Sygn. akt: KIO 1078/19

WYROK

z dnia 28 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2019 r. przez wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Państwową Wyższą Szkołę Zawodową im. Stanisława Pigonia w Krośnie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wykonawcy STIMO Sp. z o.o.: z uwagi na niewpisanie w poz. 18 oferowanego modelu „manipulatora 3D" jak również wobec niepotwierdzenia przez wykonawcę wymaganych przez Zamawiającego parametrów, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego niniejszego zarzutu;

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krośnie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1078/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Stanisława Pigonia w Krośnie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „ustawą Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Dostawa sprzętu komputerowego i oprogramowania".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (zwany dalej: „Odwołującym") w dniu 12 czerwca 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w części I zamówienia (z dnia 10 czerwca 2019 r.) oraz odrzucenia oferty Odwołującego (z dnia 7 czerwca 2019 r.) jak również zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Stimo Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 91 w zw z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Megatech D.G., unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego jako niepodlegającej odrzuceniu, odrzucenie ofert wykonawców Megatech D.G. oraz Stimo Sp. z o.o.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, t.j. odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie omyłkowo podanych przez Odwołującego pamięci RAM. Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w świetle przedstawionego materiału dowodowego należało uznać za niezasadny.

Na wstępie należy zauważyć, że Zamawiający w dniu 7 czerwca 2019 r. odrzucił ofertę Odwołującego, uznając że jest ona niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał,

że wykonawca Suntar Sp. z o.o. zaoferował w poz. 21 przedmiotu zamówienia urządzenie wielofunkcyjne Ricoh MP 5055, które nie spełnia wymagań dotyczących maksymalnego zużycia energii. W opisie tego przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało maksymalne zużycie energii nie większe niż 1,6 kW, natomiast zaoferowane urządzenie zgodnie z danymi producenta zamieszczonymi na przywołanej przez Zamawiającego stronie internetowej ma zużycie energii wynoszące 1,78 kW.

Ponadto wykonawca Suntar Sp. z o.o. w pozycji 36 zaoferował Komputer 01, który nie spełnia wymagania dotyczącego możliwości rozbudowy pamięci RAM. Zamawiający wymagał możliwości rozbudowy do minimum 32GB, natomiast wykonawca zaoferował komputer z możliwością rozbudowy tylko do 16GB. Ponadto wykonawca Suntar Sp. z o.o. w pozycji 37 zaoferował Komputer 02, który nie spełnia wymagania dotyczącego możliwości rozbudowy pamięci RAM. Zamawiający wymagał możliwości rozbudowy do minimum 32GB, natomiast wykonawca zaoferował komputer z możliwością rozbudowy tylko do 8GB. Wykonawca Suntar Sp. z o.o. w pozycji 38 zaoferował Komputer 03, który nie spełnia wymagania dotyczącego możliwości rozbudowy pamięci RAM. Zamawiający wymagał możliwości rozbudowy do minimum 64GB, natomiast wykonawca zaoferował komputer z możliwością rozbudowy tylko do 16GB. Wykonawca Suntar Sp. z o.o. w pozycji 40 zaoferował Komputer 05, który nie spełnia wymagania dotyczącego możliwości rozbudowy pamięci RAM. Zamawiający wymagał możliwości rozbudowy do minimum 64GB, natomiast Wykonawca zaoferował komputer z możliwością rozbudowy tylko do 16GB.

Odwołujący twierdził, że omyłkowo zostały przez niego podane wartości oferowanych pamięci RAM i powyższe można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego.

W ocenie Izby błędy popełnione - przez wykonawcę SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie - w złożonej ofercie nie można kwalifikować jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Wobec powyższego, aby można było dokonać poprawy niniejszej omyłki - na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - muszą zostać spełnione następujące przesłanki. Przede wszystkim omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, ponadto Zamawiający może dokonać poprawienia takiej omyłki tylko w sytuacji, gdy wie jak takiej poprawy dokonać.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym przesłanki wyżej wymienione nie zostały spełnione, zatem Zamawiający nie był zobowiązany do dokonania poprawy, a w konsekwencji zasadnie dokonał odrzucenia oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca w formularzu ofertowym podał niewłaściwe wartości oferowanych pamięci RAM, niż te wymagane przez Zamawiającego.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że omyłka ta nie posiada znamion oczywistości. Biorąc pod uwagę dokumentację postępowania wadliwość oferty wykonawcy SUNTR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie była wynikiem zamierzonego działania. Niewątpliwie wpisanie parametry - pamięć RAM - były oczywiste. Ponadto - co jest również oczywiste - Zamawiający nie byłby w stanie samodzielnie wywieść - poprawnych wartości pamięci RAM z treści oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. Oświadczenie dotyczące pamięci RAM - nie wynikało z innej części oferty wykonawcy, a niewystarczające w ocenie Izby było powołanie się na model i producenta w kontekście złożonych przez stronę dowodów. Ze złożonych dowodów nie wynika, aby w tej konfiguracji Pamięć RAM wynosiła tyle ile chce Zamawiający. Złożone dowody potwierdzają jedynie, że istnieje możliwość rozszerzenia pamięci RAM, nie dają pewności, że przy takiej konfiguracji sprzętu tylko tama możliwość jest dopuszczalna.

Zatem w ocenie Izby Zamawiający nie miał żadnych podstaw poprawienia - złożonego oświadczenia woli wykonawcy - na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, że Ustawodawca wprowadził przepisy, umożliwiające zamawiającemu w przypadku wystąpienia omyłek - ich poprawienie - co wynika z przepisu art. 87 ust. 2. Intencją Ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem rożnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika zatem zamiar Ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają rożnego rodzaju błędy, niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niewątpliwie w przypadkach wskazanych powyżej, a dotyczących oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie - uznanie złożonych dowodów prowadziłoby do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty, a złożone wyjaśnienia należałoby uznać jako niedozwolone negocjacje (art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp). Uznanie złożonych dowodów mogłoby prowadzić do uzupełnienia oferty o wymagane specyfikacją konkretne parametry. Wykonawca - wobec złożonego oświadczenia w ofercie - mógłby na etapie realizacji wycofać się z oświadczenia złożonego w odwołaniu. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE - posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy Pzp.

Należy pamiętać - co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE - że zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert (np. wyrok w sprawie o sygn. akt C -387/14 Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu). Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C -324/14 (Partner A. D.) Instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że żądanie wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36).

Wobec powyższego zasada równego traktowania oraz zasada przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy Zamawiającego, ani oferenta. Uznanie złożonych dowodów byłoby dopuszczeniem istotnej zmiany jego oświadczenia woli - w stosunku do oświadczenia złożonego w ofercie. Mając powyższe na względzie - w ocenie Izby - nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiający wobec zaistniałych niezgodności treści oferty wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie - których nie można było zakwalifikować jako niezgodności niepowodujących istotnych zmian w treści oferty - zmuszony był do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, t.j. odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność oferty Odwołującego co do parametru zużycia energii należy uznać, że zarzut ten potwierdził się, niemniej jednak z uwagi na niepotwierdzenie się zarzutu odnoszącego się do niezaoferowania rozszerzonej pamięci RAM uznać należało, że naruszenie przepisów ustawy nie ma wpływu na ostateczny wynik postępowania w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający dokonując analizy ww. parametru oparł się na nieoficjalnych danych zamieszczonych na stronie producenta, jednocześnie z założeniem że Zamawiający nie określił w jaki sposób ma być określone maksymalne zużycie energii sprzętu i jakie dokumenty mają zostać przedstawione celem wykazania tego parametru. Jednak w tym stanie faktycznym wobec niepotwierdzenia się zarzutu dotyczącego pamięci RAM oferta wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów skierowanych przeciwko ofercie Megatech D.G. (pozycja 21 oraz 46) Zamawiający oparł się na stosownych oświadczenia złożonych w ofercie, co podlegało weryfikacji w trakcie badania i oceny ofert. Złożone dowody odnoszące się do formatu papieru (formatu A3) wskazują jedynie na zalecany format papieru, ze złożonego dowodu nie wynika że urządzenie nie obsługuje formatu A3, dlatego też Izba nie uwzględniła

złożonego dowodu. Co do oprogramowania „Mówik" nie jest wiadome - ze złożonej informacji - czy nie ma w obrocie innej rozbudowanej wersji. Informacja przedstawiona przez Odwołującego odnosiła się do lakonicznego stwierdzenia, opisania dwóch programów (w tym oprogramowania „Mówik").

W zakresie zarzutu dotyczącego pozycji 21 oraz 46 wykonawcy Stimo Sp. z o.o. argumentację przedstawioną powyżej należy również analogicznie odnosić do oferty wykonawcy Stimo Sp. z o.o. Co do zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego w zakresie niewpisania w poz. 18 oferowanego modelu „manipulatora 3D" jak również wobec niepotwierdzenia przez wykonawcę wymaganych przez Zamawiającego parametrów, postępowanie odwoławcze należało umorzyć.

Wobec powyższego, w związku z faktem, że w części Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania - a po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca - postępowanie odwoławcze w tym zakresie stosownie do art. 186 ust. 4a w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp należało umorzyć. Dodatkowo co należy jeszcze raz podkreślić - wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania oraz braku przystępującego po stronie Zamawiającego - Zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W konsekwencji wobec niepotwierdzenia się zarzutów odwołania, w tym w szczególności zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie należało oddalić.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

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

Przewodniczący: