

WYROK

z dnia 7 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2015 r. przez **Dyskret Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Narodowe w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **SHADOK AV P. Spółka komandytowa w Zabrze** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Dyskret Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Dyskret Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Krakowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Narodowe w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie wyposażenia Pawilonu Józefa Czapskiego, obejmującego dostawę, instalację urządzeń multimedialnych wraz z wykonaniem zabudowy, wykonaniem gablot oraz systemu identyfikacji wizualnej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 16 grudnia 2015 roku wykonawca Dyskret Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Krakowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego,
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SHADOK AV P. sp. z o.o. sp.k,
3. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego z uwagi na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), pomimo iż oferta ta opowiada treści s.i.w.z.,
2. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty SHADOK AV, jako oferty najkorzystniejszej, z naruszeniem przepisów P.z.p., w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty SHADOK AV,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego i wybór oferty odwołującego,

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący podniósł, iż posiada w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. P.z.p. Stwierdził, iż jego oferta była najkorzystniejsza. Gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, jego oferta byłaby sklasyfikowana przed ofertą SHADOK AV. Uwzględnienie odwołania daje więc odwołującemu realne szanse na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 11 grudnia 2015 roku, wysłanym za pośrednictwem poczty elektronicznej, zamawiający poinformował go o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SHADOK AV i odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, iż odwołujący w ofercie nie określił zgodnie z s.i.w.z. typu i modelu oferowanych urządzeń (formularz cenowy poz. 68 i 72, kolumna typ/model). W ocenie zamawiającego, takie naruszenie powoduje, iż oferta odwołującego jest niezgodna z s.i.w.z. i w konsekwencji winna być odrzucona.

W ocenie odwołującego brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z treścią s.i.w.z., wykonawcy dodatkowo do oferty załączyć mieli uzupełniony Formularz cenowy - załącznik 7 do S.I.W.Z., dotyczący sprzętu audiowizualnego, obejmujący ceny, nazwy producentów oraz wskazanie typów/ modeli poszczególnych elementów sprzętu. Formularz ten zawierał pozycje takie jak: nazwę urządzenia, ilość, jednostkę, producenta, typ/model, cenę jednostkową netto oraz wartość netto.

Do formularza ani s.i.w.z. nie załączono żadnej instrukcji odnośnie tego w jaki sposób należy wypełnić ów formularz. Nie określono w jaki sposób opisać urządzenie oraz typ i model oferowanego urządzenia.

Odwołujący w kolumnie 68 i 72 Formularza cenowego wskazał jako typ/model urządzenia tzw. ściany wizyjnej odpowiednio „6x2” (poz. 68) i „4x2” (poz. 72).

68 Ściana wizyjna- (1 kpl - Monitor LCD 46" x 12 szt. Ściana wizyjna 1 - Planar 6a

72 ściana wizyjna kpl. (1 kpl Monitor LCD 46" x 8 szt. 1 Ściana wizyjna 2 Planar 4*2

Zdaniem zamawiającego, takie określenie typu/modelu jest niedopuszczalne i uniemożliwia identyfikację urządzenia pod kątem zgodności z s.i.w.z.

W ocenie odwołującego twierdzenie to jest bezpodstawne. Zamawiający w żaden sposób nie określił w jak należy wypełnić ten formularz. Instrukcja ogranicza się jedynie do wpisania typu/modelu urządzenia.

Jak wyjaśnił to odwołujący w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty, wpisane w kolumnach 68 i 72 Formularza cenowego, typy/modele urządzeń odpowiadały nomenklaturze stosowanej przez dostawcę urządzenia. Była to nazwa ofertowa stosowana przez dostawcę sprzętu, przygotowanego specjalnie pod to konkretne zamówienie. Odwołujący występując do producenta z prośbą o ofertę otrzymał ofertę na urządzenie tak określone.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w istocie rzeczy ściana wizyjna to szereg różnych elementów (monitory, urządzenie peryferyjne, kable, złączki, elementy sterowania itp.) składających się na pewną całość jaką jest ściana wizyjna. Co do zasady nie ma jednej czy kilku rodzajów ściany wizyjnej jako produktu, albowiem jest to zestawienie produktów dedykowane do konkretnego zamówienia, wg z góry określonych potrzeb nabywcy. Co istotne, potrzeby te mogą być bardzo różne i przykładowo mogą dotyczyć rozmiaru ściany jako całości, ilości monitorów, rozdzielczości monitorów, systemów sterowania, rodzaju podłączenia urządzeń. Zatem określenie „ściana wizyjna” ma pewne umowne znaczenie, albowiem produkt ten jako całość jest w swej istocie zestawieniem różnych jego komponentów. Konsekwencją powyższego jest to, że - odmiennie niż ma to miejsce w przypadku konkretnych jednostek sprzętowych (np. tabletów, monitorów, itp.) - ściany wizyjne z reguły nie mają określenia konkretnego modelu. To, czy producenci/dostawcy oznaczają indywidualnie skomponowane ściany wizyjne oznaczeniem modelu, zależy od ich wewnętrznej polityki, albowiem czasami nadają takie oznaczenia, a czasami tego nie robią. Co istotne mogą nadać oznaczenie modelu wg własnego uznania.

W niniejszej sprawie dostawca ściany wizyjnej, po zapoznaniu się z wymogami zamawiającego, zaoferował odwołującemu produkt firmy Planar, zgodny z wymaganiami zamawiającego, oznaczając te ściany wizyjne odpowiednio jako „6x2” i „4x2”. Obie te ściany wizyjne tworzą komplety monitorów wraz z szeregiem różnych urządzeń peryferyjnych.

Odwołujący, składając ofertę zamawiającemu i określając rodzaj (typ/model) ścian wizyjnych zastosowali nomenklaturę przyjętą przez dostawcę tego sprzętu, tj. odpowiednio „6x2” i „4x2”. Trudno bowiem przyjąć, że powinni byli tę nomenklaturę samodzielnie zmieniać.

Odwołujący zaznaczył, że przedmiotem oferty (pod poz. 68 i 72 Formularza cenowego) miały być właśnie owe ściany wizyjne oferowane jako komplet, a nie poszczególne elementy składające się na ten komplet). Co bardzo istotne i kluczowe, dla sprawy zarówno z treści Formularza cenowego, jak i pozostałych dokumentów, nie wynika, aby wykonawcy musieli podawać (ze wskazaniem typu / modelu) z osobna wszystkie lub niektóre elementy oferowanej ściany wizyjnej. Konieczne było podanie tylko typu/modelu ściany jako takiej, co też odwołujący uczynił.

Odwołujący zwrócił uwagę, że to na zamawiającym ciążył obowiązek takiego przygotowania treści s.i.w.z., aby nie budziła ona wątpliwości. Jeśli więc zamawiający chciał aby np. w przypadku ścian wizyjnych podać poszczególne jej elementy albo choć najistotniejsze z jego punktu widzenia, to powinien był to wyraźnie zaznaczyć w s.i.w.z. Nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający nakazał wpisanie numerów katalogowych, serii, parametrów, modelu / typu, elementów ściany. Tego jednak nie zrobił.

Odwołujący wskazał, że wszelkie wątpliwości powinny być tłumaczone na korzyść wykonawców. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 7 stycznia 2016 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący SHADOK AV P. Spółka komandytowa w Zabrze w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 7 stycznia 2016 roku poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią s.i.w.z., wykonawcy mieli dołączyć do oferty uzupełniony Formularz cenowy - załącznik 7 do s.i.w.z., dotyczący sprzętu audiowizualnego, obejmujący ceny, nazwy producentów oraz wskazanie typów/ modeli poszczególnych elementów sprzętu. Formularz ten zawierał pozycje, takie jak: nazwę urządzenia, ilość, jednostkę, producenta, typ/model, cenę jednostkową netto oraz wartość netto.

W pozycji dot. ścian wizyjnych zamawiający wskazał:

68 Ściana wizyjna- (1 kpl - Monitor LCD 46" x 12 szt. Ściana wizyjna 1

72 ściana wizyjna kpl. (1 kpl Monitor LCD 46" x 8 szt. 1) Ściana wizyjna 2

Odwołujący w kolumnie 68 i 72 Formularza cenowego wskazał jako typ/model urządzenia tzw. ściany wizyjnej odpowiednio „6x2” (poz. 68) i „4x2” (poz. 72).

W dniu 1 grudnia 2015 roku zamawiający skierował do odwołującego pytanie, co należy rozumieć poprzez oznaczenie "6x2" i "8x2".

W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 2 grudnia 2015 roku odwołujący udzielił odpowiedzi, iż oferuje ściany wizyjne złożone z monitorów MX46 HDU.

Pismem z dnia 11 grudnia 2015 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SHADOK AV i odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, iż odwołujący w ofercie nie określił zgodnie z s.i.w.z. typu i modelu oferowanych urządzeń (formularz cenowy poz. 68 i 72, kolumna typ/model).

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

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

Izba podkreśla, że niesporny pomiędzy stronami sporu był fakt, iż ściana wizyjna nie jest jednolitym produktem, lecz konglomeratem różnego rodzaju urządzeń, z których najistotniejsze są monitory. Pozostałe urządzenia to drobny sprzęt zapewniający prawidłowe funkcjonowanie monitorów wchodzących w skład ściany wizyjnej, tj. urządzenia peryferyjne, kable, złączki, elementy sterowania itp.

Potwierdzeniem powyższego jest informacja zawarta w przygotowanym przez zamawiającego Formularzu cenowym, gdzie w pozycji dot. ściany wizyjnej wskazał, iż ściana ma składać się z monitorów LCD o podanych parametrach.

Z powyższego wynika, iż - skoro ściana wizyjna nie jest jednolitym urządzeniem, a zamawiający wskazał, z jakich monitorów winna się ona składać - wykonawcy nie byli obowiązani wskazywać typu/modelu ściany wizyjnej, gdyż takowy nie istnieje, lecz typ/model monitorów wchodzących w skład tejże ściany. Wymóg taki nie budzi wątpliwości w świetle wyszczególnienia przez zamawiającego parametrów monitora w Formularzu cenowym oraz

wobec niespornego dla stron faktu, iż ściana wizyjna jako zwarte urządzenie tworzące całość nie istnieje i - tym samym - nie ma określonego modelu i typu.

Izba podziela stanowisko odwołującego, wyrażane zresztą wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż wszelkie wątpliwości znajdujące się w dokumentacji przetargowej, winny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Niemniej jednak wskazać należy, iż zasada ta nie może dotyczyć każdej informacji, która nie jest w sposób prawidłowy zinterpretowana przez profesjonalnego wykonawcę. Zgodnie z inną zasadą dominującą w orzecznictwie, od profesjonalnego wykonawcy wymaga się szczególnej staranności i fachowości przy sporządzeniu oferty. Wymóg, by zamawiający do każdego, nawet nieskomplikowanego formularza, dołączał instrukcję jego wypełnienia, doprowadziłby do absurdu zawartą w art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadę opisaną przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Podkreślenia wymaga, iż - zgodnie ze wskazanym przepisem - zamawiający winien, przy opisie przedmiotu zamówienia, używać dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Użycie przez ustawodawcę sformułowania "dostatecznie" oznacza, iż zastosowane określenie winno cechować się dokładnością i zrozumiałością w stopniu wystarczającym dla profesjonalisty, aby zidentyfikować przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, zamawiający, wskazując na parametry monitorów, jasno określił wymagania dotyczące ściany wizyjnej i informacji, jakich oczekuje od wykonawców w rubryce określonych "typ/model". Jeżeli, pomimo tego, informacja ta nadal nie była dla odwołującego jasna, winien on był zwrócić się do zamawiającego z pytaniem dotyczącym tej pozycji. Zaniechania w tym zakresie rodzą ryzyko niewłaściwego sporządzenia oferty, za które odpowiedzialny jest odwołujący.

Izba nie dała wiary oświadczeniu Signum Projekt Sp. z o.o., złożonym przez odwołującego, iż, jako twórca, określił on dwa indywidualne produkty nazwami własnymi jako "6 x 2" oraz "4 x 2". Zważywszy, iż produkty te miały zostać stworzone dla potrzeb konkretnego odbiorcy i nie są dostępne pod tymi nazwami na rynku, informacji tej nie można w żaden sposób zidentyfikować. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że nazywanie indywidualizowanych ścian wizyjnych w taki lub podobny sposób, jak zostały oznaczone ściany wizyjne zaoferowane w tym postępowaniu, jest zwykłą praktyką tego producenta. Informacji tej odwołujący nie podał zresztą w wyjaśnieniach z dnia 2 grudnia 2015 roku, skierowanych do zamawiającego w wyniku zapytania, co należy rozumieć poprzez podane przez odwołującego symbole. W wezwaniu tym podał natomiast, jakie konkretnie monitory, określone poprzez wskazanie ich modelu, ma zamiar wykorzystać przy wykonywaniu ściany wizyjnej. Podanie tej informacji nie może zostać uznane za

dopuszczalne ustawowo wyjaśnienie treści oferty, gdyż stanowi nieuprawnioną ingerencję w treść przedmiotu zamówienia.

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 niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, 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/świadczania 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, dzielając 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 ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym czynność odrzucenia oferty odwołującego należy uznać za zasadną.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

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

.....