Sygn. akt: KIO 589/15

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2015 r. przez wykonawcę – P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Pracownia Psychologiczna Driver P. M.,** Łobozew Dolny 2a, 38-700 Ustrzyki Dolne,
w postępowaniu przez – **Akademię Wychowania** prowadzonym zamawiającego **Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja** Śniadeckiego, ul. Kazimierza Górskiego 1, 80-336 Gdańsk,

przy udziale wykonawcy – D. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **DW Group D. W.,** ul. Wróbla 3/3, 53-407 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Pracownia Psychologiczna Driver P. M.,** Łobozew Dolny 2a, 38-700 Ustrzyki Dolne i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę – P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Pracownia P. M.,** 2a, **Psychologiczna Driver** Łobozew Dolny 38-700 Ustrzyki Dolne tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy – P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Pracownia Psychologiczna Driver P. M.,** Łobozew Dolny 2a, 38-700 Ustrzyki Dolne na rzecz zamawiającego - **Akademii Wychowania Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja** Śniadeckiego,

---

ul. Kazimierza Górskiego 1, 80-336 Gdańsk kwotę **842 zł 25 gr** (słownie: osiemset czterdzieści dwa złote dwadzieścia pięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 589/15

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa systemu do diagnozy, monitoringu i treningu psychomotorycznego w ramach projektu pn.: „Zakup specjalistycznej aparatury badawczej dla Laboratorium wysiłku fizycznego AWFiS”.* Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 stycznia 2015 r. pod numerem 2015/S 020-031968.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a z ostrożności art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wobec zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia karty katalogowej. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z tego powodu, że zaoferowane urządzenie nie jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, zawartym w załączniku nr 5 do SIWZ, opierając swą wiedzę na karcie katalogowej, złożonej przez Odwołującego na wniosek Zamawiającego, choć wymóg jej przedłożenia nie wynikał z treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, przedstawione przez Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego niezgodności stanową błędne odczytanie zapisów w karcie katalogowej urządzenia. Są zatem wynikiem niewłaściwej interpretacji oferty Odwołującego z zestawieniem z „nowymi" wymogami co do charakterystyki technicznej zamawianych urządzeń, które uprzednio nie były wskazane w treści SIWZ.

Odwołujący odniósł się do wskazanych przez Zamawiającego niezgodności pomiędzy ofertą Odwołującego a postanowieniami SIWZ w następujący sposób:
Ad. 2. Odwołujący podał, że zgodnie z załączoną kartą katalogową spełnia parametr odnoszący się do wielkości pola widzenia dla obu urządzeń. Karta katalogowa zgodnie z przedstawionym rysunkiem poglądowym wskazuje na okrąg o wymaganych przez Zamawiającego wymiarach. Jednakże Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby tak nie było, „preferowany" kształt przez Zamawiającego nie oznacza bezwzględnie wymaganego, a jedynie „preferowany". Zaoferowanie zatem urządzenia w każdym innym kształcie niż okrąg

o określonej średnicy nie może stanowić podstawy do stwierdzenia niezgodności oferty z opisem zawartym w SIWZ (ponieważ Odwołujący ponownie podkreślił, że kształt okręgu i jego powierzchnia były preferowane, a nie bezwzględnie wymagane).
Ad. 3. Odwołujący zauważył, że zgodnie z kartą katalogową wskazał ilość przycisków podświetlonych dla urządzenia stacjonarnego wynoszącą 16 szt. (wymagane 15 szt.), a dla urządzenia mobilnego 12 szt. (wymagane 12 szt.). Wskazane ilości punktów świetlnych/przycisków odnoszą się zgodnie z wymogami SIWZ do jednego zawodnika.
Ad. 10. Odwołujący podał, że w sposób jednoznaczny w karcie katalogowej wskazał, że „Urządzenie *umożliwia trening i rywalizację indywidualną i grupową z oceną umiejętności radzenia sobie w sytuacjach bezpośredniej konfrontacji"* - wskazywanie przez Zamawiającego, że urządzenie to nie spełnia tego wymogu opierając swe stanowisko o zakwestionowane parametry opisane powyżej jest, zdaniem Odwołującego, nieuprawnione, gdyż Odwołujący wykazał, że pulpit posiada wymiary pola widzenia opisane przez Zamawiającego oraz ilość przycisków zgodną z wymogami SIWZ.

Reasumując tę cześć wywodów Odwołujący stwierdził, że zaistniała sytuacja nie dawała podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż jej treść odpowiada treści SIWZ. Odwołujący podkreślił, że wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne jest zobowiązany złożyć ofertę zgodną z wymogami określonymi w SIWZ. Treść złożonej oferty podlega weryfikacji przez zamawiającego pod względem zgodności z zapisami w SIWZ i tylko stwierdzenie tej niezgodności upoważnia Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Tymczasem Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego wskutek zabiegu polegającego na „doprecyzowaniu" czy też rzekomym wyjaśnieniu treści SIWZ, a faktycznie na zmianie wymagań co do parametrów technicznych zamawianego urządzenia, stawianych w załączniku nr 5 do SIWZ poprzez przyjęcie, że urządzenie ma obejmować powierzchnię minimum 3m ^{2} w wersji stacjonarnej i 2 m ^{2} w wersji mobilnej (jakiego to wymogu Zamawiający nie stawiał w SIWZ, a nadto nawet gdyby przyjąć, iż wynikały z treści SIWZ, to oznaczone zostały jako preferowane, a nie bezwzględnie wymagane). Równocześnie Zamawiający uznał wbrew rzeczywistej treści przesłanej Zamawiającemu karty katalogowej - że urządzenia oferowane przez Odwołującego nie spełniają wymagań SIWZ (mimo, że takie wymagania pojawiły się dopiero w informacji o wynikach postępowania i nie były stawiane w treści SIWZ oraz wbrew treści karty katalogowej, z której wynika, że oferta Odwołującego w

rzeczywistości spełnia wymagania SIWZ). Urządzenie oferowane przez Odwołującego jest w kształcie okręgu, także o preferowanej powierzchni oraz wymaganej ilości punków świetlnych (16 i 12 punktów na jednego zawodnika przy wymaganych 15 i 12). W konsekwencji Odwołujący stoi na stanowisku, iż nie są znane przyczyny, dla których Zamawiający arbitralnie, wbrew treści karty katalogowej, uznał, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań SIWZ.

Odwołujący podniósł, iż jego oferta zawiera wszystkie elementy oraz załączniki wymagane rozdziałem XIV SIWZ. Natomiast udostępnienie karty katalogowej stanowiło wyraz dobrej woli Odwołującego i nie było objęte obowiązkami wymaganymi według treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, postępowanie Zamawiającego pozostaje w konsekwencji w rażącej sprzeczności z unormowaniami ustawy Pzp oraz jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający w niniejszym postępowaniu naruszył zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp) poprzez faktyczną zmianę treści SIWZ na etapie oceny ofert. Takie działanie Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, uznać należy za niedopuszczalne.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 510/12, w którym Izba wskazała :

1. *Zamawiający nie jest uprawniony, aby w toku badania i oceny ofert nadawać specyfikacji istotnych warunków inną, niż ustalona przed upływem terminu składania ofert, treść. Badaniu i ocenie podlega treść oferty wykonawcy w odniesieniu do treści siwz (art. 82 ust.* 3wzw. z *art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) w brzmieniu ustalonym przed terminem składania ofert (art. 38 ust 4). Zamawiający wraz z upływem terminu składania ofert traci uprawnienie do modyfikacji treści tego dokumentu.*
2. *Zamawiającemu nie wolno oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7* ust. *1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w specyfikacji istotnych warunków.*
3. *Zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Żeby stwierdzić, iż w okolicznościach danej sprawy zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (niezgodność treści oferty z treścią siwz niepodlegająca korekcie na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy) zamawiający zobowiązany jest porównać treść siwz z treścią oferty (oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 KC w zw.* żart. 14) *i gdy stwierdzi niemożliwe do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy oraz nie dające się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy niezgodności, zobowiązany jest do odrzucenia oferty. 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 jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.

Dalej Odwołujący powołał się na tezy z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2411/14:

Zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wymóg przejrzystości działań zamawiającego - sprzeciwiają się temu, aby dokonywać oceny w stosunku do sytuacji podmiotowej wykonawców oraz złożonych przez nich ofert na podstawie wymagań, które nie zostały jasno wyrażone w SIWZ. Przyjmuje się zatem, że w procesie wykładni postanowień SIWZ pierwszorzędne zastosowanie znajduje wykładnia literalna.

Odwołujący zwrócił uwagę, że także w obecnym orzecznictwie Krajowej Izby

Odwoławczej podtrzymywane jest zawsze aktualne stanowisko, iż niejednoznaczne postanowienia oraz brak precyzji SIWZ nie mogą działać na niekorzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 10 października 2014 r., sygn. akt: KIO1986/14 oraz wyrok KIO z dnia z dnia 15 października 2014 r., sygn. akt: KIO 2013/14).

Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający na etapie oceny ofert nadał SIWZ inne znaczenie w zakresie parametrów technicznych zamawianego urządzenia niż w treści SIWZ, na podstawie której wykonawcy składać mieli oferty oraz dokonywana być miała ocena tak złożonych ofert. Nadto i przede wszystkim dokonał odrzucenia oferty Odwołującego jako rzekomo niezgodnej z tak zmienionym znaczeniem treści SIWZ mimo, że ta w rzeczywistości spełniała wszelkie wymagania SIWZ.

Z daleko idącej ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że nawet, jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oferty Odwołującego przed jej odrzuceniem zobowiązany był przeprowadzić postępowanie wyjaśniające z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie parametrów technicznych oferowanego urządzenia, a jego zaniechanie jest wadą dyskwalifikującą czynność odrzucenia oferty .

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z załącznikiem nr 5 pkt VI do SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - INNE) Zamawiający postawił wymóg, iż „wszystkie *wymagane parametry potwierdzone w materiałach dostarczanych przez producenta - katalogi/foldery/prospekty, etc."* Zaś zgodnie z rozdziałem XIX pkt 9 SIWZ (Informacje *o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego)* Zamawiający wymagał, żeby przed zawarciem umowy wybrany wykonawca

dostarczył Zamawiającemu w terminie 3 dni od dnia rozstrzygnięcia postępowania opis urządzeń technicznych, czy też katalogi producenta, pozwalające na ocenę zgodności oferowanych elementów oraz ich parametrów z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego dla poszczególnej aparatury/urządzenia/sprzętu. Ponadto, wykonawca do oferty zobowiązany był dołączyć „Oświadczenie Wykonawcy o parametrach/funkcjach posiadanych przez oferowaną aparaturę/urządzenie/sprzęt" (załącznik nr 1a do SIWZ), w którym oprócz potwierdzenia parametrów oferowanego urządzenia, Zamawiający wymagał wskazania: typu, modelu, roku produkcji, producenta i kraju pochodzenia proponowanego urządzenia.

Zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ (Szczegółowy *opis przedmiotu zamówienia)* określił obligatoryjne minimalne wymagane parametry lub funkcje, które powinien spełniać „System *do diagnozy, monitoringu i treningu psychomotorycznego".* Zgodnie z treścią przedmiotowego załącznika wersja stacjonarna i mobilna systemu do diagnozy, monitoringu i treningu psychomotorycznego powinna spełniać w szczególności poniższe parametry:

„Wersja stacjonarna:

1. *Stelaż urządzenia wykonany ze stali nierdzewnej, gwarantujący łatwe utrzymanie czystości i estetyki aparatu.*
2. *Powierzchnia, na której położone są punkty* świetlne/przyciski *powinna zapewniać możliwość optymalnego treningu i badania szerokości pola widzenia zawodnika (preferowany kształt - okrąg o* średnicy *ok. 2 m).*
3. *Ilość punktów* świetlnych/przycisków *powinna zapewniać optymalne wykorzystanie przestrzeni, na której są rozmieszczone (nie mniej niż 15 punktów* świetlnych/przycisków *na zawodnika).*
4. *Przyciski podświetlone diodami LED o sile* światła, *która pozwala na badania i trening nawet w* świetle *słonecznym.*
5. *Urządzenie powinno być wyposażone w złącze HDMI, do którego można podłączyć ekran, na którym wyświetlane będą bieżące wyniki i będzie możliwa ich analiza według zadanych warunków.*
6. *Urządzenie wyposażone w klawiaturę alfa numeryczną, za pomocą której można sterować urządzeniem wprowadzając np. dane zawodników.*
7. *Urządzenie powinno posiadać bezpośrednie autonomiczne połączenie z Internetem, służące do wysyłania wyników zawodników na bieżąco na wskazany serwer internetowy, gdzie wyniki można łatwo poddać analizie statystycznej.*

8. *W pamięci urządzenia przechowywane będą dane zawodników aż do czasu wydania polecenia skasowania tych danych.*
9. *Urządzenie powinno umożliwiać rywalizację indywidualną i grupową zawodników.*
10. *Budowa urządzenia powinna umożliwiać rywalizację zawodników i pozwalać na*

ocenę umiejętności radzenia sobie w sytuacjach bezpośredniej konfrontacji.
Wersja mobilna:

1. *Stelaż urządzenia wykonany ze stali nierdzewnej, gwarantujący łatwe utrzymanie czystości i estetyki aparatu.*
2. *Powierzchnia, na której położone są punkty* świetlne/przyciski *powinna zapewniać możliwość optymalnego treningu i badania szerokości pola widzenia zawodnika (preferowany kształt - okrąg o* średnicy *nie mniejszej niż 1,6 m).*
3. *Ilość punktów* świetlnych/przycisków *powinna zapewniać optymalne wykorzystanie przestrzeni, na której są rozmieszczone (nie mniej niż 12 punktów* świetlnych/przycisków *na zawodnika).*
4. *Przyciski podświetlone diodami LED o sile* światła, *która pozwala na badania i trening nawet w* świetle *słonecznym.*
5. *Urządzenie powinno być wyposażone w złącze HDMI, do którego można podłączyć ekran, na którym wyświetlane będą bieżące wyniki i będzie możliwa ich analiza według zadanych warunków.*
6. *Urządzenie wyposażone w klawiaturę alfa numeryczną, za pomocą której można sterować urządzeniem wprowadzając np. dane zawodników.*
7. *Urządzenie powinno posiadać bezpośrednie autonomiczne połączenie z Internetem, służące do wysyłania wyników zawodników na bieżąco na wskazany serwer internetowy, gdzie wyniki można łatwo poddać analizie statystycznej.*
8. *W pamięci urządzenia przechowywane będą dane zawodników aż do czasu wydania polecenia skasowania tych danych.*
9. *Urządzenie powinno umożliwiać rywalizację indywidualną i grupową zawodników.*
10. *Budowa urządzenia powinna umożliwiać rywalizację zawodników przy zachowaniu możliwości obserwacji przeciwnika w czasie rozgrywki/tekstu i pozwalać na ocenę umiejętności radzenia sobie w sytuacjach bezpośredniej konfrontacji."*

Odwołujący zaoferował urządzenie typu standard, model Alfa-e, rok produkcji 2015, wskazując, że jest producentem tego urządzenia (str. 4 oferty). Złożył również „Oświadczenie *Wykonawcy o parametrach/funkcjach posiadanych przez oferowaną aparaturę/urządzenie/sprzęt" (załącznik nr 1a),* w którym potwierdził posiadanie przez oferowane urządzenie wymaganych parametrów.

Pismem z dnia 10 marca 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że *„Zamawiający nie może odnaleźć na stronie internetowej producenta Pracownia Psychologiczna DRIVER sprzętu do diagnozy, monitoringu i treningu psychomotorycznego model Alfa-e typ standard. Prosimy o*

wskazanie i wyjaśnienie w jaki sposób Zamawiający może sprawdzić zgodność Państwa oferty z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, w Załączniku nr 5 SIWZ."

W odpowiedzi (pismo z dnia 12 marca 2015 r.) Odwołujący podał: *„W celu sprawdzenia zgodności naszej oferty z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, załącznik nr 5 SIWZ przesyłam w załączniku kartę katalogową aparatu. Informacje o aparacie znajdują się również na stronie: www.alfa-e.pl pod linkiem Trening psychomotoryczny, (pionowe menu strony www), z powodu serwisu strony internetowej informacje na niej zawarte były chwilowo nie wyświetlane."* Przedłożona karta katalogowa opisuje następujące cechy urządzenia:

„- Urządzenie umożliwiające trening i rywalizację indywidualną i grupową z oceną umiejętności radzenia sobie w sytuacjach bezpośredniej konfrontacji, dostępny w wersji stacjonarnej i mobilnej.
- Stelaż urządzenia wykonany jest ze stali nierdzewnej.

- Powierzchnia, reakcyjna: stacjonarna 2m, mobilna 1,6m.
- Ilość przycisków podświetlonych stacjonarna 16, mobilna 12."

Zamawiający na rozprawie przedłożył print screen (zrzut z ekranu) ze strony internetowej Odwołującego dotyczący oferowanego urządzenia. Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że informacje zawarte na stronie internetowej i w przedłożonej karcie katalogowej są tożsame.

Pismem z dnia 18 marca 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż jego oferta została odrzucona na postawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. *„Wyjaśnienie treści oferty złożone przez Wykonawcę w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 10.03.2015 r. wskazuje,* że *oferowane urządzenie nie jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku nr 5, tj.:*

Pozycja Oferta Wykonawcy Wymagania SIWZ

1.Wersja Stacjonarna

- Zamawiający wymagał: Powierzchnia, na której położone są punkty świetlne/przyciski *powinna zapewniać możliwość optymalnego treningu i badania szerokości pola widzenia zawodnika (preferowany kształt - okrąg o* średnicy *Powierzchnia, reakcyjna: stacjonarna ok. 2m). 2.*

- Powierzchnie określa się w m 2m 2 . Przy preferowanym kształcie powierzchnia, na której położone są punkty świetlne/przyciski *to ok. 3 m 2 . -*

Wykonawca błędnie zaznaczył w Załączniku 1a, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego.

- Zamawiający wymagał: Ilość punktów świetlnych/ *przycisków powinna zapewniać optymalne wykorzystanie przestrzeni, na której są rozmieszczone (nie mniej niż 15 Ilość przycisków podświetlonych punktów* świetlnych/przycisków *na zawodnika). 3. stacjonarna 16 - W celu spełnienia warunku postawionego w poz. 10 - bezpośredniej konfrontacji zawodników oznacza, że w oferowanym urządzeniu na jedną z rywalizujących stron treningu (1 zawodnika) przypada 8 podświetlonych przycisków.*

- Wykonawca błędnie zaznaczył w Załączniku 1a, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego

Urządzenie umożliwiające trening i rywalizację indywidualną i grupową z wymagań Zamawiającego - w poz. 2 i 3 określonych w 10. oceną umiejętności radzenia sobie w opisie przedmiotu zamówienia w Załączniku 5 SIWZ dla sytuacjach bezpośredniej konfrontacji wersji stacjonarnej

- Oferowane przez Wykonawcę urządzenie nie spełnia

- Wykonawca błędnie zaznaczył w Załączniku 1a, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego

2. Wersja mobilna

- Zamawiający wymagał: Powierzchnia, na której położone są punkty świetlne/przyciski *powinna zapewniać możliwość optymalnego treningu i badania szerokości pola widzenia zawodnika (preferowany kształt - okrąg o ok.1,6m). Powierzchnia, reakcyjna: mobilna 1,6m 2.* średnicy *- Powierzchnie określa się w m2. Przy preferowanym kształcie powierzchnia, na której położone są punkty* świetlne/przyciski *to ok. 2 m 2 - Wykonawca błędnie zaznaczył w Załączniku 1a, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego*

- Zamawiający wymagał: Ilość punktów świetlnych/ *przycisków powinna zapewniać*

optymalne wykorzystanie przestrzeni, na której są rozmieszczone (nie mniej niż 12 punktów świetlnych/przycisków *na zawodnika).* - *W celu spełnienia warunku postawionego w poz. 10 - Ilość przycisków podświetlonych bezpośredniej konfrontacji zawodników oznacza, że w 3. mobilna 12 oferowanym urządzeniu na jedną z rywalizujących stron treningu (1 zawodnika) przypada 6 podświetlonych przycisków.* - *Wykonawca błędnie zaznaczył w Załączniku 1a, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego - Oferowane przez Wykonawcę urządzenie nie spełnia Urządzenie umożliwiające trening i wymagań Zamawiającego - w poz. 2 i 3 określonych w opisie rywalizację indywidualną i grupową z przedmiotu zamówienia w Załączniku 5 SIWZ dla wersji 10. oceną umiejętności radzenia sobie w mobilnej sytuacjach bezpośredniej konfrontacji - Wykonawca błędnie zaznaczył w Załączniku 1a, że oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż Zamawiający zastrzegając w *„Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia”* (załącznik nr 5 do SIWZ), że oczekuje, aby wymagane parametry oferowanego urządzenia znalazły potwierdzenie w materiałach producenta dał tym samym sygnał, że oferty wykonawców będą weryfikowane nie tylko na podstawie oświadczenia, stanowiącego załącznik nr 1a, ale również na podstawie dostępnych informacji producenta. Faktem jest, że z powyższego nie można wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek przedłożenia wraz z ofertą rzeczonych informacji, bo te, w formie katalogów, czy opisów wykonawca, w świetle pkt 9 rozdziału XIX SIWZ, zobowiązany był złożyć wraz z przystąpieniem do realizacji zamówienia.

W tym miejscu nie można również pominąć, że Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie braku dostępności do rzeczonych informacji na jego stronie internetowej (stronie producenta) podał, że z powodu prac serwisowych są zakłócenia w jej dostępności, a nadto przedłożył kartę katalogową, dotyczącą oferowanego urządzenia. Powyższe wskazuje, że Odwołujący w sposób opisany powyżej odczytał intencje Zamawiającego, zawarte we wskazanym postanowieniu SIWZ i ich nie kwestionował. Na tym etapie postępowania Odwołujący nie może więc domagać się pominięcia czynności wezwania i uzupełnienia, skoro w trybie środków ochrony prawnej w określonym terminie jej nie podważał.

Dostrzeżenia wymaga, że sam Odwołujący podał, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, w jakim celu składa kartę katalogową, a mianowicie *„w celu sprawdzenia zgodności naszej oferty z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia.”* W tym też celu podał adres strony internetowej, na której zawarty jest opis oferowanego urządzenia, uwzględniający jego parametry.

Niezależnie od powyższego zwrócić należy uwagę, że treść karty katalogowej i zrzut z ekranu strony internetowej Odwołującego w zakresie dotyczącym parametrów oferowanego urządzenia są tożsame. Zatem Zamawiający mógł i według jego oświadczenia, przeprowadził weryfikację spornych parametrów w oparciu o informacje dostępne na stronie internetowej Odwołującego. Przedłożenie przez Odwołującego karty katalogowej nie miało więc rozstrzygającego znaczenia dla oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Warto odnotować, że stanowisko Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne. Z jednej bowiem strony o spełnianiu spornych parametrów wywodzi na podstawie treści przełożonej karty katalogowej, z drugiej zaś kwestionuje uprawnienie Zamawiającego dokonania oceny na jej podstawie.

Przechodząc do oceny spornych parametrów stwierdzić należy, że nie znajduje

uzasadnienia stanowisko Odwołującego, iż jeśli idzie o powierzchnię to parametrem preferowanym był zarówno kształt, jak i wielkość. Odwołujący pomija, że treść załącznika nr 5 do SIWZ określała obligatoryjne, minimalne wymagane parametry. Zatem termin „preferowany" nie może być interpretowany rozszerzająco, również wobec tych parametrów, co do których nie został użyty. Związek frazeologiczny „preferowany kształt" nie inaczej może być tłumaczony, uwzględniając znaczenie słowa „kształt", że preferowanym kształtem jest, jak Zamawiający wskazał, okrąg. Nie ma żadnych podstaw, aby kształt utożsamiać również z wielkością.

Rację więc należy przyznać Zamawiającemu, chociaż wielkość powierzchni podał dla preferowanego kształtu, to wymóg znajduje zastosowanie do każdego z kształtów powierzchni. Mając zaś na względzie, że Zamawiający posłużył się, opisując wielkość powierzchni, średnicą okręgu, nie budzi wątpliwości, że pole powierzchni koła ograniczonego okręgiem wynosi minimum dla aparatu w wersji stacjonarnej 3,14 m^2, zaś dla urządzenia w wersji mobilnej 2,01 m^2.

Odwołujący powyższego nie uwzględnił. Zaoferował urządzenie, którego powierzchnia reakcyjna wynosiła dla aparatu stacjonarnego 2 m, a dla aparatu mobilnego 1,6 m. Co więcej, Odwołujący zaoferował urządzenie, którego powierzchnia jest w kształcie okręgu, a to oznacza, że nawet dla preferowanego kształtu nie zaoferował wymaganej powierzchni. Powierzchnię reakcyjną ograniczył bowiem do wymiarów podanych przez Zamawiającego, ale nie odnoszących się do pola, a do średnicy okręgu.

W tym miejscu należy zauważyć, że od profesjonalnego wykonawcy należy oczekiwać, że potrafi odróżnić powierzchnię koła od średnicy okręgu i właściwie określi te wielkości.

Nie można również podzielić stanowiska Odwołującego, że schemat oferowanego urządzenia pozwala na ustalenie, iż wielkość powierzchni oferowanego urządzenia odpowiada tej wymaganej przez Zamawiającego. Skoro rysunek nie jest opatrzony jakimikolwiek wymiarami to nie jest możliwe dokonanie obliczeń.

Nie znajduje uzasadnienia stanowisko Odwołującego, że zaoferował urządzenie z wymaganą ilością przycisków przypadającą na zawodnika. Nie budzi wątpliwości, w ocenie Izby, że wymóg dotyczący ilości przycisków, które muszą przypadać na jednego zawodnika był jednoznaczny. Zamawiający wprost wskazał, że dla urządzenia stacjonarnego ma być ich nie mniej niż 15 na zawodnika, zaś w przypadku urządzenia mobilnego nie mniej niż 12 na zawodnika. Jednocześnie uwzględniając oczekiwanie Zamawiającego, że urządzenie powinno umożliwiać rywalizację indywidualną i grupową i pozwalać na ocenę umiejętności radzenia sobie w sytuacjach bezpośredniej konfrontacji (pkt 9 i 10 załącznika nr 5 do SIWZ w zakresie I) nie sposób stwierdzić, że możliwym było zaoferowanie urządzenia

przeznaczonego dla jednego zawodnika. Ilość przycisków zaproponowanych przez Odwołującego (dla urządzenia stacjonarnego 16, a dla mobilnego – 12) wskazuje, że odpowiednio 16 i 12 przycisków przypada na jednego zawodnika pod warunkiem, że korzysta z urządzenia sam, zaś przy bezpośredniej konfrontacji zawodników, w przypadku dwóch, ilość tych przycisków pozostających do dyspozycji jednego zawodnika jest mniejsza niż wymagana przez Zamawiającego.

Odwołujący dopiero na etapie odwołania złożył oświadczenie, że zaoferowane ilości przycisków dotyczą jednego zawodnika. Natomiast powyższego nie potwierdza schemat uwidoczniony na stronie internetowej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, przedstawiony rysunek nie wskazuje na dwustronność urządzenia, zresztą wtedy też ilość przycisków musiałaby być inna. Nadto, sam Odwołujący podał w rzeczonych informacjach, że ilość przycisków wynosi 16 dla urządzenia stacjonarnego i 12 dla aparatu mobilnego. Tym samym Odwołujący określił ilość przycisków, w które wyposażone jest urządzenie w odniesieniu do wersji urządzenia a nie z podziałem na zawodników.

W decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał, że skutkiem niespełnienia przez urządzenie zaoferowane przez Odwołującego parametrów z poz. 2 i 3 załącznika nr 5 do SIWZ, zarówno w wersji stacjonarnej i mobilnej, nie ma możliwości spełnienia parametru z poz. 10 rzeczonego załącznika, a w istocie wedle przytoczonych przez Zamawiającego wymogów, również z poz. 9. Z tym stanowiskiem należy się zgodzić.

Skoro bowiem Odwołujący nie zagwarantował wymaganej powierzchni reakcyjnej i ilości przycisków na jednego zawodnika, w sytuacji, w której Zamawiający założył, aby urządzenie umożliwiło trening i rywalizację zarówno indywidualną, jak i grupową oraz ocenę umiejętności radzenia sobie w sytuacjach bezpośredniej konfrontacji, to niewypełnienie tych wymogów z poz. 2 i 3, obliczonych również na trening grupowy i bezpośrednią konfrontację zawodników powoduje, parametr z poz. 9 i 10 w konsekwencji nie może być zagwarantowany. Oznacza to, że zaoferowanie mniej niż 30 przycisków dla urządzenia stacjonarnego i mniej niż 24 dla urządzenia mobilnego uniemożliwia rywalizację grupową i możliwości bezpośredniej konfrontacji w warunkach założonych przez Zamawiającego.

Natomiast zwrócić należy uwagę, że analiza treści decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie daje podstaw do przyjęcia, że przyczyną odrzucenia było niezagwarantowanie dwustronności urządzenia, brak zapewnienia optymalnego wykorzystania przestrzeni, na której rozmieszczone są przyciski. Te okoliczności zostały powołane dopiero w treści odpowiedzi na odwołanie i jako niestanowiące podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego nie mogą być przez Izbę brane pod uwagę. Podobnie jak okoliczność, na którą wskazywał Przystępujący, a mianowicie brak klawiatury

13

---

alfanumerycznej w urządzeniu oferowanym przez Odwołującego.

Resumując stwierdzić należy, że weryfikacja treści oferty Odwołującego przez Zamawiającego w oparciu o dane producenta, zakończyła się wynikiem negatywnym. Skoro sam Odwołujący wskazał na informacje, z których ma korzystać Zamawiający w celu oceny, czy oferowane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego i uczynił to wezwany do wyjaśnień, to zdaniem Izby, nieuprawnione jest oczekiwanie Odwołującego wezwania do kolejnych wyjaśnień (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Nie można również pomijać, że instytucja wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie może prowadzić do określenia przedmiotu świadczenia w sposób całkowicie ignorujący informacje, na które wskazał Odwołujący jako potwierdzające zgodność zaoferowanego świadczenia z treścią SIWZ. To prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której wykonawca dowiadując się negatywnej ocenie swojej oferty po jej otwarciu stara się zastąpić podane wcześniej informacje, określające jego świadczenie innymi, mając na celu jedynie pozytywną ocenę swojej oferty, przy pominięciu oświadczeń kreowanych wcześniej. Dałoby to asumpt do określania przedmiotu świadczenia na nowo, a tego nie dałoby pogodzić się zarówno z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, a nadto prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Rozstrzygnięcie, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa czyni zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp chybionymi.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za bezprzedmiotowy, bowiem nie doszło jeszcze do udzielenia zamówienia. Analogicznie należy ocenić zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych nie został uwzględniony z uwagi na nieprzedłożenie do akt sprawy rachunku określającego ich wysokość. W świetle przepisu § 3 pkt 1 lit. b 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. Nr 41, poz. 238) spełnienie powyższego warunku jest niezbędne dla przyznania kosztów w przedmiotowym zakresie.

14

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i § 5 ust. 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty dojazdu Zamawiającego na rozprawę w kwocie 842 zł 25 gr.

Przewodniczący: ……