

Sygn. akt: KIO 1779/15

WYROK

z dnia 11 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę: **Comarch Polska S.A. w Krakowie (31-864), al. Jana Pawła II 39a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Prokuraturę Generalną w Warszawie (02-528), ul. Rakowiecka 26/30**

przy udziale:

- wykonawcy: **Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni (81-451), Al. Zwycięstwa 96/98,**
 - wykonawcy: **„Newton Media” sp. z o.o. w Warszawie (00-728), ul. Kierbedzia 4,**
- zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Comarch Polska S.A. w Krakowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Comarch Polska S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Comarch Polska S.A. w Krakowie** na rzecz zamawiającego: **Prokuratury Generalnej w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa oprogramowania do transkrypcji mowy w ramach projektu «Wdrożenie systemu digitalizacji akt postępowań przygotowawczych oraz utworzenie lokalnych i centralnego repozytorium akt w postaci cyfrowej w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury»” zostało wszczęte przez zamawiającego: Prokuraturę Generalną w Warszawie. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 20 sierpnia 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 067-118365) w dniu 4 kwietnia 2015 r.

W dniu 17 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Comarch Polska S.A. w Krakowie, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy: Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni oraz wykonawcy: „Newton Media” sp. z o.o. w Warszawie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez powołanych wykonawców. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu:

- „art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez jego niezastosowanie wobec oferty wykonawcy NEWTON Media sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy VOICE LAB sp. z o.o., w sytuacji gdy oferty wymienionych wykonawców powinny zostać odrzucone, gdyż ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
- art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez jego niezastosowanie wobec wykonawcy NEWTON Media sp. z o.o. oraz wykonawcy VOICE LAB sp. z o.o. pomimo iż wymienieni wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a w konsekwencji niezastosowanie wobec ofert tych wykonawców art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3;

- *art. 91 ust. 1 w zw. z art. art. 7 ust 1 i 3 poprzez naruszenie przy ocenie ofert zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zaniechanie wyboru oferty Odwołującego oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy.”*

Odwołujący twierdził, że Zamawiający w treści załącznika nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wymagał, aby dostarczone mu mikrofony zostały wyposażone w przewody o długości dokładnie 2 m. Wymóg ten miał być złagodzony odpowiedzią na pytanie nr 21 w piśmie z dnia 28 kwietnia 2015 r., kiedy to Zamawiający miał dopuścić „tolerancję w długości przewodu +/- 20cm” – Odwołujący wywodził z tej odpowiedzi, że możliwym jest zaoferowanie kabla o długości mieszczącej się w granicach od 1,8 m do 2,2 m (chodziło tu o wymiar rzeczywisty – tak w przedstawionej Izbie przez Odwołującego opinii). Kierując się tak dokonaną przez siebie wykładnią Odwołujący podnosił, że każdy z dwóch wykonawców, wobec których skierował on ostrze swych zarzutów, zaoferowali Zamawiającemu mikrofony o przewodach dłuższych niż przywoływane przez odwołującego 2,2 m. Potwierdzać to miały te egzemplarze mikrofonów, które każdy z tych wykonawców przedstawił Zamawiającemu w toku prezentacji w dniu 18 czerwca 2015 r. Odwołujący zauważał, że powołani wykonawcy w złożonych przez siebie ofertach zawarli oświadczenie, zgodnie z którym oferowane przez nich mikrofony spełniają również wymóg Zamawiającego odnoszący się do długości przewodu, co miało stać oczywiście wbrew ustalonym przez Odwołującego faktom. Kierując się tak dokonanymi przez siebie ustaleniami, Odwołujący twierdził, że każdy z powołanych wykonawców złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a ponadto złożył ofertę, której treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy: Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni oraz wykonawcy: „Newton Media” sp. z o.o. w Warszawie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także odrzucenia ofert złożonych przez powołanych wykonawców oraz uznania złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą.

W dniu 20 sierpnia 2015 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: „Newton Media” sp. z o.o. w Warszawie.

W dniu 21 sierpnia 2015 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności w art. 189 ust. 2 pkt 3), o co wnosili Zamawiający wraz z popierającym go Przystępującym („Newton Media” sp. z o.o. w Warszawie). W ich ocenie rozpoznawane odwołanie uznać należało za wniesione po terminie, albowiem Odwołujący miał błędnie przyjąć, że egzemplarze mikrofonów przedstawione przez każdego z wykonawców w toku prezentacji stanowią treść oferty. W ocenie Zamawiającego nie stanowiły one nawet próbki w rozumieniu odpowiednich przepisów. Mając to na względzie, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący winien wnieść odwołanie wobec przebiegu prezentacji, która miała miejsce w dniu 18 czerwca 2015 r., nie zaś wobec wyników postępowania z dnia 6 sierpnia 2015 r. Stąd też twierdził on, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie wniesione zostało po terminie. Izba nie podzieliła tej oceny, uznała bowiem, że Odwołujący we wniesionym przez siebie odwołaniu, nie odnosił się jedynie li tylko do przebiegu powoływanej przez Zamawiającego prezentacji, ale kwestionował on prawidłowość dokonanego przez Zamawiającego badania i oceny ofert. Wyniki tych działań zostały zakomunikowane mu pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r. Mając na uwadze fakt, że rozpoznawane odwołanie zostało wniesione w dniu 17 sierpnia 2015 r. – dzień 16 sierpnia był dniem ustawowo wolnym od pracy – niedziela – zgodnie z art. 1 pkt 2) ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 90). Kierując się tym przekonaniem, Izba uznała, że odwołanie nie podlega odrzuceniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także dokumenty złożone w toku postępowania odwoławczego przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.4 SIWZ Zamawiający poinformował wykonawców, że *„Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie 731 licencji oprogramowania do transkrypcji mowy wraz z mikrofonami, zgodnie z warunkami określonymi w niniejszej SIWZ, OPZ, wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ, oraz zgodnie z ofertą Wykonawcy (zamówienie podstawowe). Zamawiający informuje, że poza zakresem zamówienia podstawowego przewiduje możliwość zakupu od Wykonawcy do 527 licencji oprogramowania wraz z mikrofonami zgodnie z warunkami określonymi w niniejszej SIWZ, OPZ, wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ, oraz zgodnie z ofertą Wykonawcy, tożsamy jak w przypadku dostawy w ramach zamówienia podstawowego (dalej jako «Opcja»).*”

Zgodnie z pkt III.5 SIWZ *„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w «Opisie przedmiotu zamówienia», który stanowi załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ.*”

W rozdziale XII SIWZ Zamawiający przesądził, że: *„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawcy muszą złożyć wraz z ofertą:*

- 1. Oświadczenia, dotyczące zgodności oferowanego oprogramowania i mikrofonów z minimalnymi wymogami Zamawiającego poprzez uzupełnienie Załącznika nr 6 – Opis Przedmiotu Zamówienia;*
- 2. Wersję demonstracyjną oprogramowania, tożsamą z oferowaną w ramach niniejszego zamówienia, która podlegać będzie badaniu na zasadach określonych w Załączniku nr 8 do niniejszej SIWZ.*”

Zgodnie z pkt XVII.1 SIWZ kompletna oferta winna zawierać m.in. *„a) Formularz Ofertowy – wypełniony załącznik nr 1 do SIWZ (...) f) Oświadczenie w sprawie zgodności oferowanego sprzętu i oprogramowania z wymaganiami Zamawiającego – uzupełniony Załącznik nr 6 do SIWZ*”.

Na pierwsze stronie OPZ Zamawiający wymagał od wykonawców wskazania w odniesieniu do oferowanego mu oprogramowania producenta oraz nazwy tegoż oprogramowania, zaś w odniesieniu do mikrofonu stacjonarnego oraz do mikrofonu przenośnego oczekiwał on wskazania producenta oraz modelu oferowanego mu sprzętu. Treść opisująca wymagania Zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia zawarta w załączniku nr 6 do SIWZ została zamknięta w swej większości w formie tabeli obejmującej trzy kolumny opisane następującymi hasłami: 1 – „L.p.”, 2 – „Opis wymagań minimalnych” oraz 3 – „Parametry oferowanego oprogramowania (tj. wskazanie właściwości oferowanego oprogramowania i/albo potwierdzenie opisu minimalnych wymagań)”. W pozycji 6.6 tabeli,

odnoszącej się do mikrofonu stacjonarnego, oraz w pozycji 7.3 tabeli, odnoszącej się do mikrofonu przenośnego, zapisane zostało: „*Mikrofon podłączany do stacji roboczej za pośrednictwem złącza USB w trybie plug-and-play przewodem o długości 2 m*”. W trzeciej kolumnie powołanej tabeli, w odniesieniu do każdej z jej pozycji Zamawiający wpisał „*Spełnia / nie spełnia*” opatrując tekst ten następującą adnotacją: „*Niepotrzebne skreślić. Wypełnia Wykonawca*”.

Treść OPZ została ustalona pismem z dnia 22 kwietnia 2015 r., jednakże w omówionym powyżej zakresie nie uległa ona zmianie.

W załączniku nr 8 do SIWZ, zamawiający, zgodnie z tytułem tegoż załącznika, opisał zasady przeprowadzania prezentacji oprogramowania. W § 4 Zamawiający zapisał: „*Prezentacja odbędzie się na komputerach stacjonarnych udostępnionych przez Zamawiającego (Dell Optiplex 7010) o parametrach tożsamyh ze wskazanymi w Załączniku nr 2 do OPZ. Wykonawca dostarczy na czas prezentacji mikrofony tożsame z oferowanymi w ramach niniejszego zamówienia.*”

W piśmie z dnia 28 kwietnia 2015 r., w odpowiedzi na pytanie nr 21 o następującej treści: „*Czy Zamawiający dopuszcza tolerancję w długości przewodu mikrofonu? Pkt 6.6 oraz 7.3 OPZ*”, Zamawiający wyjaśnił: „*Zamawiający dopuści tolerancję w długości przewodu mikrofonu +/- 20cm*”

Wykonawca: Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni w złożonej przez siebie ofercie, jako mikrofon stacjonarny zaoferował model „*DR 1200*”, którego producentem był „*Olympus*”, jako zaś mikrofon przenośny zaoferował model „*PC 26*”, którego producentem był „*Sennheiser*”. W każdej z pozycji tabeli OPZ skreślił słowa „*nie spełnia*” pozostawiając nieskreślonymi słowa „*spełnia*”.

Analogicznie została skonstruowana oferta złożona przez wykonawcę: „*Newton Media*” sp. z o.o. w Warszawie, z tą tylko różnicą, że jako mikrofon stacjonarny zaoferował on model „*SpeechMike Premium LFH3500/00*”, którego producentem był „*Philips*”.

W toku prezentacji oprogramowania, w dniu 18 czerwca 2015 r., zgodnie z pkt 3 odpowiedniego protokołu, wykonawca: Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni dostarczył mikrofony mieniające się tą samą nazwą, jak te wpisane do złożonej przez niego oferty. Podobnych ustaleń (co oczywiste, z uwzględnieniem faktu, że wykonawca ten zaoferował inny, niż wykonawca: Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni, model mikrofonu stacjonarnego) na tym polu dokonano wobec wykonawcy: „*Newton Media*” sp. z o.o. w Warszawie, co również znajduje potwierdzenie w pkt 3 odpowiedniego protokołu.

W odniesieniu do sprzętu dostarczonego przez wykonawcę: Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni ustalono, że długość przewodu w przypadku mikrofonu stacjonarnego wynosi 252 cm, zaś w przypadku mikrofonu przenośnego 303 cm (pkt 4 odpowiedniego protokołu).

W odniesieniu do sprzętu dostarczonego przez wykonawcę: „Newton Media” sp. z o.o. w Warszawie ustalono, że długość przewodu w przypadku mikrofonu stacjonarnego wynosi 250 cm, zaś w przypadku mikrofonu przenośnego 309 cm (pkt 4 odpowiedniego protokołu).

W trakcie prezentacji wykonawca: „Newton Media” sp. z o.o. w Warszawie przedstawił swe pisemne stanowisko w zakresie rozumienia określonych w SIWZ wymagań odnoszących się do długości przewodu mikrofonu – treść tegoż stanowiska pokrywa się w większości ze stanowiskiem zaprezentowanym przez tego wykonawcę w dokonanym przez niego zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował o uznaniu oferty złożonej przez wykonawcę: „Newton Media” sp. z o.o. w Warszawie za najkorzystniejszą. Oferta złożona przez wykonawcę: Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni została sklasyfikowana na drugiej, zaś oferta złożona przez Odwołującego, na trzeciej pozycji.

W tak zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący wniósł rozpoznawane przez Izbę odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że nie było w rozpoznawanej sprawie wątpliwym, jaki model, i jakiego producenta zaoferował każdy z dwóch wykonawców, których prawidłowość ofert podważał Odwołujący – wynika to jednoznacznie z treści złożonych przez każdego z nich ofert. Nie było też wątpliwości, co do tego, że każdy z dwóch powołanych wykonawców w toku prezentacji przedstawił, tak jak tego wymagała SIWZ, w szczególności § 4 załącznika nr 8 do niej, mikrofony tożsame z tymi, które oferował zgodnie ze złożoną przez siebie ofertą. Nie było też w żaden sposób kwestionowane to,

że ustalone przez Zamawiającego długości przewodów każdego z mikrofonów przedstawionych mu przez tych wykonawców w toku prezentacji odpowiadają wymiarom rzeczywistym ich przewodów, a te z kolei wymiary są tożsame (z zachowaniem odpowiedniej tolerancji pomiaru) z długościami przewodów mikrofonów oferowanych, które to długości określone zostały w odpowiedniej dokumentacji producenta to tych właśnie mikrofonów się odnoszącej.

Spornym pozostawało jedynie rozumienie zapisów SIWZ oraz znaczenie dla tych zapisów odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 21 w piśmie z dnia 28 kwietnia 2015 r.

Izba uznała za dopuszczalną wykładnię powołanych zapisów dokonaną przez Zamawiającego.

W uznaniu Izby, w świetle całokształtu postanowień SIWZ, właściwym było przyjęcie (jako jednego z możliwych sposobów wykładni spornych zapisów SIWZ), że wskazana w pkt 6.6 oraz 7.3 OPZ długość 2m jest wymiarem minimalnym – innymi słowy, wykonawcy uprawnieni byli do zaoferowania Zamawiającemu mikrofonów, które były wyposażone w przewód o długości co najmniej 2 m – długość ta był wymiarem minimalnym, który zobowiązani były zapewnić wykonawcy. Za takim rozumieniem tegoż wymogu przemawiają w ocenie Izby w szczególności tytuły nadane kolumnom tabeli zawierającej spis wymagań stawianych przez Zamawiającemu zamawianemu oprogramowaniu oraz mikrofonom. Tak w kolumnie drugiej, jak i trzeciej mowa wyraźnie o wymaganiach minimalnych. Podobnie w rozdziale XII, w jego pkt 1, również jest mowa o obowiązku złożenia przez wykonawców oświadczenia dotyczącego *„zgodności oferowanego oprogramowania i mikrofonów z minimalnymi wymogami Zamawiającego”*. Nigdzie też w SIWZ – Odwołujący takiego zapisu nie wskazał – nie został sformułowany zakaz zaoferowania Zamawiającemu mikrofonu wyposażonego w przewód o długości przekraczającej powołane 2 m. Interpretacji takiej, w ocenie Izby, nie mogło podważyć w sposób niewątpliwy to, że w spornych zapisach Zamawiający nie użył znaków *„mniej niż”* lub *„więcej niż”*, do uczynił w odniesieniu do parametru *„odstęp sygnału od szumu”*. Nadrzędną przy interpretacji spornego zapisu uznać można było, w takim przypadku, treść powołanych nagłówków kolumn oraz pkt XII.1 SIWZ.

Przyjęcie takiego rozumienia spornego zapisu prowadzić musiało do wniosku, że przez zakreślenie słowa *„spełnia”* w odpowiednich pozycjach OPZ wykonawcy oświadczali tym samym, że oferowane przez nich mikrofony są wyposażone w odpowiedniego rodzaju przewód o długości spełniającej minimalny wymóg zamawiającego, a zatem co najmniej równej 2 m.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie uprawnioną była taka właśnie wykładnia spornych zapisów SIWZ. W tym kontekście koniecznym jest również przywołanie utrwalonego w orzecznictwie Izby poglądu, zgodnie z którym wszelkie nieścisłości w treści SIWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawcy – tak Izba m.in. w sprawach: KIO 500/15, KIO 430/15, KIO 416/15, KIO 2685/15 lub KIO 643/12.

Słuszności tego przekonania nie mogła poddać w wątpliwość odpowiedź udzielona przez Zamawiającego na pytanie nr 21 w piśmie z dnia 28 kwietnia 2015 r., zgodnie z którą Zamawiający dopuści „tolerancję w długości przewodu mikrofonu +/- 20cm”. W ocenie Izby, analiza stanowisk Stron, tak Odwołującego, jak i Zamawiającego, pozwala stwierdzić, że znaczenie tejże odpowiedzi *de facto* strony rozumiały w ten sam sposób. Parametr tolerancji (z zakreśleniem jej granic) w zachowaniu określonych wielkości charakterystycznych dla produktu – do którego Zamawiający odniósł się w odpowiedzi na powołane pytanie – Strony rozumiały w sposób podobny do tego, jak powołaną tolerancję definiuje internetowy Słownik Języka Polskiego PWN (<http://sjp.pwn.pl/szukaj/tolerancja.html>), tj. jako *“liczbę określającą dopuszczalne odchylenie danej wielkości technicznej od jej wartości nominalnej”*. Faktem jest to, że Odwołujący wywodził inne wnioski z tak rozumianego zapisu – odnosił on tenże zapis wprost do określonej w OPZ, w jego ocenie, w sposób sztywny długości przewodu dla obu rodzajów mikrofonów. Niemniej jednak, co do istoty pojęcia tolerancji dla podanego wymiaru, podzielał on jego rozumienie zaprezentowane przez Zamawiającego. Odwołujący pisał bowiem na stronie 8 odwołania: *„Z kolei twierdzenie o braku «wyraźnego» zaznaczenia zmiany parametru dotyczącego długości kabla nie może się ostać z tego prostego powodu, iż oświadczenie Zamawiającego jest w tym zakresie krótkie i jednoznaczne, nie dochodzi do żadnego niejasnego czy zagmatwanego wyjaśnienia: odpowiedź jest krótka i zdecydowana (Zamawiający stwierdza, iż «dopuszcza tolerancję w długości przewodu mikrofonu +/- 20cm»). Ponadto użyte przez Zamawiającego sformułowanie dotyczące «tolerancji w długości (...) +/- 20 cm» jest zapisem sformalizowanym, często spotykanym i o jednoznacznym znaczeniu - używanym zarówno w naukach ścisłych, jak i w produkcji, który oznacza tzw. tolerowanie liczbowe, określane za pomocą odchyłek plus/minus. Wynika to z tego, iż wymiary przedmiotów, podawane w dokumentacji technicznej, bądź innych dokumentach są określane jako wymiary normalne, zaś w rzeczywistości, podczas wykonywania przedmiotów, w zasadzie nigdy nie da się ich uzyskać, zawsze istnieje będzie pewien, choćby minimalny błąd między wymiarem normalnym (wymaganym w dokumentacji) a rzeczywistym. Stąd podanie tych odchyłek jest określeniem dopuszczalnych błędów lub odstępstw od nominalnego (normalnego) wymiaru (wymagania). Nie jest zatem jasne jak «bardziej wyraźnie» Zamawiający miałby to samo oświadczyć i zaznaczyć,*

skoro dla profesjonalistów (choć można zaryzykować twierdzenie, iż dla każdej osoby która ukończyła szkołę podstawową) określenie wymiaru za pomocą w/w odchyłek liczbowych jest zrozumiałe.”

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że dla Stron było oczywistym, że powołana „tolerancja w długości przewodu” określać miała możliwe odchylenia w długości tegoż przewodu dla poszczególnych, dostarczonych Zamawiającemu, mikrofonów w odniesieniu do wielkości zadeklarowanej w przynależnej im dokumentacji (zgodnie z definicją zawartą w § 1 ust. 1 wzoru umowy – załącznika nr 7 do SIWZ przed dokumentację należy rozumieć „Wszelką dokumentację dotyczącą Oprogramowania i Mikrofonów, która powstanie lub zostanie dostarczona przez Wykonawcę Zamawiającemu w ramach realizacji Umowy, w tym w szczególności specyfikację techniczno- funkcjonalną dostarczanego Oprogramowania, instrukcję obsługi, dokumenty potwierdzające udzielenie Gwarancji, dokumenty licencyjne”) dostarczonej Zamawiającemu zgodnie z § 2 ust. 1 lit. a) wzoru umowy, a odnoszącej się do tych właśnie, oferowanych Zamawiającemu, modeli mikrofonów. Przyjmując takie właśnie rozumienie parametru „tolerancji w długości przewodu”, uzasadnionym wydawało się uznanie, że udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na powołane pytanie nr 21 odnosiła się do etapu realizacji przedmiotu umowy i wyznaczała granice tolerancji dla długości przewodów do 20 cm, tak na plus, jak i na minus, w odniesieniu do wielkości zadeklarowanej w odpowiednich dokumentach opisujących dostarczone mikrofony. Odpowiedź ta nie mogła zatem modyfikować treści wymagania określającego długość przewodu ustanowionego w OPZ. Nie odnosiła się ona bowiem do wymaganej długości nominalnej (ta, jak to już zostało przyjęte mogła wynosić co najmniej 2 m) określonej w dokumentacji produktu, ale do wymiarów rzeczywistych poszczególnych egzemplarzy tegoż produktu.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, że nie zostało udowodnione, aby treść ofert złożonych przez każdego z dwóch wykonawców, tak przez wykonawcę Voice Lab sp. z o.o. w Gdyni, jak i przez wykonawcę: „Newton Media” sp. z o.o. w Warszawie, nie odpowiadała treści SIWZ. Jak to zostało ustalone, możliwe było i uzasadnione, przyjęcie takiego znaczenia zapisów SIWZ, które określało długość przewodów dla poszczególnych rodzajów mikrofonów na minimum 2m. Takie też mikrofony, czego nie podważał Odwołujący (wręcz przeciwnie – twierdził on, że każdy z tych wykonawców zaoferował mikrofony o zbyt długich przewodach), zaoferowali powołani wykonawcy. W uzupełnionym przez każdego z nich OPZ, zadeklarowani oni też, że mikrofony spełniają tak rozumiane minimalne wymagania Zamawiającego. W tej sytuacji Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty stawiane przez Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł.. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika tj. kwotą 3600zł.

Przewodniczący: