

WYROK

z dnia 9 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2014 r. przez wykonawcę

G. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowe NET COM ul. Domaniówka 1/1B, 25-413 Kielce

w postępowaniu prowadzonym przez

Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach, ul. Żeromskiego 5, 25-369 Kielce

przy udziale wykonawców **M. G. i N. Ł. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą MaN Complex ul. Przyborowskiego 4/1, 25-417 Kielce** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez G. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowe NET COM tytułem wpisu od odwołania,****

2.2. zasądza od Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach na rzecz G. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowe NET COM kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę sprzętu komputerowego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 kwietnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 070-120135. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – G. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowe NET COM wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia w części II postępowania oferty wykonawcy – M. G. i N. Ł. prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą MaN Complex (zwanym dalej „MaN Complex”) i niezgodnym z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, co narusza art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1, ewentualnie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. odrzucenie oferty wykonawcy MaN Complex, gdyż zaoferowany skaner jest niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i niezgodności tej nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. anulowanie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w części II,
3. dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w zakresie części II zamawiający wybrał ofertę wykonawcy MaN Complex, pomimo zaoferowania sprzętu niezgodnego z parametrami wymaganymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem zaoferowany skaner marki Plustek OpticPro A320 nie spełnia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnośnie wymogu skanowania kliszy.

Odwołujący zadał następujące zapytanie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „W opisie przedmiotu zamówienia część II pkt 3 zamawiający zawarł opis: skanowanie kliszy. Czy ten opis oznacza, że skaner ma posiadać moduł do skanowania materiałów przezroczystych, a jeżeli tak to w jakim formacie (rozmiarze)?”

W odpowiedzi zamawiający napisał: „NIE musi być moduł do skanowania materiałów przezroczystych, ale powinien mieć możliwość opcjonalnego jego podłączenia.”

Na etapie sprawdzania sprzętu, który odwołujący mógłby zaoferować, odwołujący zwrócił się do oficjalnego serwisu firmy Plustek – firmy Modecom S.A. – z pytaniem, czy skaner Plustek OpticPro A320 posiada możliwość rozbudowy o moduł do skanowania materiałów przezroczystych. W odpowiedzi uzyskał informację, że nie ma takiej możliwości. Na podstawie tej informacji odwołujący zrezygnował z zaoferowania tego modelu skanera i zaproponował inny skaner, innego producenta, spełniający ten wymóg, ale dużo droższy. Po otwarciu ofert odwołujący zwrócił zamawiającemu uwagę na ten fakt poprzez przekazanie mu zażalenia. W odpowiedzi zamawiający odpisał, że zdaniem zamawiającego sprzęt zaproponowany w ofercie MaN Complex odpowiada parametrom technicznym wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia argumentując, iż udzielając odpowiedzi na pytanie odwołującego zamawiający poszerzył katalog produktów, które mogły być zaproponowane, bowiem zgodnie ze słownikiem języka polskiego „opcjonalny” znaczy „pozostawiony do wyboru, do czyjejś dyspozycji; fakultatywny; nieobowiązkowy, dowolny, możliwy”.

Zdaniem odwołującego nie można odpowiedzi zamawiającego interpretować w sposób, że oferowany skaner nie musi zupełnie posiadać możliwości skanowania kliszy, czyli materiałów przezroczystych, gdyż w tym przypadku zamawiający powinien odpowiedzieć na pytanie, że rezygnuje z wymogu skanowania kliszy w całości. Jednak zamawiający wyraźnie zapisał, że oferowany skaner nie musi być wyposażony w momencie dostawy w takowy moduł, jednak ma mieć możliwość dołożenia takiego modułu w przyszłości, gdyż w przeciwnym przypadku wymóg skanowania kliszy nie będzie spełniony.

W oferowanym przez MaN Complex skanerze nie ma takiej możliwości zarówno teraz, jak i w przyszłości.

Skoro zamawiający żądał szczegółowego opisu oferowanego towaru, aby jednoznacznie określić zgodność oferty z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powinien uwzględnić wszystkie wymogi, które sam sprecyzował.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że odwołujący być może nie zrozumiał odpowiedzi na zadane pytanie. Funkcjonalności wymaganych przez zamawiającego od skanera było wiele, a skanowanie kliszy było tylko jedną z nich. W odpowiedzi na to pytanie zamawiający odpowiedział, że taka funkcjonalność nie musi być, dlatego nie podał formatu, o który pytał się odwołujący. Zamawiającemu nie zależy na tej funkcjonalności, dlatego nie badał ofert pod tym kątem. Wymóg taki był w pierwotnej wersji opisu przedmiotu zamówienia, ale po pytaniu odwołującego zamawiający zastanowił się, czy takiej opcji potrzebuje.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wybrany wykonawca – M. G. i N. Ł. prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą MaN Complex.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie przystępującego decyzja zamawiającego o uznaniu jego oferty za niepodlegającą odrzuceniu i najkorzystniejszą jest prawidłowa, a wywody odwołującego są nadinterpretacją odpowiedzi zamawiającego.

Wskazana odpowiedź na pytanie nie nakłada obowiązku posiadania przez skaner funkcji skanowania kliszy (materiału przezroczystego). Można z niej jedynie wywieść, że skaner ma mieć możliwość podłączenia modułu umożliwiającego skanowanie kliszy. W odpowiedzi nie padło stwierdzenie, jakiej firmy i o jakich parametrach ma być moduł do skanowania kliszy, który opcjonalnie będzie mógł być podłączony do skanera. Odwołujący w sposób nieuprawniony założył, że przystawka (moduł) do skanowania kliszy ma być producenta skanera. Takie założenie jest nieuprawnione i stanowi nadinterpretację wymaganych funkcji skanera w związku z udzieloną odpowiedzią.

Zaoferowany skaner Plustek OpticPro A320 posiada funkcję pojedynczego skanowania klisz, w związku z tym nie występuje w tych modelach opcjonalnie przystawka producenta do skanowania klisz. Natomiast nic nie stoi na przeszkodzie opcjonalnemu dokupieniu przez zamawiającego do zaoferowanego skanera urządzenia, które może służyć jako profesjonalna przystawka (moduł) do skanowania materiałów przezroczystych.

Zarzut zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nieuprawniony wobec braku określenia wymogu posiadania funkcji skanowania kliszy oraz nieokreślenia żadnych wymogów co do możliwości opcjonalnego podłączenia przystawki. Dyspozycja art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na możliwość skorzystania z uprawnienia w nim zapisanego, a nie obowiązku, jak próbuje dowodzić odwołujący. Brak jest zatem podstaw do nakładania na zamawiającego obowiązków wskazywanych przez odwołującego i wywodzenie z tego skutków prawnych w postaci kwestionowania czynności zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Przystępujący zaoferował skaner Plustek OpticPro A320.

W opisie przedmiotu zamówienia, sporządzonym w postaci tabeli, zamawiający w odniesieniu do wymogów dotyczących skanera wskazał na „skanowanie kliszy”.

W następstwie zapytania odwołującego o treści „W opisie przedmiotu zamówienia część II pkt 3 zamawiający zawarł opis: skanowanie kliszy. Czy ten opis oznacza, że skaner ma posiadać moduł do skanowania materiałów przezroczystych, a jeżeli tak to w jakim formacie (rozmiarze)?” zamawiający wskazał: „NIE musi być moduł do skanowania materiałów przezroczystych, ale powinien mieć możliwość opcjonalnego jego podłączenia.”

Kwestią sporną jest – jaki był wymóg zamawiającego co do funkcjonalności skanera.

Izba stwierdziła, że z powyższego wymogu oraz udzielonej na pytanie odpowiedzi w sposób jasny wynika, że skaner miał posiadać funkcjonalność skanowania kliszy (materiałów przezroczystych).

Z samego pierwotnego wymogu posiadania przez skaner funkcjonalności skanowania kliszy wynikałoby, że ma to być funkcjonalność własna skanera (wbudowana w skaner) – jak ustalono podczas rozprawy, istnieją takie skanery. Natomiast odpowiedź zamawiającego wskazywała, że nie musi to być funkcja własna (moduł skanera), lecz może być realizowana przez osobną, zewnętrzną przystawkę.

Nie można się w żaden sposób zgodzić z zamawiającym, że odpowiedź tę należy uznać za zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia usuwającą konieczność zapewnienia tej funkcjonalności. Stanowisko takie jest jawnie sprzeczne z treścią odpowiedzi.

Przed wszystkim należy podkreślić, że jeśli zamawiający stawia już jakieś wymagania, to powinny być one przemyślane. Natomiast jeśli zamawiający rzeczywiście chciał zmienić specyfikację istotnych warunków zamówienia, to powinien był wyraźnie napisać, że rezygnuje z wymogu skanowania kliszy.

Zatem wymóg zamawiającego oznacza, że zaoferowany skaner musi mieć albo wbudowaną funkcjonalność (moduł) do skanowania kliszy, albo realizować tę funkcjonalność za pomocą dołączanego urządzenia (modułu, przystawki do skanera).

Rzeczywiście, z odpowiedzi nie wynika, że musi być to przystawka tego samego producenta, co skaner, ale odwołujący też tego nie twierdził. Zamawiający nie określił też, jakie parametry

ma mieć moduł do skanowania kliszy ani, pomimo pytania, jakie parametry na osiągać skan. Zatem skan może mieć dowolne wymiary, jakie oferuje producent.

Jednak sam wymóg „skanowanie kliszy” należy rozumieć w zwykły sposób, w jaki rozumieją go producenci urządzeń, czyli posiadanie specjalnej funkcji do skanowania tego rodzaju materiałów. Nie może to być zatem zeskanowanie kliszy w jakikolwiek sposób, lecz skan musi osiągnąć odpowiednie parametry jakościowe.

Przystępujący co prawda w swoim przystąpieniu oświadczył, że zaoferowany przez niego skaner Plustek OpticPro A320 posiada funkcję pojedynczego skanowania klisz, w związku z tym nie występuje w tych modelach opcjonalnie przystawka producenta do skanowania klisz, jednak w żaden sposób tego nie wykazał.

Przedstawione przez odwołującego informacje można uznać za uprawdopodobnienie jego twierdzeń, lecz nie do końca za ich udowodnienie. Z drugiej strony – brak jakichkolwiek dowodów przeciwnych.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż zamawiający powinien powtórzyć czynność badania oferty przystępującego z uwzględnieniem konieczności spełnienia również wymogu skanowania kliszy.

Co do wyjaśnień treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to pomimo że w redakcji przepisu nie zostały one wskazane jako obowiązek zamawiającego, to należy pamiętać, że wyjaśnienia te służą prawidłowemu ustaleniu treści oferty i podjęciu decyzji o jej odrzuceniu lub uznaniu za zgodną z wymaganiami. Natomiast prawidłowe ustalenie przesłanek do ewentualnego odrzucenia oferty zdecydowanie jest już obowiązkiem zamawiającego. Dlatego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy odczytywać raczej jako kompetencję, a więc uprawnienie, któremu towarzyszy obowiązek jego realizowania.

Należy też przypomnieć, że zamawiający jest związany swoimi wymogami i nie może ich ignorować już po zapoznaniu się z ofertami wykonawców.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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: