

Sygn. akt: KIO 2557/10

WYROK
z dnia 10 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bartosza Kulasa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NET-COM Bartosz Kulas, ul. Pomorska 9/17, 10-699 Olsztyn** W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Warmińsko-Mazurski Oddział Regionalny, ul. św. Wojciecha 2, 10-038 Olsztyn**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Warmińsko-Mazurski Oddział Regionalny, ul. św. Wojciecha 2, 10-038 Olsztyn** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Bartosza Kulasa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NET-COM Bartosz Kulas, ul. Pomorska 9/17, 10-699 Olsztyn;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Warmińsko-Mazurski Oddział Regionalny, ul. św. Wojciecha 2, 10-038 Olsztyn** na rzecz **Bartosza Kulasa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NET-COM Bartosz Kulas, ul. Pomorska 9/17, 10-699 Olsztyn** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Warmińsko-Mazurski Oddział Regionalny ul. Św. Wojciecha 2, 10-038 Olsztyn wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kserokopiarek dla Warmińsko-Mazurskiego Oddziału Regionalnego ARiMR w Olsztynie wraz z usługą kompleksowej obsługi serwisowej«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

22.10.2010 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 341632.

23.11.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkietierów 15,02-273 Warszawa;
- 2) odrzuceniu oferty m.in. wykonawcy Bartosz Kulas NET-COM, ul. Pomorska 9/17, 10-699 Olsztyn, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

26.11.2010 r. w terminie zgodnym z art. 182 Pzp wykonawca NET-COM Bartosz Kulas, ul. Pomorska 9/17,10-699 Olsztyn wniósł do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty odwołującego podczas, gdy treść oferty odwołującego odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i ponownej oceny ofert;
- 2) przyznanie kosztów zastępstwa prawnego od zamawiającego na rzecz odwołującego z tytułu reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Argumentacja odwołującego

Pismem z 23 listopada 2010 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kserokopiarek dla Warmińsko-Mazurskiego Oddziału Regionalnego ARiMR w Olsztynie oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Konica Minolta Business Solution Polska Sp. z o.o.

Zamawiający wskazał, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Niezgodność ta, zdaniem zamawiającego polegała na zaoferowaniu kserokopiarki o parametrach innych niż wymagał zamawiający w pkt 6 zał. nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 1 do specyfikacji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania. Chodzi tu o niezgodność materialną oferty z wymaganiami specyfikacji, przy czym te wymagania powinny być wymienione w sposób jasny, wyraźny, z uwzględnieniem celu ich wprowadzenia w specyfikacji.

Oferta złożona przez odwołującego nie jest niezgodna z treścią specyfikacji w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Zamawiający – w pkt 6 zał. nr 1 do wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 1 do specyfikacji – wymagał, aby oferowane urządzenie posiadało zoom 25-400%, w skoku co 1%. Odwołujący zadośćuczynił ww. obowiązkowi proponując urządzenie DEVELOP INEO 283 posiadające wymagane przez zamawiającego parametry tj. zoom 25-400%, w skoku co 0,1%, a więc dokładniejszy od wymaganego przez zamawiającego. Zatem oczywistym jest fakt, iż oferowane urządzenie, w związku z tym, że posiada lepsze parametry od żądanych przez zamawiającego, umożliwia także pracę stosując zoom w zakresie 25-400% w skoku co 1%, przy odpowiednich ustawieniach. Zatem w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi niezgodność treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji, skoro odwołujący w swojej ofercie zaproponował urządzenie odpowiadające specyfikacji technicznej wymaganej przez zamawiającego.

Znamiennym jest fakt, że zamawiający odrzucając ofertę zamawiającego dokonał wyboru oferty wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o., który zaoferował urządzenie Konica Minolta Bizhub 283, posiadające parametry takie same, jakie posiada urządzenie DEVELOP INEO 283 proponowane przez zamawiającego, w tym w szczególności w zakresie zoom 25-400%, w skoku co 0,1%.

Dowód: specyfikacja techniczna urządzenia Konica Minolta Bizhub 283.

Skoro zamawiający nie dopatruje się niezgodności oferty złożonej przez tego wykonawcę z treścią specyfikacji, to tym samym niezgodność nie istnieje w odniesieniu do oferty złożonej przez odwołującego.

W konsekwencji zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego wobec braku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, naruszył wymieniony przepis. Nie może budzić też wątpliwości, że ww. czynność zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 Pzp, nakazujący prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W przypadku, gdy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jako niezgodną ze specyfikacją, a następnie dokonuje wyboru oferty wykonawcy zawierającą taki sam produkt, powyższa zasada nie znajduje zastosowania w przedmiotowym postępowaniu.

Dlatego, też w związku z naruszeniem przez zamawiającego ww. przepisów postępowania wniosek o uwzględnienie odwołania i nakazanie dokonania unieważnienia wyboru, najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i ponownej oceny ofert w pełni zasługuje na uwzględnienie.

25.11.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 Pzp).

26.11.2010 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty odwołującego podczas, gdy treść oferty odwołującego odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w pkt 6 załącznika nr 1 wzoru do umowy, stanowiącej załącznik nr 1 do specyfikacji cyt. »Zoom: 25-400%, w skoku co 1%«. Następnie, po złożeniu ofert, zamawiający wystosował, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, żądanie wyjaśnienia oferty. W zakresie rozpoznawanego problemu zamawiający wystosował żądanie w zasadzie o takiej samej treści do wykonawców, cyt. »Jaki zoom posiada oferowana przez Pana [Państwa] kserokopiarka [...]? Proszę podać procentowo zakres regulacji skali (zmniejszenie/powiększenie kopii) oraz w jakim skoku (kroku) można tę skalę procentowo zmieniać«. Odwołujący udzielił wyjaśnień, cyt. »W nawiązaniu do Państwa zapytania wyjaśniamy, iż urządzenie DEVELOP Ineo 283 spełnia wszystkie wymogi specyfikacji technicznej kserokopiarek z przetargu w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Olsztynie, a w szczególności [...] Zoom 25-400%, w kroku co 0,1%«.

Wykonawca zaproponował w ofercie i potwierdził to w wyjaśnieniach urządzenie spełniające wymagania zamawiającego, a nawet bardziej precyzyjne, gdyż zmniejszenia i powiększenia kopii można dokonywać w skoku 0,1%, a więc można otrzymywać te zmiany wielkości również w skokach o wielkości 1%. Takiej cechy nie miałby zaoferowany przedmiot, gdyby posiadał skok na przykład o skali 0,3%. Byłby to niewątpliwie bardziej precyzyjny skok niż wymagany, ale nie osiągający wartości wymaganych przez zamawiającego, czyli wszystkich liczb całkowitych w zakresie od 25-400.

Zamawiający nie wykazał dlaczego urządzenie osiągające wszystkie wymagane w specyfikacji parametry, a oprócz tego osiągające parametry bardziej precyzyjne nie będzie mogło służyć zamawiającemu lub będzie dla niego mniej użyteczne niż kserokopiarka bez możliwości dokonywania skoku w zakresie mniejszym niż 1%. Taki wymóg miałby być może uzasadnienie, gdyby np. urządzeniem miały posługiwać się osoby niepełnosprawne mentalnie, dla których nieprzewycięzalną trudność mogłoby sprawić odróżnianie wartości 10 od 0,1, ale taka okoliczność powinna być przytoczona w samej specyfikacji, a przynajmniej podniesiona w żądaniu wyjaśnień czy choćby na samej rozprawie.

Wobec stwierdzenia, że zaoferowany przez odwołującego przedmiot spełnia postawione w specyfikacji wymagania zamawiającego, a ponadto jest bardziej precyzyjny, skład orzekający Izby uznaje, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zamawiającego – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający do momentu wystosowania zacytowanych wyżej żądań o wyjaśnienia z 09.11.2010 r. postępował w stosunku do wszystkich wykonawców w taki sam sposób. Następnie zamawiający, po uzyskaniu wyjaśnień od odwołującego, powinien dokonać badania i oceny ofert, gdyż posiadał wszystkie niezbędne informacje do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zarzut nierównego traktowania wykonawców nie miał wpływu na końcowy wynik postępowania, a ponadto odwołujący nie wykazał takiego nierównego traktowania wykonawców w innym zakresie niż konieczne do uzasadnienia zarzutu pierwszego.

Wobec braku uzasadnienia zarzutu nierównego traktowania wykonawców skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty, która spełniała wymagania zamawiającego postawione w specyfikacji.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....