

WYROK
z dnia 17 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Emil Kuriata
Izabela Kuciak

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Shadok Audio Visual Piechuła Sp.k., 41-806 Zabrze, Wolności 404** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Oświęcimiu, 32-600 Oświęcim, ul. Kolbego 8** protestu z dnia 23.11.2009 r

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Shadok Audio Visual Piechuła Sp.k.
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery zł zero gr) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Shadok Audio Visual Piechuła Sp.k..**

2) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć zł zero gr) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Shadok Audio Visual Piechuła Sp.k..**

Uzasadnienie

Zamawiający, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Oświęcimiu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyposażenia ruchomego: sprzętu audiowizualnego w ramach zadania inwestycyjnego pn. Adaptacja budynków byłego Monopoli Tytoniowego na potrzeby Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Oświęcimiu.

Postępowanie wszczęto w dniu 26.08.2009 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 17.11.2009 zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę SHADOK AV Piechuła Sp.k.

W dniu 23.11.2009 Konsorcjum w składzie: ARCUS S.A. i TRIAS S.A. wniosło protest wobec ww. czynności zamawiającego domagając się odrzucenia oferty wybranej wskazując na szereg jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 24.11.2009 r. zamawiający zawiadomił pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesionym proteście oraz wezwał ich do przyłączenia się do postępowania toczącego się w wyniku jego wniesienia.

W dniu 27.11.2009 SHADOK AV Piechuła Sp.k. przystąpiła do postępowania protestacyjnego.

W dniu 01.12.2009 zamawiający protest uwzględnił, dokonał ponownej oceny ofert, stwierdził, iż oferta SHADOK AV Piechuła Sp.k. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a następnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Jako podstawę odrzucenia oferty SHADOK AV Piechuła Sp.k. wskazano niezgodność rozdzielczości matrycy oferowanego monitora LG z wymaganiami siwz w tym zakresie oraz niewystarczający zakres pasma przenoszenia oferowanych słuchawek BOSCH w stosunku do

wymaganego przez zamawiającego (zamawiający podzielił dwa zarzuty protestu Konsorcjum ARCUS S.A. i TRIAS S.A.)

W dniu 11.12.2009 r. SHADOK AV Piechuła Sp.k. wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu twierdząc, iż oferowany monitor LG w rzeczywistości posiada odpowiednie parametry rozdzielczości matrycy i spełnia w tym względzie wymagania zamawiającego, natomiast słuchawki BOSCH są oferowane w wersji zmodyfikowanej przez wykonawcę, w której charakteryzują się już większym zakresem pasma przenoszenia.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz oświadczenia zamawiającego złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła, co następuje.

W tabeli Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wyspecyfikował, iż przedmiotem zakupu w ramach niniejszego zamówienia są m.in.:

- w poz. 20 tabeli - monitor LCD 19" o parametrach nie gorszych: rozdzielczość 1680x1050
- w poz. 127 tabeli – słuchawki nagłowne o parametrach nie gorszych od: pasmo przenoszenia 10 Hz-30 000 Hz

Odpowiednio, SHADOK AV Piechuła Sp.k. w swojej ofercie zaproponowała dostawę monitora LG M1994D (poz. 20 formularza cenowego załączonego do oferty) oraz słuchawek BOSCH LBB 3443/00 (poz. 118 formularza cenowego załączonego do oferty)

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego rozstrzygnięcia Izby są jedynie zarzuty odwołania dotyczące podstaw odrzucenia oferty odwołującego, podnoszone jednocześnie w proteście Konsorcjum w ARCUS S.A. i TRIAS S.A. i uznane przez zamawiającego za powód odrzucenia oferty Shadok. Według oświadczenia zamawiającego w pozostałym zakresie podziela stanowisko odwołującego, co do oceny jego oferty, a inne zarzuty protestu, z którymi odwołanie polemizuje nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 3 Izba nie może orzekać, co do zarzutów nie objętych protestem – żadnych okoliczności poza skutkującymi ograniczeniem możliwości z korzystania ze środków ochrony prawnej czy wnoszenia i uwzględniania odwołań – nie bierze pod uwagę „z urzędu”. W związku z faktem, iż to protestujący określa zakres zarzutów protestu, a tym samym niejako warunkuje zakres rozpatrywania sprawy, który w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym przedstawia się tak jak opisano powyżej, Izba nie orzekła również o zarzutach, które odwołujący formułuje (w przystąpieniu do protestu i w odwołaniu) w stosunku do innych uczestników postępowania – jako o zarzutach wykraczających poza zakres protestu, którego rozstrzygnięcie stanowiło podstawę wniesienia niniejszego odwołania.

Przystępujący do postępowania protestacyjnego mógł zgodnie z art. 181 ust. 5 Pzp jedynie określać swoje żądania co do sposobu rozstrzygnięcia zarzutów protestu wraz z podaniem argumentacji na rzecz takiego rozstrzygnięcia, a nie podnosić nowe, niewskazane w proteście okoliczności, które *de facto* prowadzą do rozszerzenia zawartych tam zarzutów. Jeżeli więc przystępujący chciał podnieść zarzuty tego typu, powinien wnieść własny protest w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż zarzut dotyczący niewłaściwej oceny i kwalifikacji faktycznej parametrów zaoferowanego monitora zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie wykorzystał tu wszelkich możliwości wyjaśnienia i zbadania rzeczywistych parametrów monitora, które dawała mu ustawa, w celu rozwiania wątpliwości w tym przedmiocie, ze zwróceniem się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp włącznie. Biorąc pod uwagę informacje załączone do oferty i przystąpienia do protestu (wyciągi z instrukcji obsługi sprzętu), wskazujące na spełnianie parametrów wymaganych w siwz, zamawiający nie powinien swoich wątpliwości w tym przedmiocie rozstrzygać jedynie na podstawie stojących z nimi w sprzeczności informacji zaczerpniętych z serwisu internetowego producenta sprzętu. W takim

przypadku winien dać wykonawcy szansę wyjaśnienia powstających wątpliwości, względnie uzyskać większą pewność dowodową w tym zakresie, np. poprzez samodzielne zwrócenie się do producenta z prośbą o stosowne wyjaśnienia.

Za ostatecznie przesądzający o zgodności parametrów rozdzielczości oferowanego monitora LG z wymaganiami siwz oraz za wiarygodny dowód w tym zakresie, Izba uznała wyjaśnienia LG Electronics Polska Sp. z o.o. z dnia 02.12.2009 r. w przedmiocie rzeczywistych parametrów monitora oraz błędu w informacjach zawartych na stronie www.lge.pl. W świetle powyższych informacji oraz wyciągów z instrukcji obsługi monitora załączanych do oferty i przystąpienia do protestu, stwierdzić należy, iż sprzęt oferowany jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Izba nie podzieliła natomiast zarzutu odwołania dotyczącego braku niezgodności oferty odwołującego z treścią siwz w zakresie parametrów oferowanych słuchawek.

Jak wynika z treści oferty opisanej w części uzasadnienia dotyczącego ustaleń Izby, wykonawca jednoznacznie wskazał, iż oferuje opisany za pomocą nazwy i numeru (a więc możliwy do zidentyfikowania i ustalenia jego parametrów) konkretny model słuchawek określonego producenta. Ww. model słuchawek nie spełnia wymagań siwz odnośnie zakresu przenoszenia dźwięku, co sam odwołujący potwierdza i przyznaje, wywodząc jednak, iż w rzeczywistości oferuje dostawę takiego modelu, ale po dokonaniu odpowiednich modyfikacji (wymianie wkładki słuchawkowej), które spowodują, iż urządzenie osiągnie parametry wymagane przez zamawiającego.

Powyższego wykonawca nie zaznaczył jednak w treści oferty ale podniósł dopiero w przystąpieniu do protestu. W ocenie Izby nie można domniemywać tego typu informacji z samego faktu powielenia w kolumnie tabeli formularza cenowego załączonego do oferty wymagań zamawiającego sformułowanych w załączniku nr 3 do siwz. Efekt i wnioski z takiego przygotowania oferty są proste – wykonawca w odniesieniu do określonych wymagań zamawiającego zaoferował (opisał, oznaczył...) urządzenie, które wymagań tych nie spełnia. Jak wskazano na podstawie tak sformułowanej oferty wykonawcy zamawiający nie wie i nie może wiedzieć, iż wykonawca oferuje mu w rzeczywistości inne urządzenie niż w treści oferty wskazał. W szczególności żadnego nowego światła na powyższe nie rzuca załączone do odwołania oświadczenie firmy BOSCH z dnia 04.11.2009 r., z którego wynika jedynie, że odbiorcy jej produktów mogą je modyfikować w dowolnym zakresie w zależności od swoich potrzeb, jednakże nie będą to już produkty, których parametry, jakość i niezawodność gwarantuje producent. Nie wynika natomiast w żaden sposób, że rzeczywiście przedmiotowy model słuchawek został zmodyfikowany, w jakim zakresie oraz że takie przerobione urządzenie zostało zaoferowane w ramach niniejszego zamówienia.

Wykonawca dla wykazania jaki produkt w rzeczywistości oferuje w ramach swojej oferty oraz że jest to produkt zgodny z wymaganiami zamawiającego, winien podać i zaznaczyć w ofercie, że wskazany model urządzenia zostanie poddany określonym modyfikacjom w celu dostosowania do wymogów siwz. W przeciwnym wypadku późniejsze wywodzenie i podnoszenie, że zaoferowane w rzeczywistości zostanie coś innego niż wynika z treści oferty, jest *de facto* zmianą treści oferty. Izba wskazuje, że nie ma żadnej innej, „domniemanej”, „rzeczywistej” etc... treści oferty niż ta która została wyrażona w formie pisemnej i złożona zamawiającemu.

Ujmując powyższe inaczej: w przypadku gdy wykonawca oferuje urządzenia inne (zmodyfikowane) niż wynika z oznaczeń modeli, które podaje w ofercie, powinien wyraźnie zaznaczyć to i udokumentować w treści oferty. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy w treści oferty (tu: oznaczenia modelu) wynikają informacje dowodzące niezgodnych z wymaganiami siwz parametrów dostawy, stwierdzić należy sprzeczność oferty z siwz.

Izba podkreśla, co wydaje się truizmem, ale nie jest widocznie uznawane przez odwołującego, że model słuchawek BOSCH LBB 3443/00 nie jest urządzeniem tożsamym ze słuchawkami BOSCH LBB 3443/00 z wymienionym wkładem.

W związku z powyższym Izba potwierdziła prawidłowość uznania przez zamawiającego oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz w wyżej wskazanym zakresie i tym samym podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wobec jednoznacznej treści oferty oraz posiadania pewnych informacji nt. parametrów oferowanego urządzenia jakiegokolwiek czynności wyjaśniają prowadzone na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy były tu zbędne – zamawiający mógł bez ich przeprowadzenia podjąć decyzję o odrzuceniu oferty.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....