

WYROK

z dnia 11 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **M. Sz.G.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Zator w Zatorze**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Zator w Zatorze** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującej **M. Sz.G.** i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Zator w Zatorze** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. Sz.G.** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Gminy Zator w Zatorze** na rzecz **M. Sz.G.** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zator w Zatorze – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż elektronicznego sprzętu biurowego (w tym m.in. komputerów, monitorów, drukarek, urządzeń multimedialnych, osprzętu sieciowego, itp.) wraz z dedykowanym oprogramowaniem sprzętowo systemowym do :

a/ Centrum Aktywizacji Zawodowej w Zatorze, z siedzibą : 32-640 Zator ul. J. Słowackiego 15,

b/ Wielozawodowego Zespołu Szkół w Zatorze, z siedzibą : 32-640 Zator ul. Kongresowa 11, współfinansowaną w ramach szwajcarskiego programu współpracy z nowymi krajami członkowskimi Unii Europejskiej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 25 czerwca 2016 roku M. Sz.G. (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującej w prowadzonym postępowaniu oraz art.7 ust 1 ustawy P.z.p., poprzez nierówne traktowanie wykonawców wynikające z tego, iż zamawiający kilkakrotnie wezwał do złożenia wyjaśnień wykonawcę Kobis, nie stosując adekwatnych praw wobec odwołującej.

Odwołująca wniosła o nakazanie zamawiającemu:

- 1/ unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty firmy Kobis - P.W. ;
- 2/ unieważnienie czynności oceny ofert;
- 3/ unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującej w tym

postępowaniu ;

4/ dokonania czynności oceny ofert niepodlegających wykluczeniu i odrzuceniu i wyboru oferty najkorzystniejszej.

3

Nadto odwołująca wniosła o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Odwołujący podniosła, że złożyła ofertę która obejmowała tablicę interaktywną MyBoard 84C z aktywną półką i opisała w formularzu jej parametry jako spełniające wymagania s.i.w.z.

Zamawiający, pomimo opisanego przez odwołującą w ofercie wskazanego parametru „obszaru roboczego” jako spełniającego minimalne wymagania techniczne i nie wnosząc wniosku o wyjaśnienie, odrzucił złożoną ofertę, twierdząc, że obszar roboczy jest za mały.

Tymczasem, w ocenie odwołującej, oferowany model tablicy posiada obszar roboczy większy od wymagań minimalnych określonych w s.i.w.z.

Odwołująca podkreśliła, że informacje zamawiającego nie wynikają ze złożonej oferty, z oświadczeń wykonawcy lub jego deklaracji i wyjaśnień, a także z żadnych innych dokumentów związanych z prowadzonym postępowaniem.

Odwołująca podniosła, że zamawiający nie skorzystał także z prawa do uzyskania wyjaśnień od odwołującej dotyczących treści złożonej oferty w toku jej badania i oceny. Odwołująca nie otrzymała od zamawiającego żadnego zapytania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. w trakcie prowadzonego postępowania. Jednocześnie zamawiający wielokrotnie skorzystał z prawa do żądania wyjaśnień wobec wykonawcy Kobis i jako prawidłową uznał ofertę naruszającą wymagania s.i.w.z. co do warunków jej złożenia oraz wymagań technicznych i ostatecznie wybrał ofertę niespełniającą wymagań technicznych s.i.w.z. O nieprawidłowych czynnościach podjętych w tym zakresie odwołująca powiadomiła zamawiającego w wymaganym terminie w trybie art. 181 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że zamawiany sprzęt musi posiadać określone w OPZ parametry. Zgodnie z powszechnie przyjętymi i stosowanymi parametrami technicznymi oraz nazewnictwem technicznym jest oczywiste, że obszar roboczy jest obszar, na którym jest wyświetlany obraz z projektora i jest on tożsamy z obszarem interaktywnym, a nazewnictwo to stosowane jest zamiennie. Odwołujący zaproponował tablicę o przekątnej wymiaru zewnętrznego 83,6”, co stanowi całkowity wymiar urządzenia wraz z obudową (ramką).

4

Natomiast przekątna wymiaru interaktywnego/roboczego tego urządzenia wynosi 77,9”, to jest obszar roboczy objęty pozycjonowaniem tablicy w podczerwieni. Zdaniem zamawiającego, do obszaru roboczego nie wlicza się obudowy (ramki) tablicy, co zaproponował odwołujący. Zamieszczając na obudowie/ramce przyciski, które nie działają, tj. nie mają charakteru interaktywnych/aktywnych przycisków roboczych, nie powiększamy obszaru roboczego tablicy. Przyciski te mają charakter wyłącznie informacyjny o funkcjonalności oprogramowania stosowanego w urządzeniu. Jedynie paski z przyciskami zamieszczone w obszarze aktywnym (na obszarze wyświetlanym przez rzutnik i pokrytym wiązką podczerwieni, tj. technologia pozycjonowania w podczerwieni) posiadają charakter funkcjonalny i są w pełni interaktywne. Zaś naklejenie paska na obudowie/ramce, to znaczy poza obszarem pozycjonowania tablicy w podczerwieni, uniemożliwia korzystanie z funkcjonalności tych pasków, a jest jedynie elementem informacyjnym/dekoracyjnym. Umieszczenie pasków na obudowie/ramce tablicy, tj. poza obszarem roboczym/interaktywnym, wręcz uniemożliwia ich prawidłowe wykorzystanie. W związku z powyższym jest oczywiste, że wszystkie elementy znajdujące się poza obszarem interaktywnym, znajdują się poza obszarem roboczym. Gdyby przyjąć rozumowanie odwołującego, można by dojść do absurdalnych parametrów, gdzie obszar interaktywny objęty pozycjonowaniem w podczerwieni byłby kuriozalnie mały, a obszar roboczy mieściłby się w wymaganych wartościach poprzez jego sztuczne powiększenie o różne nieaktywne

dodatki, paski, ramki, obudowy, itp.

W zakresie drugiego zarzutu zamawiający podniósł, że zarzut ten jest nieporozumienie. Zamawiający wzywał firmę Kobis do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., ale dotyczyło to czynności formalnych, niepolegających na niezgodności oferty z s.i.w.z. W pierwszym przypadku oferta nie zawierała formularzy cenowych, tj. załączników nr 1a i 1b, mimo że ceny ofertowe podano poprawnie. Zamawiający poprosił więc o dostanie tych formularzy. W drugim przypadku, w jednej z pozycji, w załączniku nr 9b do oferty „OPIS TECHNICZNY OFERTOWANYCH WYROBÓW – Wielozawodowy Zespół Szkół w Zatorze” brakowało niektórych danych dotyczących pozycji nr 21. SERWER RACK (producent, model itp. Dla poszczególnych elementów), natomiast podano poprawnie parametry tych elementów. Zamawiający poprosił więc o podanie brakujących danych.

Zamawiający stwierdził, że w przypadku oferty odwołującej, nie bardzo wiadomo, jakie pytanie miałby zadać zamawiający, skoro zarzut dotyczył niespełnienia podstawowego parametru urządzenia (niezgodność treści oferty z s.i.w.z.), co nie podlega pod żadną przesłankę dotyczącą ewentualnych wyjaśnień lub uzupełnień.

5

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia jest niższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Zamawiający, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, uwzględniając zmiany, wymagał dla oferowanej tablicy interaktywnej spełnienia następujących parametrów:

Zastosowanie do pracowni informatycznej, prezentacji

1) Powierzchnia tablicy min. 1680 mm x 1260 mm (82")

2) Obszar roboczy min. 78";

3) Proporcje obrazu 4:3

4) Technologia: rezystancyjna dotykowa lub technologia pozycjonowania w podczerwieni

5) Klawisze szybkiego dostępu po obu stronach tablicy

6) Półka aktywna z klawiszami funkcyjnymi

7) Podłączenie do komputera / zasilanie port USB

8) Prędkość odczytu współrzędnych min. 480 punktów na sekundę

9) Powierzchnia tablicy – twarda, przeznaczona do rysowania

10) Aktywne klawisze szybkiego dostępu

11) Akcesoria standardowe: co najmniej 2 pisaki aktywne, kabel USB (15m), kabel VGA (15m), mocowanie do ściany z blokadą uniemożliwiające przypadkowe zdjęcie tablicy.

12) pełne oprogramowanie w języku polskim OPROGRAMOWANIE

1) Pełna paleta narzędzi do tworzenia elektronicznych adnotacji, takich jak: - różnokolorowe pisaki

- zakreślacze

- pisaki wielokolorowe

- pisaki tekstury

6

- pióro stalówka

- pióro pędzel

- predefiniowane kształty (linie, strzałki, figury geometryczne)

2) Wstawianie tekstu za pomocą klawiatury ekranowej

3) Oprogramowanie musi działać i zawierać wszystkie wymienione funkcje bez konieczności podłączenia do Internetu.

Składanie ofert w przedmiotowym postępowaniu zostało wyznaczone na 2.06.2016 roku. Odwołująca złożyła swoją ofertę w wyznaczonym terminie.

Oferta odwołującej, zgodnie z wymaganiami s.i.w.z., zawierała ofertę cenową sporządzoną według opublikowanego wzoru, komplet wymaganych oświadczeń oraz sporządzony według wzoru OPIS TECHNICZNY OFERTOWANYCH WYROBÓW

zawierający wyszczególnienie modeli oferowanych urządzeń oraz szczegółowe oferowane parametry techniczne.

Odwołująca zaoferowała tablicę o następujących parametrach:

Wymiar całkowity - przekątna 83,6"

Wymiar roboczy (użytkowy) - przekątna 83,1"

Wymiar obszaru interaktywnego (bez pasków skrótów/sterowania) 77,9"

Wymiar interaktywnych pasków skrótów/sterowania 2x 1"

Całkowity obszar interaktywny - ok. 79,9"

Dnia 20 czerwca 2016 roku zamawiający przesłał do odwołującej informację dotyczącą wyników niniejszego postępowania, w którym wybrał wykonawcę Kobis - P.W., jednocześnie odrzucając ofertę odwołującej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako ofertę niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że: „Zaoferowana Tablica Multimedialna MyBOARD 84C ma obszar roboczy 77.9"a nie wymagany 78".

7

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującej z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołująca jest uprawniona do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że zamawiający nie sprecyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co należy rozumieć pod pojęciem obszaru roboczego tablicy interaktywnej. Jak wynika ze złożonych przez strony dowodów, termin ten jest rozumiany różnorodnie przez poszczególnych producentów i sprzedawców tego rodzaju urządzeń. Niektórzy z nich (np. Maxico) utożsamiają obszar roboczy z obszarem interaktywnym, inni (np. Dreamtec, Projektor) rozróżniają obszar roboczy od obszaru projekcyjnego. Żadna ze stron nie wykazała w sposób nie budzący wątpliwości, iż jej stanowisko jest w tej kwestii stanowiskiem jedynie słusznym. Oczywiście jest, iż określenia te funkcjonują w praktyce, są używane przez uczestników obrotu, niemniej jednak przyjęcie jednego z nich za obowiązujący jest nieuprawnione w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w s.i.w.z., w jaki sposób pojęcie to będzie rozumiane w niniejszym postępowaniu, a żaden z wykonawców nie zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienia w tym zakresie.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nieścisłości i nieprecyzyjne określenia w dokumentacji postępowania powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2015 r. sygn. 2784/14, z którego wynika, że „zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje, iż przy interpretowaniu postanowień SIWZ należy co do zasady stosować literalną wykładnię ich treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy wyrazili wolę udziału w postępowaniu. Jeśli interpretacja SIWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż z danego postanowienia SIWZ można wyprowadzić co najmniej dwa poprawne, zgodne z przepisami rozwiązania, to takie postanowienie SIWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców”.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona

8

niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p.); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia

zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, dzieląc w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną, powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i

ściśle egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. w sytuacji, gdy s.i.w.z. nie zawiera określeń lub definicji względem których rzekoma niezgodność miałaby zaistnieć, jak również nie istnieją powszechnie obowiązujące definicje, do których s.i.w.z. mogłaby się odnosić. Podstawą do takiego rozstrzygnięcia nie może być również potoczne rozumienie danego pojęcia w sytuacji, gdy –

9

jak wynika z przebiegu rozprawy – w obrocie funkcjonują również inne rozumienia terminu „obszar roboczy”.

Odnosząc się do drugiego zarzutu podniesionego w odwołaniu, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców wynikające z tego, iż zamawiający kilkakrotnie wezwał do złożenia wyjaśnień wykonawcę Kobis, nie stosując adekwatnych praw wobec odwołującej, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie podlega rozpoznaniu.

Z uwagi na fakt, iż wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., w przedmiotowym postępowaniu, na zasadzie art. 180 ust. 2 ustawy P.z.p., odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności wyrażnie w przytoczonym przepisie wymienionych, tj.

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Podniesiony przez odwołującą zarzut nie mieści się w przytoczonym wyżej katalogu. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy P.z.p., Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2. Ponieważ odwołanie obejmowało dwa zarzuty, z których jeden podlegał rozpoznaniu, a ustawa P.z.p. nie przewiduje możliwości odrzucenia odwołania w części, Izba zarzut ten pozostawiła bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie przyznała odwołującej kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, pomimo umieszczenia takiego

odwołania.

Stosownie do art. 192 ust. 10 *in principio* ustawy P.z.p., strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. O tym, czym są koszty postępowania odwoławczego rozstrzyga § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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). I tak – w myśl wzmiankowanego przepisu – do kosztów postępowania

10

odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Z powyższego wynika, iż warunkiem przyznania zwycięskiej stronie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika jest złożenie do akt sprawy rachunków określających ich wysokość. Ze złożonego rachunku wynika bowiem kwota, jaką strona poniosła z tego tytułu i tylko taką kwotę Izba może zasądzić na jej rzecz. Fakt niezłożenia rachunku nie oznacza także, że stronie należy przyznać kwotę 3 600 zł, ponieważ jest to maksymalna, nie minimalna kwota, jaka może być zasądzona na rzecz strony. W tym zakresie wskazane wyżej rozporządzenie różni się od innych regulacji, np. w sprawach opłat za czynności adwokatów czy radców prawnych, które określają wysokość stawek minimalnych, należnych pełnomocnikowi co najmniej w tej wysokości, bez konieczności udowadniania ich poniesienia. Rozporządzenie z dnia 15 marca 2010 roku nie określa minimalnego wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi, co oznacza, że strona w każdym przypadku musi wykazać, że poniosła koszty, o których przyznanie wnosi.

Pełnomocnik odwołującej w przedmiotowym postępowaniu nie złożył wymaganych rachunków, a zatem Izba nie przyznała na jego rzecz kosztów wynagrodzenia.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

11