

WYROK
z dnia 8 września 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. siedzibą w Radomiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Innowacyjno Wdrożeniowe "AXIS" Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także powtórzenie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciążyć **Narodowe Centrum Badań i Rozwoju 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 **CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. siedzibą w Radomiu** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Narodowego Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie** na rzecz wykonawcy **CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. siedzibą w Radomiu** kwotę 11 100 zł 00 gr

1

(słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty z tytułu wpisu od odwołania i postępowania odwoławczego

poniesione

wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

W dniu 27 sierpnia 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie wniósł wykonawca **CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. z siedzibą w Radomiu**, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania dla Narodowego Centrum Badań i Rozwoju prowadzi Zamawiający - Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie. Odwołujący otrzymał informację o wyniku postępowania i zawiadomienie

o odrzuceniu jego oferty w dniu 22 sierpnia 2014 r.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, tj. odrzucenia oferty Odwołującego, co ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp, który wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego stosowania przepisów Pzp przez Zamawiającego nie doszłoby do odrzucenia oferty Odwołującego. Na skutek niezgodnego z przepisami ustawy odrzucenia oferty Odwołujący doznał szkody i został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego zawiera najniższą cenę (kryterium cena - 100%) spośród ofert złożonych w postępowaniu i jej cena nie przekracza środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, zatem oferta Odwołującego winna być wybrana najkorzystniejszą.

Wniesienie odwołania w dniu 27 sierpnia 2014 r. do Prezesa Izby oraz przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu wypełnia dyspozycję, co do terminu określoną w art. 182 ust 1 pkt 2 oraz art. 180 ust 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu dokonanie w postępowaniu niezgodnych z ustawą czynności polegających na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo zgodności jej treści z treścią specyfikacji. Powyższymi czynnościami naruszono w szczególności następujące przepisy:

1. art. 82 ust. 3 poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;
2. art. 89 ust 1 pkt 2 poprzez niezgodne z ustawą odrzucenie oferty Odwołującego;
3. art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wybrania najkorzystniejszą oferty Odwołującego;.

W związku z powyższym Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania w całości i nakazania Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3

2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego;

3. wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, oceny oferty Odwołującego i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający uzasadniał tym, że: w SOPZ wymagał monitora posiadającego regulację wysokości, natomiast według ustaleń poczynionych na stronie internetowej producenta oraz informacji mailowej otrzymanej od producenta powziął informację, iż stanowiący przedmiot oferty monitor wymaganej regulacji wysokości nie posiada.

Zdaniem Odwołującego zarzuty Zamawiającego są bezpodstawne i nie znajdują oparcia w stanie faktycznym. Pozostają także w jednoznacznej sprzeczności z treścią złożonej przez Odwołującego oferty.

Odwołujący zarówno w złożonym formularzu, jak i dołączonej do oferty karcie katalogowej jednoznacznie wskazał, iż oferowany monitor posiada wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność regulacji wysokości. Zamawiający oparł swoje ustalenia na ogólnie dostępnych materiałach i informacjach nie odnoszących się wprost do przedmiotu oferty Odwołującego. Wbrew jednoznacznym zapisom zawartym w ofercie potwierdzającym spełnianie wymagań specyfikacji w spornym zakresie, Zamawiający na podstawie nieprecyzyjnych ustaleń podjął decyzję negatywną w skutkach dla Odwołującego.

Jednocześnie należy wskazać, iż Zamawiający wobec posiadania sprzecznych informacji, nie dążył do ich rzetelnego wyjaśnienia. Nie skorzystał chociażby z przysługującego mu uprawnienia wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy Pzp w celu ustalenia stanu faktycznego. Zamawiający arbitralnie podjął decyzję niekorzystną dla Odwołującego i odrzucił ofertę zgodną z wymaganiami SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania w całości jak podano na wstępie odwołania. Ponadto wnioskował o dopuszczenie na terminie rozprawy dowodu w postaci okazania monitora stanowiącego przedmiot oferty w celu dokonania naocznej weryfikacji istnienia wymaganej funkcjonalności.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na

**rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń
Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład
orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

4

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie 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. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która była najkorzystniejsza cenowo, a dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w dniu 1 września 2014 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Innowacyjno Wdrożeniowe „AXIS” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego. Wskazał, że Odwołujący w swojej ofercie w pkt 2 Formularza Oferty zaoferował monitor Philips 246V5LHAB/00, który według dostępnych opisów technicznych nie posiada regulacji wysokości monitora. Przystępujący uzyskał od MMD Monitors & Display Czech Republik s.r.o. Praga, która reprezentuje w Polsce markę Philips w zakresie monitorów komputerowych jednoznaczne oświadczenie, że monitor o wymienionym modelu nie posiada i nigdy nie posiadał fabrycznego rozwiązania umożliwiającego regulację wysokości. Jednocześnie firma przyznała, że monitor posiada otwory VESA, do których teoretycznie można przymocować inną dowolną podstawę dostępną na rynku, jednak zmiana podstawy stanowi modyfikację parametrów monitora, za którą firma nie ponosi odpowiedzialności i nie gwarantuje ergonomii pracy na tak zmodyfikowanym produkcie.

Przystępujący podkreślił, że Zamawiający nie dopuścił na żadnym etapie postępowania modyfikacji samodzielnej produktów, a jednocześnie Odwołujący w formularzu jednoznacznie określił model produktu i nie zawarł informacji o jego modyfikacji. Dlatego też Zamawiający na podstawie wszystkich dostępnych informacji technicznych mógł jednoznacznie stwierdzić bez konieczności dodatkowego wyjaśnienia, że dany model nie posiada regulacji wysokości.

W informacji o wyniku postępowania Zamawiający ustalił, że w pozycji 1 złożonego wykazu dostaw jako datę wykonania dostawy wskazano „wrzesień/2011”. Natomiast

5

z załączonej referencji wynika, że dostawa była zrealizowana 23.12.2011. Z referencji wynika również, że wartość wskazana w wykazie dostaw dotyczy komputerów z monitorami wraz z oprogramowaniem systemowym i biurowym. Ponadto, zgodnie z pkt 6.1.7. SIWZ w przypadku, gdy wykonawcy należą do grupy kapitałowej winni oni przedłożyć listę podmiotów należących do tej samej grupy lub oświadczenie o braku przynależności. Z załączonego do oferty oświadczenia nie wynika, czy wykonawca należy czy też nie należy do grupy, ponieważ nie zakreślono żadnej z możliwych opcji.

Jednocześnie wykonawca zaoferował produkt nie spełniający wymagań Zamawiającego. W pkt 2 SOPZ Zamawiający wymagał monitora posiadającego regulację wysokości. Zgodnie ze znalezioną na stronie producenta specyfikacją zaoferowany monitor nie posiada regulacji wysokości. Informację tę Zamawiający potwierdził mailowo z producentem. Sprzęt jest zatem niezgodny z SOPZ, chociaż w ofercie znajduje się informacja, że monitor posiada taką regulację.

Z uwagi na powyższe oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.

1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W związku z powyższym odstąpiono na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp od wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

W uzasadnieniu prawnym Zamawiający wskazał, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Na rozprawie z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania przeprowadzono eksperyment procesowy, gdzie Odwołujący zaprezentował model monitora umożliwiający regulację wysokości. Z eksperymentu wynika, że oznaczenie modelu monitora jest tożsame ze znajdującym się oznaczeniem w ofercie, natomiast podstawa nie ma dodatkowego oznaczenia lub symbolu.

Izba, rozpoznając odwołanie uznała, iż podlega ono uwzględnieniu.

Odnosząc się do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał wymaganie aby parametry monitora umożliwiły regulację położenia: przechył do tyłu oraz regulację wysokości.

Wykonawca Odwołujący zaproponował w ofercie model Philips 246V5LHAB/00.

6

Odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył, że w wersji fabrycznej i sprzedaży detalicznej dany monitor oryginalnie nie posiada możliwości regulacji wysokości. Powyższe potwierdziły również materiały złożone przez Zamawiającego oraz Przystępującego, a także przedłożone przez Przystępującego oświadczenie przedstawiciela na Polskę producenta monitorów. Jednocześnie wyjaśnił, że możliwość regulacji wysokości w monitorze zamierza uzyskać poprzez zastosowanie rozwiązania, do którego odnosił się w przystąpieniu wybrany w postępowaniu wykonawca, a mianowicie przez zastosowanie innej podstawy i wykorzystanie istniejących w monitorze otworów VESA. Jednocześnie przedstawił oświadczenie firmy MMD Monitors&Displays Czech Republic s.r., w którym stwierdzono, że monitor zaoferowany w przedmiotowym postępowaniu posiada w komplecie opcjonalną podstawę zapewniającą regulację wysokości. Zastosowana podstawa jest integrowana z monitorem w sposób dopuszczony przez producenta i przewidziany w instrukcji oraz, że nie obniży funkcjonalności urządzenia. Potwierdzono również, że użytkowanie monitora z opcjonalną podstawą nie narusza warunków udzielonej na monitor gwarancji.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Oceniając ustalony w postępowaniu stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż zapisy SIWZ obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

jednoznacznie zdaniem składu orzekającego Izby potwierdzają, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca zaproponował monitor umożliwiający regulację jego wysokości.

7

Ze złożonych przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego wyjaśnień oraz ze zgromadzonych dokumentów, a także z przeprowadzonego eksperymentu procesowego na rozprawie wynika jednoznacznie, że urządzenie, które wymieniono w ofercie daną cechą regulacji wysokości posiada. Funkcjonalność tę Odwołujący uzyskał w inny sposób, przez zastosowanie podstawy. W ocenie Izby działania takie uznać należy za dopuszczalne. Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający żądał zaproponowania sprzętu fabrycznie nowego, z gwarancją 3 lat od daty dostawy w trybie door-to-door, nie dookreślając jednocześnie w jaki sposób określona funkcjonalność ma być osiągnięta, i czy ma być to rozwiązanie fabryczne. Odwołujący zaś w formularzu ofertowym jednoznacznie określił, jaki konkretnie model oferuje, na podstawie informacji uzyskanych od producenta. Jak wynika z oświadczenia złożonego przez Odwołującego, które uzyskał od MMD Monitors & Display Czech Republik s.r.o. Praga, która reprezentuje w Polsce markę Philips w zakresie monitorów komputerowych, zmiana podstawy nie spowoduje utraty warunków gwarancyjnych. Nie ma zatem obaw, iż Zamawiający z postanowień gwarancyjnych w przypadku awarii monitora nie będzie mógł skorzystać. Co więcej, z przebiegu postępowania odwoławczego zdaje się wynikać, że dla Zamawiającego istotna była funkcjonalność regulacji samej w sobie, a nie sposób, który do uzyskania danej funkcjonalności doprowadzi. Poza tym monitor, zgodnie z deklaracją Zamawiającego, służyć ma do wykonywania pracy biurowej i korzystania z internetu. Monitor nie będzie wykorzystywany do jakiś szczególnych, czy też specyficznych celów, dla których sposób osiągnięcia danej funkcjonalności mógłby mieć istotne znaczenie.

Odnosząc się do oświadczenia złożonego przez Przystępującego, a pochodzącego od tego samego podmiotu, jak oświadczenie Odwołującego, zauważyć, należy, iż w oświadczeniu złożonym przez Odwołującego jest mowa o tym konkretnym postępowaniu, natomiast oświadczenie pochodzącego od Przystępującego odnosi się ogólnie do modelu monitora. Nie można wykluczyć, że gdyby przedstawiciel producenta wypowiedział się o konkretnym postępowaniu i konkretnym modelu, to wnioski osób podpisujących dane dokumenty byłyby tożsame. Nie jest również wykluczone, iż producent na żądanie podmiotu, z którym współpracuje, może przygotować dla niego specjalnie dedykowaną ofertę, z produktem, który po dostosowaniu spełniał będzie wymogi SIWZ.

Jak już zauważono w uzasadnieniu orzeczenia, oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. W przedmiotowym postępowaniu z taką odmiennością nie mamy do czynienia. Wnioski te niezbitnie prowadzą do potwierdzenia prawidłowości działań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

8

Z tych powodów uznano, że decyzja Zamawiającego o zastosowaniu w stosunku do oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie była prawidłowa. W toku ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający winien uwzględnić ofertę Odwołującego a w razie konieczności zastosować do niej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ jego niezastosowanie było konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na Odwoławcza uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego miały wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: