

WYROK

z dnia 10 grudnia 2012 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Protokolant:** Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2012 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 roku przez „**SHADOK AV**” P..... **Spółkę komandytową w Zabrzu** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie**

**orzeka**

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża „**SHADOK AV**” P..... **Spółkę komandytową w Zabrzu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „**SHADOK AV**” P..... **Spółkę komandytową w Zabrzu** tytułem wpisu od odwołania,

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytet Przyrodniczy w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem urządzeń oraz wykonanie instalacji multimedialnych dla inwestycji realizowanej przez zamawiającego pn. „Budowa Centrum Innowacyjno-Wdrożeniowego Nowych Technik i Technologii w Inżynierii Rolniczej”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 30 listopada 2012 roku wykonawca „SHADOK AV” P..... Sp.k. w Zabrzu (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego się i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Odwołujący się zarzucił naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 87 ust. 1 poprzez niewłaściwe zastosowanie procedury wyjaśnień treści złożonej przez odwołującego oferty, co przekłada się na wadliwość czynności badania i oceny ofert,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 przez wadliwe uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”),
- art. 93 ust. 1 pkt 1 przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia pomimo, iż w postępowaniu złożona została oferta niepodlegająca odrzuceniu, tj. oferta odwołującego;
- naruszenie art. 7 ust. 1 przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów ustawy Pzp, w wyniku których uznano ofertę odwołującego jako podlegającą odrzuceniu i unieważniono postępowanie pomimo, iż w postępowaniu została złożona co najmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu;
- oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- uwzględnienia odwołania,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności unieważnienia postępowania,
- nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący się podniósł, że zgodnie z obowiązującą wykładnią ww. przepisu niedopuszczalne są takie wyjaśnienia treści oferty, na skutek których dochodzi do negocjacji i w konsekwencji zmiany. Jeśli wyjaśnienia nie przekraczają natomiast tych granic, nie rozszerzają ani nie ograniczają zakresu, a co więcej służą jedynie wskazaniu sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, są całkowicie dopuszczalne i winny być brane pod uwagę jako integralna część oferty. W dalszej kolejności zatem muszą mieć również wpływ na to, jak interpretuje się jej postanowienia.

Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia faktycznie tylko uściślały, to co już pierwotnie w treści oferty i tak zostało w sposób wystarczający wskazane/zaoferowane. Nie prowadziły do modyfikacji jej treści, rozszerzenia/ograniczenia.

Jak wynika ze stanu faktycznego opisanego powyżej, wszelkie oświadczenia o zaoferowaniu sprzętu o określonych parametrach, zgodnych z wymogami określonymi w SIWZ i deklaracje w tym zakresie zawarte zostały przez Odwołującego bezpośrednio w treści samej oferty. Nie budzi wątpliwości, że:

- mikrofon zaoferowano w wersji z wkładką superkardioidalną; wejściem i wyjściem logicznym do zdalnego sterowania,
  - monitor przedstawiono w wersji, która będzie miała pobór energii mniejszy niż przewidziany dla podstawowego produktu i mieszczący się w maksymalnym wskazanym przez Zamawiającego;
- tablica interaktywna zgodnie z treścią oferty posiadała przestrzeń roboczą większą niż minimalna wymagana przez Zamawiającego.

Powyższe świadczy niezbicie, że Odwołujący już w momencie złożenia oferty zobowiązał się dostarczyć produkty o parametrach określonych przez Zamawiającego, a są to oświadczenia

wiązące i powodują, że już na tym etapie Odwołujący oferował zmodyfikowany sprzęt. Wprowadzone modyfikacje mają przy tym taki charakter i zakres, że w przeciwieństwie do innych nie było podstaw, żeby wprost je wskazywać w treści oferty (np. poprzez zwrot „zmodyfikowany” lub ujawnienie dodatkowych elementów). Nie zmienia to jednak faktu, że zostały wprowadzone.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący się podniósł, iż literalna wykładnia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie powinna i nie może prowadzić, w okolicznościach sprawy, do odrzucenia najkorzystniejszej oferty odpowiadającej (co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych) oczekiwaniom i interesom zamawiającego. Powyższe bez wątpienia oznacza, że oferty zgodnej z SIWZ, gdzie zakres” zaoferowanego świadczenia odpowiada zakresowi/warunkom wyznaczonym przez zamawiającego, w oparciu o ww. podstawę prawną nie można odrzucić, a działania wbrew tej dyspozycji są równoznaczne z naruszeniem przepisu prawa.

W ocenie odwołującego się z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w zaistniałym stanie faktycznym. Biorąc pod uwagę poniższe wyjaśnienia trudno przyznać rację twierdzeniom zamawiającego zawartym w „Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wykonawcy”, zgodnie z którymi oferta Odwołującego miałyby być niezgodna z treścią SIWZ w 3 punktach.

W zakresie mikrofonu TAIDEN HCS - 1857C18 + HCS - 1857AN argumentacja, która legła u podstaw stanowiska wyrażonego w tej kwestii przez Zamawiającego, jest w ocenie Odwołującego całkowicie błędna. Zamawiający uznał bowiem, iż zaproponowane w ofercie rozwiązanie to produkt bazowy, podstawowy, nie spełniający wymogów SIWZ. Nie jest to jednak twierdzenie prawdziwe.

W zakresie monitor NEC model MultiSync P241W także w zakresie wskazanym powyżej zawierającym kolejne zastrzeżenia zamawiającego co do zgodności treści oferty odwołującego z wymogami SIWZ, odwołujący się wskazał, iż absolutnie nie znajdują one uzasadnienia tak prawnego jak i faktycznego. Z całą mocą podkreślić wypada, że również w tym przypadku twierdzenia, że zaoferowano podstawową wersję produktu są błędne.

Również w przypadku tablicy interaktywnej (Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 ES) uzasadnienie zamawiającego, świadczące, w jego ocenie, o braku zgodności treści oferty odwołującego z określonymi przez niego w specyfikacji wymogami, nie może zostać uznane za wiarygodne i rzetelne.

Odwołujący się podkreślił, że w tym przypadku nie może być mowy, że na skutek niedopuszczalnej ingerencji odwołującego w oferowany sprzęt miałyby dojść rzekomo do zmiany nazwy producenta z pierwotnego „2x3” na Shadok, ponieważ produkt straciłby gwarancję i certyfikaty firmy „2x3”.

W ocenie odwołującego się zamawiający dopuścił się naruszenia wielu przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Poprzez nie zastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów, zamawiający dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych, dla prawa zamówień publicznych, zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 grudnia 2012 roku, złożonej w dniu 10 grudnia 2012 roku wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał argumentację wyrażoną w piśmie z dnia 20 listopada 2012 roku, w którym poinformował odwołującego się o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z załącznikiem nr. 10 do SIWZ (Specyfikacja elementów zamówienia - wymagania minimalne) zamawiający wymagał m.in.:

- mikrofonu przewodowego typu „gęsia szyjka” o dł. min. 18” z podstawą stołową, który będzie posiadał w szczególności wkładkę mikrofonowo pojemnościową superkardioidalną oraz wejście i wyjście logiczne do zdalnego sterowania (poz. 20);
- monitora LCD - typ 2, który będzie posiadał w szczególności maks. pobór prądu 70 W (poz. 24);
- tablicy interaktywnej, która będzie posiadała w szczególności przestrzeń roboczą o min. rozmiarze 160x120 cm (poz. 62).

Odwołujący wraz z ofertą złożył załącznik nr 10, zawierający specyfikację zaoferowanego sprzętu, w którym wskazał m.in.:

- w zakresie poz. 20 (Mikrofon przewodowy)- produkt firmy TAIDEN, model HCS - 1857C18 + HCS - 1857AN, wskazując na wkładkę mikrofonowo pojemnościową superkardioidalną oraz obecność wejścia i wyjścia logicznego do zdalnego sterowania;

- w zakresie poz. 24 (Monitor LCD - typ 2)- produkt firmy NEC, model MultiSync P241 W, wskazując na pobór prądu w wysokości 52 W;

- w zakresie poz. 62 (Tablica interaktywna) produkt firmy 2x3, model Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 ES, wskazując na rozmiar przestrzeni roboczej 165x125 cm.

W toku pierwszego badania i oceny ofert zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności" m.in. właśnie odnośnie mikrofonów przewodowych TAIDEN HCS - 1857C18 + HCS - 1857AN - chodziło o wkładkę superkardioidalną i wejścia/wyjścia logiczne. Zamawiający powoływał się na strony internetowe producenta, na których znalazł informacje, iż ten mikrofon posiada wkładkę kardioidalną, a podstawa nie posiada wejść/wyjść logicznych. Zamawiający odniósł się także do monitora NEC MultiSync P241 W wskazując, iż wartość 52 W jest wartością typową, ale nie maksymalną, a maksymalny pobór prądu wynosi 95 W (pismo z dnia 13.08.2012 r.). Pismem z dnia 16.08.2012 r. odwołujący wyjaśnił, że zaoferował mikrofon i podstawę mikrofonu w wersji zmodyfikowanej (wymiana wkładki na superkardioidalną) i doposażonej (wprowadzony moduł elektroniczny posiadający wejścia i wyjścia logiczne do zdalnego sterowania) oraz że świadczą o tym wskazane w ofercie parametry zaoferowanego sprzętu, ponieważ odpowiadają tym po modyfikacjach. W zakresie monitora odwołujący wskazał, że przy zachowaniu pozostałych ustawień i wymagań zamawiającego przedstawionych w odniesieniu do monitora (np. jasność/użycie portów) maksymalny pobór prądu wynosi 52 W. Do pisma odwołujący się dołączył oświadczenie producenta monitora, NEC Display Solutions Europe GmbH Przedstawicielstwo w Polsce, z którego wynika, że zaoferowany przez odwołującego się monitor wyposażony został w pięcioportowy dystrybutor USB 2.0 oraz jego maksymalne zużycie energii wynosi 52W w przypadku braku podłączonych dodatkowych urządzeń do portów USB 2.0. W przypadku podłączenia maksymalnej liczny dodatkowo zasilanych urządzeń do portów USB 2.0 pobór energii wzrasta do 95W.

W trakcie ponownego badania i oceny ofert zamawiający pismem z dnia 31.10.2012 r. wezwał odwołującego się ponownie do wyjaśnienia parametrów w zakresie maksymalnego poboru mocy zaoferowanego monitora NEC MultiSyncP241 W - poproszono o doprecyzowanie, w jaki sposób odwołujący zamierza spełnić wymóg maksymalnego poboru prądu 70 W bez ograniczania funkcjonalności monitora. Drugim punktem do wyjaśnienia była zaoferowana przez odwołującego tablica interaktywna typu Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 ES. Zamawiający wezwał do podania informacji dotyczącej przestrzeni roboczej, gdyż wg karty katalogowej (jedynej dostępnej u producenta firmy 2x3 S.A.) wymiar 1650 x

1250 mm jest wymiarem całkowitym (zewnętrznym wraz z ramą wykończeniową), a nie wymiarem roboczym.

Pismem z dnia 06.11.2012 r. odwołujący przesłał wyjaśnienia zamawiającemu, wskazując, że w dniu składania ofert zaoferowany został monitor w wersji zmodyfikowanej (adaptacja polegała na modyfikacji układów elektronicznych) i że dzięki temu typowy pobór mocy 52 W nawet po rozszerzeniu przez zamawiającego sposobu korzystania ze sprzętu nie przekroczy 70 W. Wraz z pismem przesłana została również informacja od firmy „2x3” S.A., producenta tablicy interaktywnej, zgodnie z którą powierzchnia robocza Tryptyku interaktywnego ENO FLEX TRS 78 ES wynosi 1627 mm x 1227 mm.

W dniu 08.11.2012 r. zamawiający wezwał odwołującego się do złożenia wyjaśnień w zakresie oznaczenia literowego Tryptyku interaktywnego ENO FLEX TRS 78 ES. W załączniku nr 10 poz. 62 i załączniku nr 11 poz. 61 odwołujący użył oznaczenia Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 ES. natomiast w karcie katalogowej załączonej do oferty (jedynej dostępnej u producenta firmy 2x3 S.A.) widniało oznaczenie Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 EF.

Pismem z dnia 09.11.2012 r. odwołujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia, zgodnie z którymi Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 ES jest modyfikacją produktu ENO FLEX TRS 78 EF. Zamawiającemu został zaoferowany produkt spersonalizowany pod względem wymiarów powierzchni roboczej, ponieważ pierwotny nie spełniałby wymogów SIWZ i że przejawem tej personalizacji jest zmiana w oznaczeniu modelu na „S” oraz że w związku z faktem, że ENO FLEX TRS 78 ES jest produktem zmodyfikowanym, nie ma dedykowanej karty katalogowej, stąd załączono kartę ENO FLEX TRS 78 EF - jedyną dostępną.

Następne wezwanie z dnia 12.11.2012 r. dotyczyło uzupełnienia dokumentów, czyli karty katalogowej tablicy interaktywnej Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 ES. W dniu 14.11.2012 r. Odwołujący przedstawił pismo z parametrami technicznymi zaoferowanej tablicy typu Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 ES, spełniającej minimalne wymagania SIWZ.

W dniu 20.11.2012 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania (oferta Konsorcjum reprezentowanego przez firmę RGBs Systemy Audiowizualne Sp. z o.o. została również odrzucona). Podstawą odrzucenia oferty odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. a zamawiający wskazał na następujące niezgodności:



A) zaofertowane przewodowe mikrofony TAIDEN HCS - 1857C18 + HCS - 1857AN posiadają jedynie wkładkę kardoidalną, choć zgodnie z SIWZ powinny zawierać superkardoidalną; nie posiadają wejść/wyjść logicznych, choć zgodnie z wymogami powinny je mieć. Zamawiający przywołał wyjaśnienia odwołującego, z których wynika, że zaofertowane zostały modele po modyfikacjach nadających sprzętowi oczekiwane parametry, co zostało w ofercie przedstawione poprzez wskazanie, że ten model będzie posiadał określone elementy i parametry. Jednocześnie zamawiający wskazał, że informacja o zmianie/modyfikacji nie została jednak zawarta wprost w samej ofercie. Zamawiający uznał, że zgodnie z wyrokiem KIO z października br. nie jest to wystarczające - modyfikacja/doposażenie nie zostały wprost wskazane w ofercie, ich deklaracja na etapie wyjaśnień treści oferty nie jest dopuszczalna i prowadzi do zmiany treści oferty, zamawiający nie może uwzględnić takich wyjaśnień i uznaje, że zaofertowany został podstawowy model, który nie spełnia wymogów;

B) zaofertowany monitor NEC model MultiSync P241W posiada max pobór mocy nawet 95 W, choć zamawiający wymagał w SIWZ, żeby było to max. 70 W; Zamawiający przywołał wyjaśnienia odwołującego, z których wynika, że zaofertowany został model po modyfikacjach odwołującego w zakresie układów elektronicznych, które to modyfikacje nadadzą sprzętowi oczekiwane parametry w zakresie poboru mocy. Jednocześnie zamawiający wskazał, że informacja o zmianie/modyfikacji nie została jednak zawarta wprost w samej ofercie. Jak pierwszym przypadku zamawiający uznał, że zgodnie z wyrokiem KIO z października br. nie jest to wystarczające - modyfikacja/doposażenie nie zostały wprost wskazane w ofercie, ich deklaracja na etapie wyjaśnień treści oferty nie jest dopuszczalna i prowadzi do zmiany treści oferty, zamawiający nie może uwzględnić takich wyjaśnień i uznaje, że zaofertowany został podstawowy model, który nie spełnia wymogów; dodatkowo powołał się na stanowisko producenta, zgodnie z którym żadne modyfikacje/ingerencja nie są dopuszczalne; firma NEC nie byłaby już producentem; gwarancje i certyfikaty straciłyby ważność, co oznacza, że producentem zaofertowanego sprzętu ostatecznie byłby odwołujący, a nie firma NEC i że prowadzi to do kolejnej niezgodności - w zakresie nazwy producenta wskazanej w ofercie;

C) zaofertowana tablica interaktywna (Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 ES) wedle oceny zamawiający nie posiada wymaganych rozmiarów przestrzeni roboczej, tj. min. 160x120 cm, choć w ofercie zostało wskazane, że odwołujący oferuje produkt o powierzchni roboczej 165x125 cm. Zamawiający przywołał wyjaśnienia odwołującego, zgodnie z którymi zaofertowany został model ENO FLEX TRS 78 EF, tylko po odpowiednich modyfikacjach/personalizacji. Odwołując się do pisma otrzymanego od producenta 2x3 S.A. zamawiający stwierdził, że nie istnieje tablica o symbolu Tryptyk interaktywny ENO FLEX

TRS 78 ES, a istniejąca tablica o symbolu Tryptyk interaktywny ENO FLEX TRS 78 EF posiada powierzchnie roboczą 158,9 x 119,2 cm.; powołał się na stanowisko producenta, zgodnie z którym żadne modyfikacje/ingerencja nie są dopuszczalne; firma 2x3 nie byłaby już producentem; gwarancje i certyfikaty straciłyby ważność, co oznacza, że producentem zaoferowanego sprzętu ostatecznie byłby odwołujący, a nie firma „2x3” i że prowadzi to do niezgodności - w zakresie nazwy producenta wskazanej w ofercie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się w pozycji 20 załącznika nr 10 wskazał mikrofon przewodowy TAIDEN Industrial Co, Ltd model HCS-1875C18 z podstawą model HCS-1857AN oraz przedstawił parametry spełniające wymagania SIWZ. Zaoferowany model urządzenia tych wymagań jednak nie spełnia.

Izba dała wiarę informacjom zawartym w piśmie EKO Media Systems Sp. z o.o. w Dzierżonowie – wyłącznego dystrybutora systemów konferencyjnych firmy Taiden z dnia 7 grudnia 2012 roku, złożonym jako dowód w sprawie przez zamawiającego. Z informacji tych wynika, że zaoferowany mikrofon zawiera wkładkę pojemnościową o charakterystyce kardioidalnej, podstawa mikrofonu nie posiada programowalnego przycisku oraz wejścia i wyjścia logicznego do zdalnego sterowania. Jednocześnie autor pisma poinformował, że jakkolwiek informacja osób trzecich w modyfikację produktu nie posiada autoryzacji i zgody producenta, zaś wymiana wkładki mikrofonu jest wymianą najistotniejszej jego części.

Z wyjaśnień złożonych przez odwołującego się wynika, iż zaoferowany przez niego mikrofon będzie dostosowany do wymagań SIWZ. Informacji takiej odwołujący się nie zawarł w złożonej przez siebie ofercie, a zatem w ocenie Izby zaoferowany sprzęt nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnienia złożone w wyniku wezwania przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp doprowadziły do nieuprawnionej zmiany treści oferty odwołującego się.

Modyfikacja mikrofonu wyprodukowanego przez firmę Taiden prowadzi w istocie do zmiany producenta urządzenia, co wynika ze wskazanego powyżej pisma Edo Media Systems Sp. z o.o. w Dzierżonowie. Producentem zmodyfikowanego sprzętu jest bowiem nie Taiden, ale ten, kto takiej modyfikacji dokonuje.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, iż mikrofon zaofferowany przez odwołującego się nie spełnia wymagań SIWZ. Z kolei wyjaśnienia odwołującego się, iż mikrofon dostarczony zamawiającemu będzie dostosowany do jego wymagań oznacza, iż zamawiający otrzyma inny mikrofon niż ten, który został wskazany w ofercie.

Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie również w przypadku zaofferowanego przez odwołującego się monitora. Odwołujący się do oferty dołączył kartę katalogową monitora firmy NEC MultiSync P241W, z której wynika, że maksymalny pobór mocy urządzenia wynosi 95W, a zatem nie odpowiada w tym zakresie wymogom SIWZ, gdzie zamawiający wskazał maksymalny pobór mocy w wysokości 70W.

Z oświadczenia producenta monitora – firmy NEC, złożonego przez odwołującego się wynika, że monitor wyposażony został w pięcioportowy dystrybutor USB 2.0, a jego maksymalne zużycie energii wynosi 52 W w przypadku braku podłączonych dodatkowo urządzeń do portów USB 2.0. W przypadku podłączenia maksymalnej liczby dodatkowo zasilanych urządzeń do portów USB 2.0 pobór energii wzrasta do 95W.

Ze wskazanych wyżej dokumentów wynika, iż maksymalny pobór mocy zaofferowanego urządzenia wynosi 95 W, a zatem monitor nie odpowiada wymogom SIWZ w tym zakresie. Ingerencja odwołującego się w zaofferowany sprzęt, mająca na celu jego dostosowanie do wymogów specyfikacji oznacza, że odwołujący się miał zamiar dostarczyć zamawiającemu innym sprzęt niż wyszczególniony w ofercie. Jak stwierdził producent monitora, firma NEC w piśmie do zamawiającego z dnia 7 listopada 2012 roku, nieautoryzowana ingerencja w monitor powoduje, że produkt przestaje być produktem firmy NEC. Izba podziela pogląd zamawiającego, wyrażony w odpowiedzi na odwołanie, iż odwołujący się powinien zaofferować ten produkt pod swoją marką, zaznaczając, że jest to produkt na bazie monitora NEC MultiSync P241W.

W zakresie zarzutów dotyczących tablicy interaktywnej Izba przeanalizowała dokumenty złożone przez strony i stwierdziła, co następuje:

Zamawiający złożył jako dowód oświadczenie firmy „2x3” SA w Krzęcinie – wskazanej jako producent tablicy interaktywnej ENO FLEX TRS 78ES, którą zaofferował odwołujący, gdzie wskazano, że firma „2x3” jako producent tryptyka ENOFLEX nie posiada w swojej ofercie tablicy TRS78ES, posiada natomiast w ofercie tryptyk ENOFLEX TRS78EF. Ponadto z dokumentu tego wynika, iż firma „2x3” nie dokonywała modyfikacji tablicy ENOFLEX celem uzyskania powierzchni roboczej 120x160. Firma „2x3” nie dopuszcza możliwości ingerencji w produkty przez nią produkowane.

Odwołujący się złożył pismo firmy „2x3”, z którego wynika, że wymiar powierzchni użytkowej tzw. Roboczej tablicy ENO FLEX TRS78ES wynosi 1627 x 1227 mm.

Izba oceniając złożone dowody dała wiarę oświadczeniu, które przedłożył zamawiający. Z oświadczenia tego w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wynika, że firma „2x3” nie produkuje tablic o symbolu wskazanym przez zamawiającego. Z kolei pismo przedłożone przez odwołującego się nie potwierdza, że tablica o wskazanym symbolu jest produktem firmy „2x3”.

Ponadto sam odwołujący się w odwołaniu potwierdził, że tablica ENO FLEX TRS 78ES w odróżnieniu od tablicy ENO FLEX TRS78EF jest produktem personalizowanym przez jego przedsiębiorstwo (przetworzonym), a powstałym przez niewielkie modyfikacje produktu ENO FLEX TRS78EF. Poinformowano zamawiającego, że odwołujący, przygotowując ofertę przetargową, wiedział, że tablica interaktywna ENO FLEX TRS78EF posiada wewnętrzne wymiary robocze tablicy interaktywnej 1589mm x 1192mm, które nie spełniłyby minimalnych parametrów technicznych wymaganych przez zamawiającego. W związku z tym odwołujący podjął decyzję o zaoferowaniu tablicy ENO FLEX TRS 78EF w wersji spersonalizowanej, tj. zmodyfikowanej pod względem wymiarów powierzchni roboczej.

Potwierdzeniem powyższego jest karta katalogowa tablicy ENO FLEX TRS78ES, spersonalizowanej przez odwołującego się. Z karty tej w żaden sposób nie wynika, iż zaoferowana tablica jest produktem firmy „2x3”, mimo że odwołujący się wskazał w ofercie tę firmę jako producenta zaoferowanej tablicy. Izba zgadza się tym samym ze stanowiskiem zamawiającego, iż odwołujący się zmienił producenta, co jest jednoznaczne z tym, że oferta odwołującego się została zmodyfikowana już po otwarciu ofert, co stoi w sprzeczności z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie możliwości i zasadności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz charakteru specyfikacji istotnych warunków zamówienia po podaniu jej treści do wiadomości potencjalnych wykonawców Izba podtrzymuje wszystkie argumenty i rozważania zamieszczone w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 października 2012 roku sygn. akt KIO 2007/12.

Zważywszy na fakt, iż Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego się, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym postępowaniu zaszła przesłanka uzasadniająca unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego wskazanego przepisu Izba uznała za niezasadny.

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

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o przyznanie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych. Stosownie do art. 192 ust. 10 *in principio* ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.) 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. I tak – w myśl wzmiankowanego przepisu – do kosztów postępowania 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.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....