. Wynika to z faktu, że Odwołujący zaoferował „podświetlenie” pulpitu od góry. Jednakże zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania nie sposób uznać za podświetlenie. Rzekome „podświetlenie” od góry jest w istocie zwykłym oświetleniem, w którym źródło światła zostało umieszczone nad pulpitem. Tymczasem podświetlenie pulpitu jest nie tylko odrębnym pojęciem, ale także pełni inne funkcje i zapewnia spełnienie innych funkcjonalności. Pojęcie bowiem podświetlenia wprost (z uwagi chociażby na zawarty przedrostek pod) wskazuje, w jaki sposób pulpit miał być oświetlony.

Nie jest uprawnione stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym, skoro Zamawiający nie określił sposobu, w jaki pulpit może być podświetlony – czy od dołu, czy od góry - to każdy sposób podświetlenia pulpitu powinien zostać przyjęty przez Zamawiającego. Takiego stanowiska nie sposób uznać za prawidłowe. Zamawiający w sposób wyraźny zdefiniował swoje wymaganie. Wskazał precyzyjnie na konieczność pod – światlenia pulpitu, a więc określił kąt padania światła (a więc nie z góry, ale od spodu). Tym samym nie można zarzucić Zamawiającemu braku dokładności w określeniu wymagań. Nadto, jak wskazano powyżej, to Odwołujący usiłuje na obecnym etapie rozszerzyć znaczenie pojęcia określonego przez Zamawiającego w taki sposób, by zawierało się w nim pojęcie oświetlenia. Powyższe działanie Odwołującego nie jest uprawnione.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że w treści specyfikacji zawarte zostało także inne wymaganie dotyczące wizualizera – oświetlenie zewnętrzne LED co najmniej 2x. Wizualizer zaoferowany przez Odwołującego posiada właśnie – co wynika z kart katalogowych - podwójne oświetlenie LED na głowicy oraz na osobnym wysięgniku, co pozwala lepiej dostosować kąt padania światła. Powyższa okoliczność dodatkowo potwierdza, że Zamawiający wyraźnie rozróżniał i stawiał osobne wymagania w zakresie podświetlenia pulpitu, i osobne co do oświetlenia przez lampy LED. Nie są to zatem tożsame funkcjonalności. Oferowane przez wykonawcę urządzenie powinno niezależnie posiadać każdą z tych funkcjonalności, a urządzenie zaoferowane przez Odwołującego jednej z tych funkcjonalności nie posiada.

Zamawiający i Przystępujący wskazali, że istnieje możliwość, aby oferowany przez Odwołującego model wizualizera Lumens DC192 spełnił funkcjonalność podświetlenia pulpitu. Model ten posiada bowiem taką funkcję opcjonalną. Należy w takim przypadku

dołączyć dodatkowe urządzenie – podświetlarkę DC-A02. Jednak Odwołujący nie przedstawił w treści oferty dowodu na okoliczność, że taką podświetlarkę zaoferował. Nie wynika to ze złożonych kart katalogowych (które składane były celem wykazania, że oferowane produkty spełniają wymagania SIWZ). Odwołujący wręcz przyznał w trakcie rozprawy, że: „Z treści oferty i załączonych kart katalogowych nie wynika, że Odwołujący nie spełnia parametru - jak również nie wynika, że ten parametr spełnia.”, co oznacza, że nie zaoferował także urządzenia, które umożliwiłoby podświetlenie pulpitu. Tym samym Odwołujący nie spełnił wymagań Zamawiającego.

Odwołujący przedstawił w trakcie rozprawy oświadczenie producenta urządzenia z 8 kwietnia 2016 roku (wraz z tłumaczeniem przysięgłym z języka angielskiego na język polski) jako dowód na okoliczność, że oferowany przez niego wizualizer Lumens DC192 posiada funkcjonalność określoną przez Zamawiającego jako: podświetlenie pulpitu. W treści oświadczenia stwierdzono, że „model DC192 posiada pulpit (obszar roboczy) podświetlany z góry przez dwie lampy LED”. W ocenie Izby oświadczenie w żaden sposób nie potwierdza, aby oferowany przez Odwołującego wizualizer Lumens DC192 posiadał wymaganą funkcjonalność podświetlenia pulpitu. Samo użycie w treści oświadczenia pojęcia „podświetlenie” samo przez się nie oznacza, że wizualizer spełnia wymaganą funkcjonalność. Jak wskazano powyżej, podświetlenie zawiera w sobie przedrostek, który precyzyjnie wskazuje kąt padania światła – dokument ma zostać oświetlony od dołu. Użycie przez producenta określenia, że oferowany przez Odwołującego model urządzenia jest „podświetlany z góry” precyzuje, że światło zostanie skierowane na dokument od góry, co jednoznacznie potwierdza brak spełnienia wymagań SWZ w zakresie funkcjonalności podświetlenia pulpitu.

Odwołujący załączył do odwołania oświadczenie autoryzowanego podmiotu VIDIS S.A. z 08 kwietnia 2016 roku, zgodnie z treścią którego: „Niniejszym jako autoryzowany i wyłączny dystrybutor oraz serwis produktów firmy Lumens na terenie Polski informujemy, że producent elektroniki marki Lumens posiada w swojej ofercie wizualizery. Przedmiotowe urządzenia posiadają różne sposoby podświetlania pulpitu (powierzchni roboczej). Model Lumens DC192 posiada powierzchnię roboczą podświetlaną od góry.(...)”

Powyższe oświadczenie zawiera to samo stwierdzenie o podświetlaniu od góry powierzchni roboczej urządzenia, którego użył także producent urządzenia. Także to oświadczenie nie potwierdza więc, że urządzenie oferowane przez Odwołującego spełnia wymogi Zamawiającego.

W trakcie rozprawy Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przedstawił sprostowanie ww. oświadczenia, podpisane przez p. Macieja

Drobinę. Sprostowanie (sporządzone w dniu 15 kwietnia 2016 roku) również potwierdza posiadaną przez wizualizer funkcjonalność oświetlenia powierzchni roboczej od góry. Treść sprostowania jest zatem zbieżna ze stanowiskiem producenta. Jak wyżej wskazano, nie potwierdza spełnienia przez oferowany wizualizer funkcjonalności podświetlenia pulpitu, o którą chodziło Zamawiającemu. Co więcej, w treści sprostowania autor wprost i jednoznacznie wyartykułował, że model Lumens DC192 nie posiada podświetlanego pulpitu zintegrowanego z urządzeniem. Powyższe dowody jednoznacznie zatem potwierdzają, że zaoficerowany przez Odwołującego wizualizer Lumens DC192 posiada jedynie oświetlenie od góry, nie posiada natomiast wymaganej funkcjonalności podświetlenia pulpitu, co oznacza, że oferowany przez Odwołującego produkt nie odpowiada treści SIWZ. Tym samym czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, była prawidłowa. W świetle powyższego stwierdzić należy, że podniesiony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezpodstawny.

W ocenie Izby bezzasadny jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ze wskazanego artykułu wynika uprawnienie, nie zaś obowiązek Zamawiającego do zastosowania instytucji wyjaśnień treści oferty. W sytuacji, gdy treść oferty nie zawiera niejasności, nie ma potrzeby prowadzenia wyjaśnień. Z taką sytuacją, w ocenie Izby, mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Odwołujący do oferty nie załączył wymaganych kart katalogowych, które jednoznacznie potwierdziłyby spełnienie przez oferowany wizualizer parametrów technicznych. Dopiero na wezwanie Zamawiającego, w dniu 24 marca 2016 roku Odwołujący załączył karty katalogowe dla oferowanego produktu. Sam Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, że z treści załączonych kart katalogowych nie wynika, że oferowany produkt spełnia wymagany sporny parametr. Skoro zatem nawet po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący w dalszym ciągu nie potwierdził jednoznacznie, że oferowany wizualizer spełnia wymagania SIWZ (jak było wymagane), to należało uznać, że wymagań tych nie spełnia i dokonać czynności odrzucenia oferty. Po stronie Wykonawcy leży obowiązek wykazania spełnienia wymagań SIWZ zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych. Art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadził instytucję wyjątkową. Jeśli Wykonawca nie potwierdzi także w tym trybie spełnienia wymagań określonych w SIWZ, Zamawiający nie ma żadnego obowiązku prowadzić dodatkowej korespondencji z Wykonawcą w zakresie dokumentów przedmiotowych lub podmiotowych. Także, skoro treść uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego kart katalogowych nie rozwiązała jednoznacznie wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia oczekiwanej

funkcjonalności, to Zamawiający nie był zobowiązany prowadzić dodatkowych wyjaśnień. To z oferty winno wynikać jednoznacznie spełnienie wymagań w zakresie oferowanych parametrów urządzenia. Zatem to na Wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w niniejszym postępowaniu nie wykazał spełnienia przez oferowany produkt wymagań SIWZ (także po wezwaniu do złożenia potwierdzenia). Oferta zatem podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji, gdy Zamawiający stwierdza podstawę do odrzucenia oferty, nie ma obowiązku wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Tym samym zaniechanie przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień nie stanowi naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego, skoro nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów postępowania, to w konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie naruszył także zasady równego traktowania wykonawców, ani nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nadto Zamawiający nie naruszył także art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Był uprawniony do uznania za najkorzystniejszą ofertę kolejną, a więc Wykonawcy przystępującego do niniejszego postępowania odwoławczego oraz unieważnić przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy cena tej oferty przewyższała kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....