

Sygn. akt: KIO 1857/11

WYROK

z dnia 6 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 sierpnia 2011 r.** przez wykonawcę **AV SOLUTION Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa, ul. Al. Prymasa Tysiąclecia 78A, 01-424 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, ul. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **SLX Sp. z o.o., ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny złożonych ofert,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, ul. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AV SOLUTION Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa, ul. Al. Prymasa Tysiąclecia 78A, 01-424 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, ul. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań** na rzecz **AV SOLUTION Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa, ul. Al. Prymasa Tysiąclecia 78A, 01-424 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ul. Wieniawskiego 1, 61-712 Poznań wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę i instalację systemów prezentacji, wizualizacji, wideokonferencji, rejestracji sygnałów multimedialnych, streamingowania i zarządzania dla zespołu pracowni i sal seminaryjnych w obiekcie Międzyuczelnianego Centrum NanoBioMedycznego wraz z uruchomieniem”.

W dniu 18 sierpnia 2011 r. Odwołujący - AV SOLUTION Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A, 01-424 Warszawa powziął wiadomość o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy - SLX Sp. z o.o. z siedzibą ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki.

Z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący się nie zgodził i w dniu 29.08.2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę - SLX Sp. z o.o. z siedzibą ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki, a w konsekwencji dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych(zwanej dalej: „ustawą Pzp”, art. 5 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Odwołujący przy tym wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu,
- odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę - SLX Sp. z o.o.,
- dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści SIWZ w załączniku nr 3 b) - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - część b Zamawiający określił parametry techniczne, którym muszą odpowiadać urządzenia dostarczone przez wykonawców.

Zdaniem Odwołującego zaoferowany przedmiot zamówienia przez Wykonawcę SLX Sp. z o.o. nie spełnia parametrów podanych na str. 20-21 załącznika nr 3 b), gdzie

Zamawiający określił parametry wymagane dla panelu dotykowego z podglądem video i modułem/transmitterem.

Wskazał, że w ofercie Wykonawcy SLX Sp. z o.o. zostało zaoferowane urządzenie producenta firmy CRESTRON model V15 z podstawką, które nie spełnia ww. parametrów, a w szczególności nie posiada następujących parametrów wymaganych przez Zamawiającego:

- Pamięć SDRAM 1GB,
- Pamięć Flash 2GB,
- Obsługa kart pamięci MMC do 4GB,
- Maksymalna wielkość projektu 120MB,
- Silnik graficzny: 24-bitowa grafika, 16,7 mln kolorów, Core 3 framework,
- Obsługa tekstu oraz grafiki dynamicznej,
- Obsługa animacji typu full-motion (60fps),
- Remote annotation,
- Wbudowane aplikacje: Microsoft Internet Explorer w/Adobe® Flash® plug-in, Windows Media® Player, MJPEG Viewer, IP Intercom, Remote Desktop, VNC Viewer, Java™ Runtime, Keyboard, Adobe® Acrobat® Reader, WordPad, MS Word Viewer 2007, Excel® Viewer 2007, PowerPoint® Viewer 2007,
- Obsługa języka polskiego.

Nadto zarzucił, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia również opisanych przez Zamawiającego na str. 23-24 załącznika nr 3 b) parametrów wymaganych dla sterownika centralnego.

Zdaniem Odwołującego zaoferowane przez Wykonawcę SLX Sp. z o.o. urządzenie producenta firmy CRESTRON model AV2 nie spełnia ww. parametrów, a w szczególności:

- Wyświetlacz: Wyświetlacz LCD, 2 linie po 40 znaków na froncie urządzenia
- Przyciski:
 - 6 programowalnych przycisków na frontowym panelu urządzenia,
 - Przyciski do nawigacji po menu (menu, up, down, bklt),
 - Wskaźniki diodowe odpowiedzialne za pokazywanie stanów poszczególnych portów (IR, I/O, COM, Relay).

Stwierdził, iż zaoferowany przedmiot zamówienia przez Wykonawcę SLX Sp. z o.o., a w szczególności panel dotykowy z podglądem video i modułem/transmitterem oraz sterownik centralny nie posiadają parametrów technicznych bezwzględnie wymaganych w treści siwz (załącznik 3 b) przez Zamawiającego, a co za tym idzie oferta Wykonawcy jest sprzeczna z

treścią SIWZ i w konsekwencji oferta Wykonawcy SLX Sp z o.o. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podniósł również, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy interes Odwołującego doznał uszczerbku w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy po uprzednim odrzuceniu oferty ww. wykonawcy z przedmiotowego postępowania, to oferta Odwołującego winna zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

W dniu 1.09.2011r. wykonawca - SLX Sp. z o.o. z siedzibą ul. Zakładowa 6, 62-052 Komorniki zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący zauważył, że przedmiot zamówienia ma stanowić gotowy, w pełni funkcjonalny i spójny system co musi zostać potwierdzone stosownym protokołem odbioru.

Według Przystępującego odwołanie nie uwzględnia pozostałych wymagań określonych w Szczegółowym opisie przedmiotu Zamówienia - część a do SIWZ, a w szczególności dotyczących opisu funkcjonalnego i opisanego sposobu współdziałania urządzeń.

Wywodził, że tylko wspólne rozpatrywanie całości dokumentacji i specyfikacji technicznej SIWZ w zakresie wymagań Zamawiającego pozwalało na złożenie pełnej pod względem technicznym i funkcjonalnym oraz zgodnej z SIWZ oferty.

Wskazywał, że opierając się na własnej wiedzy i doświadczeniu Firma SLX Sp. z o.o. uwzględniała wszystkie urządzenia, elementy i materiały także te, które nie były uwzględnione jako osobne pozycje kosztorysowe przez Zamawiającego, a zdaniem firmy SLX Sp z o.o. są niezbędne do realizacji przedmiotowego Zamówienia

W odniesieniu do zarzutów Odwołującego podniósł, że do postępowania został wezwany przez Zamawiającego w dniu 01.08.2011 do złożenia wyjaśnień dotyczących zgodności zaproponowanych w ofercie urządzeń z wymaganiami określonymi w SIWZ w zakresie pytania nr 1, tj. do udzielenia odpowiedzi na pytanie: „Czy zaoferowany system centralnego sterowania zapewnia funkcjonalność w pełnym zakresie określonym w SIWZ?”.

W związku z powyższym pytaniem Przystępujący przypomniał, że w dniu 02.08.2011 udzielił odpowiedzi twierdzącej na powyższe pytanie i złożył szczegółowe, wyczerpujące

wyjaśnienia wykazując równoważność techniczną i funkcjonalną zaproponowanych rozwiązań i urządzeń.

Zdaniem Przystępującego wykazał, iż zastosowany zestaw urządzeń jest rozwiązaniem równoważnym funkcjonalnie i jedynym rekomendowanym rozwiązaniem przez Producenta oferowanych urządzeń (firmę CRESTRON) umożliwiającym uzyskanie także dodatkowej funkcjonalności systemu. Powołał się przy tym na załączniki nr 1,2,3,4 - Wyjaśnienia do złożonej oferty z dnia 02.08.2011. oraz na treść rekomendacji producenta odnośnie zastosowanej kompletacji sprzętowej wraz z tłumaczeniem.

Poza tym zwrócił uwagę, że w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach z dnia 02.08.2011 Przystępujący do postępowania wskazał także jakich dodatkowych urządzeń zamierza użyć przy realizacji niniejszego zamówienia, tak aby możliwa była pełna funkcjonalność systemu w szczególności opisana przez Zamawiającego w SIWZ (Załącznik nr 3a — Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - część a) w punkcie „Procesory obrazu, tworzenie kontentu/prezentacji multimedialnych (str. 6 w/w).

Jednocześnie Przystępujący powołał się na złożenie oświadczenia z którego wynikało, że wszystkie dodatkowe urządzenia (a niewyszczególnione jako odrębna pozycja w załączniku nr 3 do SIWZ lub formularza cenowego) zostały uwzględnione w podanej cenie ryczałtowej - zgodnie z podanym przez Zamawiającego sposobem obliczenia ceny (pkt.4 XII SIWZ).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty Przystępującego, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, wezwania do wyjaśnienia oferty z dnia 1.08.2011r. i odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 2.08.2011r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art.87 ust.1 w związku art.89 ust.1 pkt 2, art. 82 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z póź. zm.).

Przedmiotem rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania odwoławczego jest kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp czy też powinien odrzucić ofertę Przystępującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez zastosowania tej procedury.

W pierwszej kolejności budziło zastrzeżenie Izby pytanie z dnia 1.08.2011r. sformułowane przez Zamawiającego skierowane do Przystępującego czy zaoferowany system centralnego sterowania zapewnia funkcjonalność w pełnym zakresie określonym w SIWZ.

Jako motywację Zamawiającego do zastosowania procedury wyjaśniającej w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp przyznaną przez niego na rozprawie, było stwierdzenie w ofercie Przystępującego pierwotnie braku niektórych elementów pozwalających na ocenę jej zgodności z SIWZ, stąd było wysłane zapytanie o wyjaśnienie braku wskazania parametrów panelu dotykowego z podglądem wideo i modułem/transmitterem (strona 20-21 SIWZ).

Zamawiający między innymi potwierdził również brak w tej ofercie informacji technicznych, wskazania pamięci SDRAM (na stronie 89), a także informacji dotyczących silnika graficznego, maksymalnej wielkości pakietu, wsparcia IP dla Intercomu i w zasadzie wszystkich elementów takich, jak wskazane w odwołaniu.

Izba uznała, że zawartość merytoryczna tego pytania sprowadzała się w istocie do oczekiwania Zamawiającego złożenia przez Przystępującego oświadczenia o spełnianiu przez oferowaną dostawę wymagań funkcjonalnych, a nie do wyjaśnienia poszczególnych elementów zaoferowanych parametrów urządzeń.

W takim jednak wypadku brak było podstaw prawnych do żądania takiego dodatkowego oświadczenia, skoro takie zbliżone oświadczenie o charakterze ogólnym zostało złożone w pkt 1 i 5 formularza ofertowego Przystępującego.

Według Izby żądanie Zamawiającego złożenia takiego oświadczenia nie miało żadnego znaczenia dla oceny parametrów technicznych zaoferowanych urządzeń.

Nadto w ocenie Izby Zamawiający nie powinien wdrażać procedury wyjaśniającej w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp w warunkach, gdy złożona oferta nie spełniała podstawowego wymogu SIWZ podania informacji dotyczących parametrów technicznych, co uniemożliwiało Zamawiającemu ocenę zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Stosownie do postanowień rozdziału III pkt 6 SIWZ wykonawca był zobowiązany do dołączenia do oferty opisu technicznego oferowanego przedmiotu zamówienia zawierającego wszystkie niezbędne informacje umożliwiające ocenę zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia – załącznik nr 3 a i b do SIWZ (tj. np. karty katalogowe oferowanych urządzeń, foldery informacyjne, zestawienie zawierające określenie producenta i modelu oferowanych urządzeń, konfiguracji i parametrów itp.). Jak wyżej wskazano Zamawiający w ofercie nie znalazł wszystkich niezbędnych informacji umożliwiających mu ocenę przedmiotowej oferty.

Dodatkowo należy stwierdzić, że wbrew jednak bardzo ogólnemu wskazaniu Zamawiającego zawartemu w zadanym pytaniu Przystępujący bardzo obszernie złożył wyjaśnienia, które w istocie zawierały uzupełnienia do złożonej oferty, a nie wyjaśnienia pewnych nieścisłości czy niejasności w złożonej ofercie.

W ocenie Izby przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające w rezultacie doprowadziło do zmiany treści oferty poprzez zaoferowanie przez Przystępującego nowego urządzenia - Crestron PRO2 wraz z kartami rozszerzeń, które spełniało wprawdzie warunki parametrów technicznych SIWZ, jednak dopiero po uzupełnieniu oferty.

Okoliczność ta została przyznana przez Przystępującego na stronie 3 pisma wyjaśniającego z dnia 2.08.2011r., gdzie oświadczył on, że zaoferowany procesor sterujący Crestron AV2 będzie połączony z omyłkowo niewyszczególnioną w zestawieniu jednostką główną – Crestron PRO2 wraz z kartami rozszerzeń.

Sytuacja uzupełnienia oferty poprzez rozszerzenie treści oferty o dodatkowe urządzenie główne jest prawnie niedopuszczalna z uwagi na brzmienie art.87 ust.1 zd.2

ustawy Pzp, który nie przewiduje możliwości dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Izba również przyjęła, że zaoferowany sterownik AV-2 nie spełniał wymagań SIWZ w zakresie między innymi parametrów pamięci SDRAM, gdzie na stronie 102 oferty wyspecyfikowano pamięć 32 MB poniżej tej żądanej przez Zamawiającego 64 MB określonej w załączniku nr 3b w tabeli nr 13, str.23 SIWZ oraz nie spełniał wymagań posiadania 6 programowalnych przycisków na frontowym Panelu urządzenia, co zostało udowodnione opisem jednostki centralnej Crestron AV2 (strona od 101 do 104 oferty) nie zawierającym informacji w tym zakresie.

To samo dotyczyło zaoferowanego panelu dotykowego z podglądem video i modułem/transmitterem V-15 Crestron(strona 89 – 91 oferty), gdzie Przystępujący nie zamieścił informacji niezbędnych do oceny oferty w zakresie postanowień załącznika nr 3b w tabeli nr 11, str.20 - 21 SIWZ. Okoliczność ta została również przyznana przez Zamawiającego na rozprawie.

Izba w swoich rozważaniach podkreśla, że przepis art.87 ust.1 ustawy Pzp przewiduje jedynie możliwość eliminowania sprzeczności w złożonym oświadczeniu woli, w którym jeden z jego elementów wyraźnie potwierdza spełnianie przez ofertę wymagań SIWZ, drugi zaś jemu przeczy, w żaden jednak sposób przepis ten nie dopuszcza dodawania nowych elementów przedmiotowo istotnych do oferty już złożonej.

Nie zasługiwały również na uznanie Izby argumenty Przystępującego o umieszczeniu wyżej wskazanych elementów przedmiotowo istotnych w pozycji 19 i 20 na stronie 5 formularza cenowego, skoro te nowe składniki oferty ustalone dopiero po wyjaśnieniach nie zostały w ogóle wskazane w tym dokumencie, a treść formularza cenowego miała charakter bardzo szczegółowy.

Wobec tego Izba przyjęła, że te nowe elementy bezskutecznie zmienianej oferty, jako wcześniej w niej niewymienione, nie można uznać za należycie wycenione.

Nie mogło zostać także uwzględnione stanowisko Przystępującego opierające się na tezie o równoważności funkcjonalnej zastosowanego rozwiązania, skoro złożona oferta takiego rozwiązania nie przewidywała.

W tym kontekście nie ma zatem większego znaczenia rekomendacja producenta z dnia 2.08.2011r., bowiem dotyczy ona zestawienia nie zaoferowanych urządzeń.

Ostatecznie oceny Izby wymagało przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego pismo z dnia 5.09.2011r. Grzegorza Lidzbarskiego stanowiące potwierdzenie, że zaproponowana konfiguracja spełnia wszystkie założenia funkcjonalne przyjęte w projekcie.

Według Izby pismo to stanowi dokument prywatny, a jego zawartość stanowi opinia, która nie ma żadnego znaczenia dowodowego, bowiem okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zostały już stwierdzone innymi powołanymi na wstępie dowodami.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: