

Sygn. akt: KIO 2281/23

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **AV Multimedia M. i Spółka, Spółka jawna w Kielcach**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Toruńską Agendę Kulturalną w Toruniu**

przy udziale wykonawcy **INFOCOMP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AV Multimedia M. i Spółka, Spółka jawna w Kielcach** 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 **AV Multimedia M. i Spółka, Spółka jawna w Kielcach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2281/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Toruńska Agenda Kulturalna w Toruniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i montaż sprzętu informatycznego, w tym multimedialnego, elektronicznego i oprogramowania dla Toruńskiej Agendy Kulturalnej w ramach projektu Kulturalny hub Bydgoskiego Przedmieścia w Toruniu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 sierpnia 2023 r. wykonawca AV Multimedia M. i Spółka, Spółka jawna w Kielcach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie w zakresie części 1 wobec dokonania niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INFOCOMP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sprawie dla części 1 i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę INFOCOMP Sp. z o. o., podczas gdy zaoferowane przez niego urządzenie: projektor Acer H6542 nie spełnia wymagań narzuconych przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia i w konsekwencji oferta wykonawcy jest niezgodna z wymogami zamawiającego postawionymi w warunkach zamówienia; w pozycji nr 6 Formularza szczegółowego zamawiający wymagał projektora wyposażonego w głośniki o mocy 8 W, zaś projektor zaoferowany przez INFOCOMP posiada głośniki o mocy 3 W,

b) art. 253 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w Części 1 wykonawcy INFOCOMP Sp. z o. o., podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

c) art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. polegające na naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji poprzez wybór oferty wykonawcy, którego oferta w swej treści jest niezgodna z warunkami zamówienia

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy INFOCOMP Sp. z o. o.,
- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy INFOCOMP Sp. z o. o. z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w sposób bezpośredni pozbawiło odwołującego uzyskania zamówienia, którego oferta w świetle kryteriów oceny ofert znajduje się na drugim miejscu za ofertą wykonawcy INFOCOMP Sp. z o. o.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 sierpnia 2023 roku zamawiający oświadczył, że nie zgadza się z zarzutami wskazanymi w treści odwołania z uwagi na ich bezpodstawność. Zarzuty podnoszone przez odwołującego nie znajdują uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym i powinny zostać oddalone.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca INFOCOMP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu (dalej także: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdz. 3 pkt 2 SWZ „Zamówienie zostało podzielone na 3 części”:

a. Część 1 – Dostawa i montaż sprzętu informatycznego, w tym multimedialnego i elektronicznego, główny kod CPV 31710000-6 Sprzęt elektroniczny, dodatkowe kody CPV 30200000-1 Urządzenia komputerowe, 32322000-6 Urządzenia multimedialne, 32323300-6 Urządzenia wideo, 30231000-7 Ekran i konsole komputerowe, 30237400-3 Akcesoria do wprowadzania danych, 38652100-1 Projekторы, 32324600-6 Telewizory cyfrowe, 30232110-8 Drukarki laserowe.

b. Część 2 – Dostawa i instalacja oprogramowania, główny kod CPV 48000000-8 Pakiety oprogramowania i systemy informatyczne, dodatkowe kody CPV 48322000-1 Pakiety oprogramowania graficznego, 48317000-3 Pakiety oprogramowania do pisanie tekstów, 48991000-1 Pakiety oprogramowania arkuszy kalkulacyjnych, 48316000-6 Pakiety oprogramowania prezentacyjnego, 48219300-9 Pakiety oprogramowania administracyjnego.

c. Część 3 – Dostawa, montaż i instalacja serwera i szafy serwerowej, główny kod CPV 48820000-2 Serwery, dodatkowe kody CPV 31213300-5 Szafy kablów.

Zgodnie z rozdz. 3 pkt 3 lit. a SWZ: Opis przedmiotu zamówienia oraz warunki realizacji zamówienia zawarte są w załącznikach:

a. Formularz Szczegółowy Oferty (opis przedmiotu zamówienia dla poszczególnych części) - Załącznik nr 1 do SWZ.

Stosownie do rozdz. 20 pkt 14 SWZ: Do oferty należy dołączyć Formularz Szczegółowy Oferty dla wszystkich części stanowiący załącznik numer 1 do SWZ.

Dowód: SWZ

Zamawiający opracował Formularz Szczegółowy Oferty, stanowiący załącznik nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), w którym wskazał zamawiane urządzenia oraz ich wymagania techniczne. Urządzenia wskazane były w kolumnie 2. tabeli (zatytułowanej „Przedmiot”) znajdującej się w formularzu, natomiast wymagania techniczne – w kolumnie 3 (zatytułowanej „Specyfikacja”). W odniesieniu do projektora Full HD (poz. 6 tabeli) zamawiający wskazał, co następuje:

Kolumna 2: „Projektor Full HD”

Kolumna 3:

- jasność 3000 ANSI lumenów,
- kontrast 8 000:1,
- rozdzielczość 1920 x 1080 Full HD,
- moc około 218 W AC,
- waga około 3kg,
- do stosowania przy ekranach o przekątnej do 115" (293 cm),
- wraz z głośnikami o mocy 8 W i obsługą technologii 3D
- sześciosegmentowe koło kolorów,
- szybki start i szybkie wyłączenie,
- wyposażony w kabel Sygnalowy Mini D SUB (1,8 m) oraz kabel zasilający,
- gwarancja 3 lata na projektor / 6 miesięcy na lampę.

W kolejnych kolumnach tabeli znajdującej się w Formularzu Szczegółowym Oferty wykonawcy obowiązani byli podać następujące informacje w odniesieniu do każdego oferowanego urządzenia: ilość, cena jednostkowa netto, wartość netto, VAT, wartość brutto, nazwa producenta, model.

Dowód: Formularz Szczegółowy Oferty, załącznik nr 1 do SWZ

Zgodnie z SWZ str. 22 „Załączniki do SWZ” pkt 1, Formularz Szczegółowy Oferty był obowiązkowy dla wszystkich części w pierwszym etapie postępowania.

Dowód: SWZ str. 22

Przystępujący złożył Formularz Szczegółowy Oferty, w którym, w kolumnie 2 wskazał: „Projektor Full HD”, zaś w kolumnie 3 uwzględnił takie same parametry techniczne, jakie znajdowały się we wzorze Formularza Szczegółowego Oferty przygotowanego przez zamawiającego. W kolejnych kolumnach wskazał następujące dane: ilość: 2, cena jednostkowa netto: 2 458,00, wartość netto: 4 916,00, VAT: 23%, wartość brutto: 6 046,68, nazwa producenta, model: Acer H6542 3D.

Dowód: oferta przystępującego

Zaoferowany przez przystępującego projektor Acer H6542 3D ma fabrycznie wbudowany głośnik o mocy 3 W (*okoliczność bezsporna*).

Pismem z dnia 21 lipca 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, wskazując, co następuje:

Na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca się do Państwa o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w Załączniku nr 1 do SWZ, tj. pozycji numer 6 – Projektor Full HD. W ww. pozycji zaproponowali Państwo następujący model projektora: Acer H6542 3D, który powinien spełniać wszystkie wymagania określone w specyfikacji. Dnia 18 lipca do Zamawiającego wpłynęło pismo sugerujące niezgodność zaproponowanego przez Państwa projektora ze specyfikacją. W załączniku nr 1 do SWZ w pozycji numer 6 widnieje zapis: "wraz z głośnikami o mocy 8 W i obsługą technologii 3D", natomiast z informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynika, że zaoferowany projektor Acer H6542 posiada głośniki o mocy 3W, w związku z tym nie spełnia wymagań głośności narzuconych w SWZ.

(...) W związku z powyższym, Zamawiający prosi o wyjaśnienie treści oferty z pozycji numer 6 w Załączniku nr 1 do SWZ w zakresie mocy głośników oferowanych wraz projektorem.

Dowód: pismo z 21 lipca 2023 roku

Pismem z dnia 25 lipca 2023 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

Ofertowany model projektora Acer H6542 3D spełnia wszystkie wymagania określone w specyfikacji. W załączniku nr 1 do SWZ w pozycji numer 6 zamawiający wymaga aby projektor był dostarczony: "wraz z głośnikami o mocy 8 W i obsługą technologii 3D" – zapis ten nie wymaga aby urządzenie miało wbudowane głośniki o mocy 8 W, natomiast wymaga żeby projektor był dostarczony wraz z głośnikami o mocy 8 W. Zaproponowane urządzenie zostanie dostarczone wraz z zewnętrznymi głośnikami (minimum 2 sztuki) o mocy 8 W.

Dowód: pismo z 25 lipca 2023 roku

Pismem z dnia 28 lipca 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1 zamówienia, tj. oferty przystępującego.

Dowód: pismo z dnia 28 lipca 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że przystępujący zaoferował projektor Acer H6542, który posiada głośniki o mocy 3W, w związku z tym nie spełnia wymagań opisu przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie w dniu 17 sierpnia br. odwołujący stwierdził, iż nie kwestionuje faktu, że głośniki o mocy 8W nie musiały stanowić integralnej części z projektorem i mogły stanowić osobne urządzenie. W ocenie odwołującego, w przypadku oferowania głośników jako odrębnego od projektora urządzenia, wykonawcy obowiązani byli w Formularzu Szczegółowym Oferty w pkt. 6 tabeli, oprócz nazwy producenta i modelu projektora, wskazać nazwę producenta i model głośników. Przystępujący takich danych głośników nie podał, zatem – zdaniem odwołującego – nie zaoferował projektora z głośnikami o mocy 8W.

Z oświadczeń złożonych przez zamawiającego i przystępującego w pismach procesowych (odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia) wynika, że zamawiający i przystępujący rozumieli sformułowanie „wraz z głośnikami o mocy 8 W i obsługą technologii 3D” w taki sam sposób jak odwołujący. Spór dotyczy zatem tego, czy przystępujący był obowiązany w pkt. 6 tabeli Formularza Szczegółowego Oferty podać nazwę producenta i model głośników.

W ocenie Izby obowiązek podania w pkt. 6 Formularza Szczegółowego Oferty nie wynika z treści dokumentów zamówienia, a – tym samym – stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Analiza treści przytoczonych wyżej postanowień SWZ (rozdz. 3 pkt 2 lit. a, rozdz. 3 pkt 3 lit. a) oraz Formularza Szczegółowego Oferty (poz. 6) wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest projektor. Zamawiający nie wskazał w żadnym miejscu dokumentów zamówienia, iż przedmiotem zamówienia jest „projektor z głośnikami”. Wymagania dotyczące mocy głośników znajdują się jedynie w kolumnie 3. Formularza Szczegółowego Oferty i precyzują parametry, jakie oferowane urządzenie powinno spełniać. Podkreślenia wymaga, że w sytuacji, w której przedmiotem zamówienia były inne elementy niż wyłącznie dany przedmiot, zamawiający wyraźnie to wyspecyfikował, tak jak np. w poz. 4 w kolumnie 2, gdzie zamawiający wskazał jako zamawiany przedmiot: „Monitor do projektowania graficznego, edycji zdjęć i filmów + oprogramowanie do kalibracji”.

Z powyższego wynika, że w związku z tym, że w poz. 6 zamawiający jako przedmiot zamawiany wskazał „Projektor”, w kolumnie 9 zatytułowanej „Nazwa producenta, model” należało wskazać wymagane dane w odniesieniu do projektora. Wymóg ten nie dotyczył elementów wskazanych w kolumnie 3, zawierającej specyfikację oferowanego przedmiotu, w tym głośników dostarczanych wraz z projektorem.

Tym samym niezasadne jest stwierdzenie, że brak podania nazwy producenta i modelu głośników oznacza, że przystępujący zaoferował projektor z głośnikami o mocy 3W, czyli niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że przystępujący złożył podpisany przez siebie Formularz Szczegółowy Oferty, stanowiący załącznik do oferty i będący jej integralną częścią, w którym w poz. 6 kolumnie 2 zawarte było oświadczenie, iż dostarczy projektor *wraz z głośnikami o mocy 8 W i obsługą technologii 3D*. W ocenie Izby oświadczenie to jest dowodem na to, że zaoferowany projektor spełnia wymogi wskazane w postępowaniu.

Okoliczność, że odwołujący inaczej zinterpretował treść Formularza Szczegółowego Oferty, może dowodzić jedynie tego, że w sporna treść formularza dopuszczała również taką interpretację, niemniej jednak nie jest to okoliczność, za którą odpowiedzialność ponosi przystępujący. W sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów SWZ, zachodzi niejednoznaczność SWZ, która nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o

udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 70¹ § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji."

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....