Sygn. akt: KIO 2806/20

WYROK
z dnia 20 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2020 r.
przez wykonawcę **NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Zespół Obsługi Oświaty z siedzibą w Rypinie**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy **NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Miejskiego Zespołu Obsługi Oświaty z siedzibą w Rypinie**kwotę **3 597 zł 75 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Włocławku.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2806/20

U z a s a d n i e n i e

Miejski Zespół Obsługi Oświaty z siedzibą w Rypinię dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa sprzętu do pracowni graficznej w ramach projektu Okno na zawód przyszłości.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 września 2020 r. pod numerem 591163-N-2020.

W dniu 28 października 2020 r. wykonawca NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, podczas gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi SIWZ i nie mogła być odrzucona przez Zamawiającego;

2.art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WEB- PROFIT M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich, dalej „WEB PROFIT”, podczas gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej według kryteriów oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że w załączonym do oferty zestawieniu cenowym przedstawił wszystkie dostępne informacje prócz numeru katalogowego producenta dotyczącego komputera stacjonarnego wraz z systemem operacyjnym. Wyjaśnił, że wielu producentów nie stosuje oznaczenia numeru katalogowego w swoich urządzeniach. Tylko najwięksi producenci, którzy produkują konkretne serie produktowe dla rozróżnienia i łatwiejszej identyfikacji produktu stosują oznaczenie numeru katalogowego. W przypadku krótkich serii czy też zamówień pod konkretne zlecenie (tutaj mamy z taką sytuacją do czynienia) nie stosuje się takiej kategoryzacji produktu. Komputery są jedynie rozróżniane poprzez model oraz numer seryjny, który nadawany jest dopiera na etapie produkcji. Dodatkowo podnosił, iż oferta WEB-PROFIT również nie zawiera numeru katalogowego, a jedynie w wymaganym polu został przepisany model urządzenia z adnotacją, że komputer jest na zamówienie.

W ocenie Odwołującego niezrozumiałe jest różne podejście Zmawiającego do oceny złożonych ofert. Z jednej strony Zamawiający informuje, że z uwagi na brak wpisanego numeru katalogowego w ofercie Odwołującego nie ma możliwości zidentyfikowania oferowanego urządzenia, a co za tym idzie oferta podlega odrzuceniu. Z drugiej strony akceptuje fakt, że inny wykonawca wskazuje w pozycji dotyczącej numeru katalogowego tylko model komputera, co według Zamawiającego, nie jest już podstawą do zakwestionowania. Odwołujący podkreślał, że jego oferta była

najkorzystniejsza pod względem cenowym, dlatego też Zamawiający z uwagi chociażby na zasadę odnoszącą się do rozsądnego wydatkowania funduszy publicznych, powinien dokładnie zbadać i wyjaśnić złożoną ofertę. W związku z powyższym winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, by zbadać rzeczywistą treść oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, która powinna być tłumaczona z uwzględnieniem nie tylko okoliczności, w jakich została złożona, ale również panujących w danej branży zwyczajów oraz zasad współżycia społecznego.

W dalszej kolejności, Odwołujący podnosił, że jego oferta została również odrzucona z uwagi na zaoferowanie w pozycji skaner A3 z przystawką do slajdów, negatywów dwóch odrębnych urządzeń zamiast skanera A3 z przystawką do slajdów, negatywów. Wskazane przez Odwołującego urządzenie - skaner Plustek wraz z przystawką Rollei DF-S190SE spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego. Niezrozumiałe jest więc z jakich powodów zaoferowany przez innego wykonawcę skaner Plustek, model Opticpro A320L, spełnia wymagania Zamawiającego, a już ten sam skaner również firmy Plustek i również model Opticpro A320L zaoferowany przez Odwołującego, tylko doposażony o dodatkowe urządzenie, już wymogów Zamawiającego nie spełnia.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający pismem z dnia 29 października 2020 r., działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do przyłączenia się do postępowania odwoławczego. W dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do Prezesa Izby znajduje się zarówno ww. pismo, a także potwierdzenie jego wysłania drogą elektroniczną do pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,
w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia
o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Odwołującego, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 listopada 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu do pracowni graficznej w ramach projektu Okno na zawód przyszłości.

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 6.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ", wykonawca by zobowiązany dołączyć do oferty wypełniony Formularz ofertowy, stanowiący Załącznik nr 1 do SIWZ, gdzie w pkt 4 znajdowała się tabela pn. Zestawienie cenowe, gdzie w pozycji nr 1 dotyczącej komputera stacjonarnego wraz z systemem operacyjnym, należało podać następujące dane: nazwa producenta, model komputera, numer katalogowy producenta, model procesora, nazwa systemu operacyjnego, model karty graficznej, a w pozycji nr 10 dotyczącej skanera A3 z przystawką do slajdów, negatywów należało podać nazwę producenta oraz model skanera. Nad tabelą znajdowało się zastrzeżenie Zamawiającego, że *Należy wypełnić każdą pozycję w poniższym zestawieniu. W przypadku braku wypełnienia którejkolwiek pozycji wraz z jej uszczegółowieniem oferta zostanie odrzucona. Zaoferowane urządzenia i oprogramowanie muszą spełniać wszystkie wymagania zawarte w załączniku Nr 2 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ, pkt 5, pozycja 4 w tabeli – Skaner A3 z przystawką do slajdów, negatywów 1 szt., Zamawiający określił następujące wymagania: *Typ skanera: Płaski, Interfejs: USB,Rozdzielczość optyczna: 1600 x 1600 dpi, Prędkość skanowania w kolorze: 7 str./min, Głębia koloru (wejście): 48-bitowa, Głębia koloru (wyjście): 24-bitowa, Skala szarości (wejście): 16 bitów, Skala szarości (wyjście): 8 bitów, Obsługiwane nośniki: A3, Skanowanie do e-maila, Przystawka do slajdów, negatywów.*

W postępowaniu trzech wykonawców złożyło oferty, w tym Odwołujący, który przedłożył formularz ofertowy, gdzie w zestawieniu cenowym (pkt 4) w odniesieniu do komputera stacjonarnego wraz z systemem operacyjnym (pozycja nr 1 z tabeli) nie podał numeru katalogowego producenta. W zakresie skanera A3 z przystawką do slajdów, negatywów (pozycja nr 10 z tabeli) Odwołujący jako nazwę skanera wskazał Plustek, a jako model skanera podał: OpticPro A320L + Rollei DF-S190SE.

Zamawiający pismem z 23 października 2020 r. poinformował o wyborze oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WEB- PROFIT M. K. z siedzibą w Piekarach Śląskich jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że Odwołujący nie podał numeru katalogowego komputera wobec czego brak jest możliwości zweryfikowania zaoferowanego sprzętu pod kątem spełniania wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto w pozycji skaner A3 z przystawką do slajdów, negatywów zaoferował dwa odrębne urządzenia zamiast skanera A3 z przystawką do slajdów, negatywów.

W tym samym dniu Odwołujący wniósł sprzeciw do Zamawiającego wobec powyższej decyzji, podnosząc, że przedstawił ofertę z najniższą ceną, zatem oferta ta winna zostać zbadana w pierwszej kolejności, a w przypadku wątpliwości podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zwracał uwagę, że wykonawca WEB-PROFIT nie podał numeru katalogowego produktu, a jedynie przepisał model oferowanego komputera. Nadto, wykonawca ten zaoferował tożsamy skaner A3 jak Odwołujący. Równocześnie podnosił, że oferta wykonawcy, który nie zaoferował przystawki, nie została odrzucona za jej brak.

Zamawiający pismem z 27 października 2020 r. odpowiedział, że w pierwszej kolejności dokonał oceny ofert i zweryfikował czy oferty podlegają odrzuceniu. Następnie wybrał ofertę najkorzystniejszą, uwzględniając wskazane w SIWZ kryteria oceny ofert. Nie żądał od Odwołującego wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ jego oferta podlegała odrzuceniu. Zamawiający nie miał podstaw kwestionowania, że wpisany numer w ofercie WEB-PROFIT nie jest numerem katalogowym producenta. Odnosząc się do skanera wskazał, że wprost podał, że zaproponowany skaner ma obsługiwać także slajdy, negatywy, a Odwołujący zaoferował dwa oddzielne urządzenia. Wykonawca WEB-

PROFIT wskazał doposażenie zaoferowanego urządzenia we wkładkę usztywniającą skanowany negatyw, ale to zaoferowany skaner skanuje slajdy, negatywy. W formularzu ofertowym należało podać tylko i wyłącznie nazwę producenta oraz model skanera. Nie została wyszczególniona dodatkowa pozycja dla wskazania urządzenia/przystawki do slajdów, więc wykonawcy nie musieli wskazywać nazwy/modelu tej przystawki w ofercie. Zamawiający w jasny sposób wskazał, że żąda zaoferowania skanera A3 z przystawką do slajdów, negatywów a nie dwóch odrębnych urządzeń, w tym jednego urządzenia do skanowania slajdów, negatywów. Równocześnie zaoferowany przez trzeciego wykonawcę (MKM Market) skaner posiada funkcję skanowania slajdów, negatywów.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Wpierw Izba wskazuje, że w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu - nie może przy dokonywaniu rozstrzygnięcia brać pod uwagę zarzutów niezawartych w odwołaniu. Odwołujący w treści odwołania nie podnosił, że oferty pozostałych dwóch wykonawców są niezgodne postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i winny podlegać odrzuceniu. Wymaga podkreślenia, że zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwie odwołującego.

Następnie, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w danym postępowaniu. Należy mieć przy tym na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom lub też, gdy dany wykonawca nie złożył oferty, bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez zamawiającego w SIWZ wymagania.

Stosownie do treści formularza ofertowego Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że wymaga, aby w pkt 4, tj. zestawienie cenowe wykonawcy *wypełnili każdą pozycję w poniższym zestawieniu, a w przypadku braku wypełnienia którejkolwiek pozycji wraz z jej uszczegółowieniem oferta zostanie odrzucona.* Zgodnie z ww. zestawieniem należało w pozycji nr 1, dotyczącej komputera stacjonarnego wraz z systemem operacyjnym, uzupełnić następujące pozycje: nazwa producenta, model komputera, numer katalogowy producenta, model procesora, nazwa systemu operacyjnego, model karty graficznej. Odwołujący nie podnosił zarzutu niejednoznaczności przywołanych zapisów SIWZ,nie zaskarżył też postanowień SIWZ w zakresie niemożliwości podania numeru katalogowego, zatem postanowienia te były wiążące dla wykonawców na etapie składania ofert.

Izba ustaliła, iż Odwołujący nie uzupełnił wszystkich pozycji w ww. załączniku, nie podał bowiem numeru katalogowego producenta. W ocenie Izby oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na brak wskazania numeru katalogowego. Wykonawca, będący profesjonalistą w swojej dziedzinie, a ubiegający się o udzielenie zamówienia, winien mieć świadomość, że Zamawiający oczekuje sprecyzowania przedmiotu oferty w zakresie wyposażenia w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy spełniają one parametry i wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał sprecyzowania w treści oferty m.in. numeru katalogowego. Informacje te nie zostały zawarta w ofercie Odwołującego. Wymóg podania w zestawieniu cenowym poza cenami również numeru katalogowego, nie stanowi wymagania wygórowanego, nieprzejrzystego czy też skomplikowanego.

Skoro Zamawiający w sposób jednoznaczny określił procedurę weryfikacji istotnych aspektów oferowanego przez wykonawców wyposażenia, to wykonawcy byli zobligowani się do niej dostosować. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego domniemywanie zgodności oferowanego produktu z ogólnego oświadczenia zawartego w treści oferty, skoro określił on w jaki sposób wykonawcy ową zgodność winni mu wykazać. To obowiązkiem wykonawcy jest dochowanie należytej staranności i postępowanie zgodnie z procedurą określoną przez Zamawiającego. Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonać oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich na podstawie przyjętych przez siebie w SIWZ zasad. Rolą Zamawiającego jest opisanie wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia, a następnie ich wyegzekwowanie od wykonawców, którzy złożyli oferty.

W przypadku braku danych w ofercie, do których złożenia wykonawca był zobligowany, niemożliwe jest ich wskazanie w terminie późniejszym. Zatem nie sposób twierdzić, że Zamawiający mógł skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który dotyczy możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Instytucja wzywania do wyjaśnień dotyczy tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, lecz jest wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty, lecz tego zaniechał. W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie mamy również do czynienia z omyłką określoną w art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, lecz brakiem podania numeru katalogowego, w zasadzie brakiem zindywidualizowania oferowanego przedmiotu zamówienia. Brak podania wymaganych przez Zamawiającego danych nie uprawnia do dokonywania jakichkolwiek poprawek oświadczenia wykonawcy polegających na uzupełnieniu oferty wykonawcy.

Reasumując, Izba uznała, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i prawidłowo została odrzucona

przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu zaoferowania dwóch odrębnych urządzeń zamiast skanera A3 z przystawką do slajdów, negatywów, Izba uznała, że podlega on oddaleniu z uwagi na art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba uznała, że postanowienia SIWZ dotyczące skanera nie były precyzyjne. Jak słusznie zauważył Odwołujący,Zamawiający nie skonkretyzował, w jaki sposób oba urządzenia mają współpracować ze sobą, brak było precyzyjnego wyjaśnienia, w jaki sposób przystawka ma działać ze skanerem, czy ma być tego samego producenta, jak ma być połączona, nie było również zakazu zaoferowania dwóch odrębnych urządzeń. W związku z powyższym jakiekolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Niemniej, pomimo potwierdzenia się ww. zarzutu i tak oferta Odwołującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak wskazano powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku
na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy
§ 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……