

Sygn. akt: KIO 1188/14

WYROK

z dnia 1 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2014 r. przez **VOL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Cieszynie**

przy udziale wykonawcy **WASKO Spółka Akcyjna w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **VOL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę Komandytową w Poznaniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **VOL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **VOL Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Poznaniu** na rzecz **Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Cieszynie** kwotę **51 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

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 **Bielsku-Białej**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Cieszynie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zaawansowanie środowisko informatyczne dla elektronicznych usług i dokumentacji medycznej w ZZOZ w Cieszynie – zadania 4, 5, 6, 7 i 8.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 12 czerwca 2014 roku wykonawca VOL Sp. z o.o. Sp.k. w Poznaniu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na:

- 1) dokonaniu czynności oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty spółki WASKO S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechaniu czynności żądania od odwołującego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i w konsekwencji błędnemu uznaniu, że oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ,
- 3) zaniechaniu czynności poprawienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego, która odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyborze oferty spółki WASKO S.A. jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień w sytuacji, w której to konieczne w celu przeprowadzenia rzetelnego badania oferty;
- 3) art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki, nie powodującej istotnej zmiany treści oferty, a polegającej na pominięciu przez odwołującego jednoznacznego i precyzyjnego oznaczenia wagi oferowanego tabletu medycznego;

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienie wyboru oferty złożonej przez WASKO S.A. jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) unieważnienie czynności oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert, a w konsekwencji:

- a. wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wagi zaofertowanego tabletu medycznego;
- b. poprawienie oferty odwołującego w zakresie jednoznacznego oznaczenia wagi tabletu medycznego;
- c. dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty zgodnej z treścią SIWZ oraz najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto, wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako nie spełniającą wymagań zawartych w treści SIWZ, a podstawą tego odrzucenia był art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego dokładna analiza oferty odwołującego oraz załączonej do niej karty katalogowej wskazuje, iż zamawiający nie mógł jednoznacznie i pewnie stwierdzić, że zaofertowany przez odwołującego tablet waży powyżej 900 g a zatem jest niezgodny z treścią SIWZ.

W pkt. 2.2 załącznika nr 1 do SIWZ, który odnosi się do tabletu medycznego, zamawiający wskazał, że waga oferowanego tabletu nie może przekroczyć 900 g. Odwołujący w swojej ofercie zaofertował tablet Panasonic FZ-A1, w stosunku do którego przedstawił zarówno specyfikację techniczną (tabelaryczną) jak również kartę katalogową.

W wyniku przeoczenia odwołujący w treści specyfikacji technicznej tabletu nie wskazał jego wagi. Z uwagi na powyższe, co wynika zresztą wprost z przygotowanego przez zamawiającego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, cała wiedza zamawiającego dotycząca wagi zaofertowanego tabletu pochodziła z załączonej karty katalogowej.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty stwierdził, że „jak wynika z przedstawionej karty katalogowej oferowane urządzenie waży 2,1 lbs (funty), co w przeliczeniu na gramy daje wagę 952,543977g (1 lb * 453.59237g), a zgodnie z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wymagał aby waga urządzenia nie była większa niż 900g.

Odwołujący stwierdził, że dokładna analiza karty katalogowej wskazuje natomiast, iż Panasonic oferuje różne wersje tabletu oznaczonego symbolem FZ-A1, a przedmiotowa karta katalogowa zawiera informacje ogólne, a nie przypisane do konkretnej wersji tego urządzenia. Szczególnie wyraźnie jest to widoczne w zakresie określenia wagi przedmiotowego tabletu. Producent podaje bowiem, iż przedmiotowy tablet waży 2.1 lbs

(funta), jednakże wyraźnie przy tym zastrzega, że waga różni się w zależności od opcji i piórka.

Z karty katalogowej tabletu Panasonic FZ-A1 wynika, że różne wersje tego tabletu mogą się od siebie różnić między innymi pojemnością baterii, opcjonalnym, zintegrowanym modemem szerokopasmowym 4G LTE oraz dołączonym piórkiem.

Każda z tych opcji wpływa natomiast na wagę tabletu, dlatego na podstawie załączonej karty katalogowej, bez dokładnego określenia parametrów tabletu - w szczególności pojemności jego baterii oraz wystąpienia modemu szerokopasmowego - nie można jednoznacznie określić jego wagi.

Odwołujący podniósł, że odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP może nastąpić wyłącznie w takiej sytuacji, w której zamawiający nie ma żadnych wątpliwości dotyczących tego, że zaoferowany mu przedmiot zamówienia jest niezgodny z treścią SIWZ. W przedmiotowej sprawie dokonanie takiej oceny wyłącznie na podstawie załączonej karty katalogowej jest całkowicie niemożliwe, ponieważ jak zostało wskazane powyżej, przedstawia ona różne opcje, które wpływają na jego wagę.

Jeżeli zatem Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie wagi tabletu, a wyraźne zastrzeżenie w karcie katalogowej wskazuje na to, iż wątpliwości takie mieć powinien, to koniecznym pozostawało zwrócenie się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i uzyskanie stosowanych wyjaśnień. Zamawiający natomiast (na podstawie karty katalogowej), całkowicie arbitralnie stwierdził, iż zaoferowany tablet waży 2,1 lbs (funta) i zignorował w tym zakresie wyraźne zastrzeżenie producenta. Należy zatem uznać, iż nawet bez ustalenia, jaką faktycznie wagę posiada zaoferowany przez odwołującego tablet, odrzucenie oferty odwołującego w przypadku tak istotnych wątpliwości, bez chociażby wezwania go do złożenia w tym zakresie wyjaśnień, stanowi rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pod kątem proceduralnym, który z uwagi na swój charakter i wyjątkową sankcyjność, wymaga po stronie zamawiającego niezwyklej precyzji i absolutnej pewności.

Odwołujący oświadczył, że zaoferowany przez niego tablet faktycznie waży 895 g, a więc spełnia wymagania zamawiającego dotyczące wagi.

W jego ocenie powyższe wyjaśnienia jednoznacznie wskazują na to, iż czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt, 2 ustawy Pzp była bezpodstawną z dwóch powodów. Po pierwsze zamawiający na podstawie karty katalogowej nie mógł mieć pewności, iż waga zaoferowanego tabletu jest niezgodna z wymaganiami, a pewność ta jest wymagana do odrzucenia oferty, a po drugie waga zaoferowanego urządzenia (z uwagi na jego specyfikację) nie przekracza 900 g, a zatem o jakiegokolwiek niezgodności z treścią SIWZ w tym zakresie nie może być mowy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień

dotyczących treści złożonych przez nich ofert”. Pomimo zastosowania w treści tego przepisu słowa „może” bogate w tym zakresie orzecznictwo KIO oraz stanowisko przedstawicieli doktryny nauk prawnych wskazuje że w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wątpliwości dotyczących treści oferty, zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Powyższe jest konsekwencją tego, iż jednym z kluczowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie rzetelnej oceny ofert. Z tego względu „zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych” . Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z dnia 13 października 2010 r., w którym wskazano, że „Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień” .

Odwołujący podkreślił iż ocena wagi tabletu Panasonic FZ-A1 została przez zamawiającego dokonana wyłącznie na podstawie karty katalogowej, która zawierała wyraźne zastrzeżenie producenta, iż wskazana w niej waga tabletu jest uzależniona od opcji tego urządzenia. Zamawiający nie mógł zatem pominąć tej wątpliwości i zgodnie z powyższymi poglądami był zobligowany do tego, aby zwrócić się do odwołującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o wyjaśnienie powstałych wątpliwości. Tymczasem zamawiający całkowicie pominął ten element i pomimo wystosowania do odwołującego wniosku o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, kwestia wagi tabletu medycznego nie została w tym wniosku poruszona.

Powyższe działanie zamawiającego stanowi wręcz modelowe naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, którego wykładnia wskazuje, iż „Zamawiający winien zaistniały stan rzeczy wyjaśnić, a nie w sposób arbitralny przyjmować, że rozstrzygającą rolę mają dokumenty sporządzone przez odwołującego, pomijając jednocześnie okoliczność, że dokumenty potwierdzające parametry (cechy) produktu, dotyczą innego urządzenia [...]. Za nieuprawnione należy uznać takie działanie zamawiającego, który nie mając ku temu wyraźnych podstaw, przyjmuje, iż treścią oferty objęte jest oświadczenie, które rodzi dla odwołującego negatywne konsekwencje, tym bardziej, że na co zwraca się uwagę w orzecznictwie, iż wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ, bowiem celem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie przedmiotowego zamówienia” .

Mając powyższe na uwadze odwołujący uznał, iż brak zwrócenia się przez zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści oferty odwołującego w zakresie wagi tabletu medycznego stanowi rażące naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, które w konsekwencji doprowadziło do całkowicie bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, z uwagi na jej rzekomą niezgodność z treścią SIWZ. Przedmiotowe zaniechanie zamawiającego

doprowadziło zatem do kolejnego naruszenia przepisów ustawy, a dokładniej do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, które szerzej zostało opisane w pkt. III. 1 niniejszego odwołania.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszczalne jest poprawienie w ofercie innych omyłek, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty. Powołana instytucja ma na celu doprowadzenie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z SIWZ .

W załączniku nr 1 do SIWZ - pkt. 2.2. dotyczący tabletu medycznego, zamawiający wskazał, że dostarczony tablet musi mieć wagę nie większą niż 900 g. Zgodnie z pkt. 5.10 SIWZ, potwierdzeniem tego, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego miał być m.in. opis oferowanego sprzętu i innego sprzętu komputerowego, w postaci np. karty katalogowej.

Odwołujący stwierdził, że przedłożył zarówno tabelaryczną specyfikację tabletu medycznego, jak również jego kartę katalogową. Niestety, w wyniku omyłki, w treści specyfikacji przedmiotowego tabletu medycznego nie wskazano jego wagi, natomiast tak jak zostało to już wskazane w pkt. III-1 niniejszego odwołania, karta katalogowa zawierała adnotację, iż wskazana w niej waga uzależniona jest od opcji tabletu, co de facto uniemożliwiło zamawiającemu ocenę tego, czy oferowany tablet spełnia wymagania dotyczące wagi, czy też nie. Należy zatem uznać, iż odwołujący w sposób niezamierzony opuścił w swojej ofercie precyzyjne opisanie wagi oferowanego tabletu medycznego, co spowodowało, iż jego oferta była w tym zakresie nie do końca zgodna z SIWZ, jednakże z całą stanowczością należy podkreślić, iż niezgodność ta była marginalna, a jej poprawienie, polegające *de facto* na jednoznacznym określeniu wagi oferowanego tabletu medycznego, nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Co więcej, należy wskazać, iż zmiana ta nie powodowałaby jakiegokolwiek zamiany oferowanego tabletu, a jedynie w treści specyfikacji technicznej przedmiotowego tabletu (załącznik do oferty) wskazano by jego wagę, odpowiednią do zaoferowanej przez odwołującego opcji.

W ocenie odwołującego zamawiający, analizując treść oferty odwołującego winien zauważyć potencjalną rozbieżność pomiędzy dokumentami znajdującymi się w jej treści. Z jednej strony odwołujący złożył bowiem oświadczenie wskazujące na to, iż nie wprowadził do stanowiącego integralną część oferty opisu przedmiotu zamówienia żadnych modyfikacji w stosunku do treści SIWZ, a z drugiej strony z załączonej karty katalogowej wynikało, iż tablet może ważyć 2,1 lbs (tj. powyżej 900 g), jednakże jest to uzależnione od jego opcji. Zdaniem

odwołującego powyższe powinno skłonić Zamawiającego co najmniej do podjęcia wątpliwości w zakresie tego, czy tablet zaoferowany przez odwołującego spełnia zawarte w SIWZ wymagania dotyczące wagi, czy też nie.

Odwołujący podniósł, że zaoferowany tablet medyczny stanowi znikomy fragment całej oferty odwołującego, do której w pozostałym zakresie zamawiający nie ma żadnych zastrzeżeń. Należy bowiem zauważyć, iż przedmiotowy tablet medyczny (w ofercie występuje tylko jedna sztuka) jest wart około 4.000,00 zł brutto, natomiast wartość całej oferty brutto to około 2,81 mln zł. Wartość tego tabletu stanowi zatem jedynie około 0,14% wartości całej oferty.

Odwołujący wskazał, że zamawiającego polegające z jednej strony na braku zwrócenia się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie niejednoznacznie określonej w treści oferty wagi tabletu medycznego, a z drugiej strony na braku poprawienia oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, może doprowadzić do niczym nieuzasadnionego uszczuplenia finansów publicznych. Należy bowiem wskazać, iż oferta WASKO S.A., która została wybrana tylko i wyłącznie z uwagi na rzekome przekroczenie, przez zaoferowany przez odwołującego tablet medyczny (1 sztuka), dopuszczalnej wagi, jest droższa od oferty Odwołującego aż o 136.161,00 zł.

Powyższe nie pozostawia zatem wątpliwości w zakresie tego, iż poprawienie oferty odwołującego, polegające jedynie na doprecyzowaniu wagi jednego tabletu medycznego, którego wartość nie przekracza 0,15% wartości całej oferty, nie stanowi zmiany istotnej, a zatem w całości kwalifikuje się do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Brak dokonania powyższej poprawki, a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego i wybór oferty złożonej przez WASKO S.A., nastąpiło zatem z rażącym naruszeniem art. 87 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Z najdalej posuniętej ostrożności należy wskazać, iż nawet gdyby czysto hipotetycznie okazało się, iż zaoferowany tablet medyczny waży powyżej 900 g, czemu odwołujący konsekwentnie zaprzecza, to omyłka ta nadal winna być zakwalifikowana jako „inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że odwołujący w żaden sposób nie wskazał, w jaki sposób ustalił wagę przedmiotowego urządzenia; tylko informuje w odwołaniu, że waży ono 895 g. Poza tą informacją nie przedkłada dowodu świadczącego o tym fakcie, nadal więc nie można dokonać oceny, czy oferowany tablet spełnia wymagania stawiane w SIWZ przez zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że nie doszło w tym przypadku do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skorzystanie przez zamawiającego z zawartego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp trybu jest jego uprawnieniem a nie obowiązkiem, co oznacza, że niezastosowanie przepisu

nie może stanowić podstawy skutecznego zarzutu jego naruszenia. Stwierdził ponadto, że procedura wyjaśnień nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej ograniczać lub rozszerzać.

W ocenie zamawiającego niewskazanie przez odwołującego żądanych przez zamawiającego elementów przedmiotowo istotnych i ściśle określonych w treści SIWZ oznacza, że oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie obowiązku określenia oferowanych elementów. W sytuacji wystąpienia takich sprzeczności bezprzedmiotowe jest prowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a wdrożenie takiej procedury jest równoznaczne z prowadzeniem negocjacji zmierzających do ustalenia treści zobowiązania i ukształtowania nowej treści oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający stwierdził, że dokonanie wagi tabletu wyłącznie na podstawie załączonej karty katalogowej jest całkowicie niemożliwe, ponieważ przedstawia ona różne opcje, które wpływają na jego wagę. Zamawiający nie byłby w stanie samodzielnie ustalić wagi tabletu bez udziału odwołującego, a tym samym poprawić omyłki. Możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy, to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia jednoznacznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który literalnie takiej przesłanki nie wyraża. Zastosowanie jej w praktyce eliminuje możliwość naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty, a także gwarantuje przestrzeganie zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt. 2.2 załącznika nr 1 do 1 do SIWZ zamawiający postawił wymóg, by waga tabletu medycznego nie przekraczała 900 g.

Odwołujący w opisie tabelarycznym zaoferował tablet Panasonic FZ-A1 ze stacją dokującą oraz przedstawił jego specyfikację techniczną. Ze specyfikacji nie wynikała waga tabletu. Odwołujący nie załączył wymaganych w pkt. 5.10 SIWZ opisów oferowanego sprzętu.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2014 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wymaganego w pkt. 5.10 SIWZ, opisu oferowanego sprzętu, w tym m.in. Panasonic FZ-A1 (np. karty katalogowej).

W odpowiedzi odwołujący złożył kartę katalogową zaoferowanego urządzenia. Wynika z niej, iż waga FZ-A1 wynosi 2.1 lbs. W karcie znajduje się również informacja, że waga zależy od opcji i digitizer pen.

Po przeliczeniu podanej w karcie katalogowej wagi tabletu okazało się, że tablet waży 952,543977 g.

Pismem z dnia 2 czerwca 2014 roku zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty WASKO SA w Gliwicach.

Jednocześnie poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu wskazał, że zaoferowany tablet medyczny Panasonic FZ-A1 waży 2,1 lbs (funty), co w przeliczeniu na gramy daje wagę 952,543977 g (1 lb = 453.59237 g), a zgodnie z SIWZ zamawiający wymagał, aby waga urządzenia nie była większa niż 900 g. Tym samym treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

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

Odwołujący podnosił, że z karty katalogowej wynika, że waga tabletu wynosi 2.1 lbs, jednakże waga różni się w zależności od opcji i piórka. Wskazywał też, że zaoferowany przez niego tablet waży 895 g.

Na rozprawie w dniu 30 czerwca 2014 roku odwołujący wskazywał, że zaoferowany przez niego tablet nie jest dokładnie taki, którego dotyczy złożona karta katalogowa, lecz jest urządzeniem dedykowanym do tego konkretnego postępowania.

Powyższe nie zostało jednak przez odwołującego w żaden sposób udowodnione.

Przystępujący złożył jako dowód w sprawie oświadczenie producenta tabletu – firmy Panasonic – z którego wynika, że tablety serii FZ-A1, które są oferowane na rynku europejskim, posiadają wagę w wersji podstawowej bez elementów opcjonalnych (bez piórka) i modemu GSM/LTE) oscylującą pomiędzy około 950 g a 993 g, co potwierdzone jest w prezentowanych kartach katalogowych dostępnych na stronach firmy Panasonic.

Z kolei odwołujący złożył również oświadczenie producenta, z którego wynika, że przy zastosowaniu specjalnej konfiguracji tabletu FZ-A1 możliwe jest osiągnięcie wagi poniżej 900 g,

Z powyższego wynika, iż tablet FZ-A1 może osiągnąć wymaganą wagę poniżej 900 g jedynie wówczas, gdy zostanie skonfigurowany. Jeżeli efektem konfiguracji ma być obniżenie wagi tabletu, oczywistym jest, że bądź nie będzie on zawierał niektórych podzespołów, bądź też niektóre z jego części składowych będą musiały być wykonane z innych, lżejszych elementów. Nie wiadomo, czy w wyniku tej konfiguracji nie zmienią się inne parametry, w tym te, których wymagał zamawiający w SIWZ.

Odwołujący nie przedstawił żadnych informacji dotyczących wprowadzonych w tablecie zmian ani też żadnych dowodów na potwierdzenie, czy skonfigurowany tablet spełnia wszystkie parametry wskazane w specyfikacji.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Stosownie zaś do treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, którego naruszenie również odwołujący zarzucił zamawiającemu, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Dozwolona zatem zmiana treści oferty wynikająca w z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w tym konkretnym przypadku mogłaby polegać na poprawieniu innej omyłki niż wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2, polegającej na niezgodności oferty siwz, która nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby zarzuty odwołującego mogłyby potwierdzić się w przypadku, gdyby chodziło wyłącznie o uzupełnienie brakujących danych w zakresie wagi, których odwołujący nie podał w specyfikacji technicznej. Zważywszy jednak na fakt, iż na rozprawie odwołujący oświadczył, że w istocie zaoferował tablet dedykowany, czyli inny niż wskazywałaby na to karta katalogowa, tego rodzaju poprawienie wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający musiałby w drodze wyjaśnień ustalać z odwołującym nie tylko, jaką wagę miałby mieć zaoferowany tablet, ale i na czym polegają różnice w tablecie zaoferowanym w stosunku do tabletu powszechnie dostępnego oraz czy w wyniku dokonanej konfiguracji pozostałe parametry tabletu, wymagane w SIWZ nie uległy zmianie.

Ponadto podkreślić należy, że złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w której skład wchodzi składniki o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, które stanowią przedmiotowo istotne, elementarne i tym samym niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych.

Poprawki, których dokonania żąda odwołujący, dotyczyłyby w istocie zmiany w zakresie przedmiotu oferty, czyli elementu przedmiotowo istotnego złożonej oferty. Tym samym dokonana zmiana byłaby zmianą istotną, co samo w sobie wyklucza możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przedmiotowej sprawie.

Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, pomimo złożenia wniosków w tym zakresie.

Stosownie do art. 192 ust. 10 *in principio* ustawy Pzp 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238). 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. Fakt nie złożenia rachunku nie oznacza także, że stronie należy przyznać kwotę 3 600 zł, ponieważ jest to maksymalna, nie minimalna kwota, jaka może być zasądzona na rzecz strony. W tym zakresie wskazane wyżej rozporządzenie różni się od innych regulacji, np. w sprawach opłat za czynności adwokatów czy radców prawnych, które określają wysokość stawek minimalnych, należnych pełnomocnikowi co najmniej w tej wysokości, bez konieczności udowadniania ich poniesienia. Rozporządzenie z dnia 15 marca 2010 roku nie określa minimalnego wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi, co oznacza, że strona w każdym przypadku musi wykazać, że poniosła koszty, o których przyznanie wnosi.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie złożył wymaganych rachunków, a zatem Izba nie przyznała na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

.....