

Sygn. akt KIO/1808/10

WYROK
z dnia 3 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 września 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **CZERSKI TRADE POLSKA Sp. z o.o., Al. Niepodległości 219, 02-087 Warszawa** od czynności zamawiającego - **Politechnika Koszalińska, ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Dostawę 10 nowych komputerów stacjonarnych – Cyfrowych Stacji Fotogrametrycznych,

przy udziale **DEPHOS Software Sp. z o.o., ul. Lublańska 34, 33-476 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **CZERSKI TRADE POLSKA Sp. z o.o., Al. Niepodległości 219, 02-087 Warszawa** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **CZERSKI TRADE POLSKA Sp. z o.o., Al. Niepodległości 219, 02-087 Warszawa**.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę - Czerski Trade Polska Sp. z o.o. z Warszawy [Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego – Politechnika Koszalińska w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 10 nowych komputerów stacjonarnych – Cyfrowych Stacji Fotogrametrycznych. Niniejsze odwołanie dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) - (zwana dalej ustawą lub ustawą PZP), czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Dephos Software Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił także zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 PZP, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest do wyboru oferty najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Dephos Software sp. z o.o., oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu odwołania podał, że w dniu 4 sierpnia 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w jaki sposób sprzęt oferowany przez Odwołującego realizuje poszczególne elementy specyfikacji, zarówno pod względem programowym, jak i sprzętowym. W odpowiedzi na ww. wezwanie, Odwołujący złożył - w terminie wyznaczonym - szczegółowe wyjaśnienie sposobu realizacji przez jego sprzęt, wszystkich elementów specyfikacji. W dniu 17 sierpnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku postępowania, zgodnie z którym oferta złożona przez Odwołującego wybrana została jako najkorzystniejsza, uzyskując maksymalną ilość punktów. Zamawiający poinformował również, zgodnie z ciążącym na nim obowiązku, o terminie zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego, wyznaczając datę 23 sierpnia 2010 r. Odwołującemu doręczono również zawiadomienie o odrzuceniu oferty drugiego z oferentów. To oświadczenie woli Zamawiającego, było zupełnie zrozumiałe i uzasadnione, w szczególności poprzez fakt, iż sprzęt zaoferowany przez Odwołującego spełniał wszystkie wymogi SIWZ, a oferta cenowa złożona przez Odwołującego było dużo korzystniejsza od oferty złożonej przez drugiego oferenta. Odwołujący podniósł także, że drugie rozstrzygnięcie w tym samym postępowaniu otrzymał w dniu 18 sierpnia 2010 r., zgodnie z którym jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Dephos Software sp. z o.o., mimo iż była ona znacznie wyższa od oferty cenowej Odwołującego. Ponadto, Zamawiający – zdaniem odwołującego się wykonawcy - błędnie wskazał na termin zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. na dzień 23

sierpnia 2010 r. Odwołujący został również poinformowany o odrzuceniu jego oferty - tej samej, która dzień wcześniej została uznana za najkorzystniejszą. W uzasadnieniu swojej decyzji, Zamawiający podał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wychodząc z założenia, że otrzymanie przez Odwołującego zawiadomienia z dnia 18 sierpnia 2010 r., jest wynikiem oczywistej omyłki Zamawiającego, Odwołujący wystosował pismo z dnia 20 sierpnia 2010 r., w którym zażądał wyjaśnienia tej kuriozalnej sytuacji i potwierdzenia nieskuteczności zawiadomienia z dnia 18 sierpnia 2010 r. Odwołujący podał w nim m. in. podstawy prawne, z których wynika, iż oświadczenie woli Zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2010 r. uznać należy za skuteczne, natomiast oświadczenie Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2010 r. nie rodzi skutków prawnych wobec Odwołującego. Wynika to z faktu, iż - zgodnie z art. 61 § 1 k.c. - nie doszło do skutecznego odwołania przez Zamawiającego pierwszego z ww. oświadczeń woli. Mimo złożenia przez Odwołującego ww. pisma, Zamawiający nie ustosunkował się do niego, do czasu sporządzenia niniejszego odwołania. Zdaniem Odwołującego powtórna decyzja Zamawiającego o wyborze zupełnie innej, niekorzystnej finansowo oferty narusza w sposób oczywisty zarówno przepisy PZP, jak i zasady wyrażone w kodeksie cywilnym, które zgodnie z art. 14 PZP stosuje się do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 91 ust. 1 PZP, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po dokonaniu wyboru, jak to miało miejsce w wyniku zawiadomienia z dnia 17 sierpnia 2010 r., Zamawiający jest związany podjętą przez siebie decyzją i nie może podejmować innej w tym samym postępowaniu. Ponadto, z dokumentacji przedstawionej przez Odwołującego jednoznacznie wynika, iż zostały spełnione wszelkie warunki udziału w postępowaniu oraz, że treść złożonej przez niego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślił jednocześnie całkowitą bezpodstawność zarzutów zawartych w zawiadomieniu z dnia 18 sierpnia br o odrzuceniu oferty Odwołującego, podając, że w formularzu cenowym jednoznacznie zadeklarował zgodność jego oferty z wymaganiami SIWZ zarówno pod względem sprzętowym, oprogramowania, parametrów technicznych, jak i wyspecyfikowanych funkcji i rozwiązań użytkowych. W związku z powyższym, Odwołujący nie powtarzał istnienia oczywistych - uprzednio zadeklarowanych rozwiązań w piśmie wyjaśniającym z dnia 10 sierpnia 2010 r., skupiając się przede wszystkim na wykazaniu wariantowości i uniwersalności oferowanego produktu, poprzez możliwość realizacji w różnorodny sposób tych samych funkcji i rozwiązań użytkowych wymaganych w SIWZ. Jednocześnie, Odwołujący zadeklarował gotowość udzielenia dodatkowych informacji, w przypadku zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości. Odnosząc się już bezpośrednio do pisma Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2010 r. także podkreślił, że oferta przetargowa złożona

przez Odwołującego w pełni odpowiada treści SIWZ, a uzasadnienie odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego jest całkowicie niezasadne, o czym mają świadczyć w szczególności następujące fakty:

- 1) zaoferowany przedmiot oferty wykorzystuje nowoczesną technikę obserwacji stereoskopowej z wykorzystaniem monitorów, kart graficznych i okularów ciekłokrystalicznych zgodnych z SIWZ (szczegółowa specyfikacja - pismo Odwołującego z dnia 10.08.2010r.). System Z-Map daje ponadto możliwość uzyskania efektu stereoskopowego dzięki wyświetlaniu obrazów anaglifowych. Jest to dodatkowa funkcja systemu, bazująca na znanej od bardzo wielu lat koncepcji, ale nadal powszechnie stosowanej m.in. w publikacjach do zobrazowań 3D. Wykorzystanie obrazów anaglifowych, mimo ograniczeń, umożliwia obserwację efektu stereoskopowego na monitorze jednocześnie dużej ilości osób, co może być przydatne w dydaktyce. W świetle szczegółowo podanej przez Odwołującego w piśmie z dnia 10.08.2010 r. specyfikacji sprzętu do obserwacji stereoskopowej (wraz z wyszczególnieniem typu okularów ciekłokrystalicznych), sformułowanie: „Oprogramowanie pozwala uzyskać efekt widzenia stereoskopowego dzięki zastosowaniu monitorów 3D z okularami...” jest absolutnie jednoznaczne. SIWZ stawia wymóg, że „Oprogramowanie musi posiadać możliwość uzyskania efektu stereoskopowego”, natomiast w żaden sposób nie definiuje w jaki sposób ma być to osiągnięte;
- 2) SIWZ stawia wymóg, że „Oprogramowanie musi posiadać możliwość wykorzystania materiałów 2D jako podkładu pomocniczego dla stereo digitalizacji”, nie precyzując w jaki sposób ma to być zrealizowane. Wyjaśnienie Odwołującego stanowiące uzupełnienie deklaracji spełnienia wymogów SIWZ zawartej w ofercie przetargowej, zawiera jednoznacznie brzmiące sformułowanie: „Oprogramowanie posiada możliwość wykorzystania materiałów 2D jako podkładu pomocniczego dla stereo digitalizacji”, po czym po stwierdzeniu „Dwie główne metody realizacji to:”, następuje omówienie dwóch najczęściej wykorzystywanych metod. Stwierdzenie „Dwie główne metody...” nie przekreśla istnienia innych metod, w tym bezpośredniej pracy na materiałach 2D jako podkładach pomocniczych dla stereo digitalizacji, co również zawarte jest w treści pierwszego zdania wyjaśnienia Odwołującego;
- 3) SIWZ stawia wymóg „System musi posiadać możliwość uzupełniania danych map numerycznych, GIS i NMT oraz aktualizacje istniejących materiałów 2D”, w żaden sposób nie precyzując jak ma to być zrealizowane. Wyjaśnienie Odwołującego zawierające opis „uzupełniania danych map numerycznych, GIS i NMT oraz aktualizacji istniejących materiałów 2D” różnymi metodami i stanowi uzupełnienie złożonej w ofercie przetargowej deklaracji spełnienia wymogu SIWZ. Podane „Uzasadnienie oceny Zamawiającego” jest jedynie stwierdzeniem niczym nie uzasadnionej tezy:

"Oprogramowanie nie umożliwia aktualizacji istniejących materiałów 2D", z lakonicznym, bardzo ogólnikowym i nie zrozumiałym dopiskiem „(uzasadnienie analogiczne jak do pkt 3)". Pomijając już fakt, że zapewne chodzi o pkt 2) a nie 3) to wysuwanie tutaj jakichkolwiek analogii w celu udowodnienia z gruntu nieprawdziwej tezy nie ma żadnego uzasadnienia i logiki, w szczególności do p. 2), który został powyżej wyjaśniony;

- 4) SIWZ stawia wymóg („System musi zawierać funkcje magazynowania punktów wysokościowych dla NMT oraz bieżącej kontroli błędów w procesie warstwicowania”) w żaden sposób nie precyzując jak ma to być zrealizowane. Wyjaśnienie Odwołującego stanowiące uzupełnienie deklaracji spełnienia wymogów SIWZ zawartej w ofercie przetargowej, nie tylko potwierdza fakt, że w procesie tworzenia warstwy istnieje funkcja automatycznej kontroli, ale również informuje, że w procesie automatycznego warstwicowania, wykorzystując funkcje zawarte w programie, kontrola błędów może być przeprowadzana na różne sposoby w zależności od potrzeb opracowania;
- 5) wyjaśnienie Odwołującego stanowiące uzupełnienie deklaracji spełnienia wymogów SIWZ zawartej w ofercie przetargowej, nie tylko potwierdza fakt, ale wyjaśnia sposób realizacji: „dzięki niezależnej ich obsłudze przez program.” Takie wyjaśnienie jest jednoznaczne i uznaliśmy je za wystarczające. W uzupełnieniu wyjaśniamy: Niezależne moduły programowe umożliwiają jednoczesne wyświetlanie/obserwowanie dużej wielkości zdjęć i dużej wielkości chmur punktów, które mogą być na siebie nakładane;
- 6) wyjaśnienie Odwołującego stanowi uzupełnienie deklaracji spełnienia wymogów SIWZ zawartej w ofercie przetargowej, czyli potwierdzenia faktu, że istnieje możliwość generowania ortofotoobrazów z chmur punktów. System umożliwia generowanie ortofotoobrazów bezpośrednio z chmur punktów, ale ponadto istnieje możliwość generowania kolorowych ortoobrazów z wykorzystaniem zdjęć i chmury punktów tego samego obiektu i temu właśnie rozwiązaniu dotyczy wyjaśnienie wykonawcy.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, iż przyczyny odrzucenia oferty wykonawcy wskazane w piśmie z dnia 18 sierpnia 2010 r. są całkowicie bezpodstawne i nieuzasadnione. Zdaniem wykonawcy, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 PZP. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, co wiąże się m. in. z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert, natomiast ust. 3 nakazuje udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca – DEPHOS Software sp. z o.o. z Krakowa wniósł o oddalenie odwołania, podając, że informacja o odrzuceniu jego oferty z dnia 17 sierpnia 2010 r. była skutkiem oczywistej omyłki i na powyższe wskazuje uzasadnienie odrzucenia oferty, dotyczące wykonawcy – Czerski Trade Polska. Podał także, że odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło na skutek nie udzielenia satysfakcjonujących wyjaśnień, co do sposobu realizacji wymagań zawartych w siwz, a zatem Odwołujący popełnił błąd nie odpowiadając w wyjaśnieniach w sposób wystarczający i zgodny ze specyfikacją. Jako przykład wskazał na wymaganie związane z „Systemem pozwalającym na generowanie ortoobrazów z chmur punktów” oraz nieprzystające zupełnie wyjaśnienie, że „System daje możliwość automatycznego generowania ortoobrazów ze zdjęć cyfrowych”. Stwierdził także, że Odwołujący dokonał niewłaściwej interpretacji siwz i w konsekwencji udzielił błędnych wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz ofertę wykonawcy – Czerski Trade Polska sp. z o.o. z Warszawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759] [dalej PZP]. Przedmiotem tego zamówienia są dostawy, a wartość szacunkowa - nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wartość ta została określona na kwotę 207.377,05 zł, co stanowi równowartość 54.018,51 euro, podczas gdy wartość zamówienia [dla dostaw], od której uzależniony został obowiązek przekazywania przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich stanowi kwotę 193.000 euro. We wskazanych okolicznościach - zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy PZP- odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wyboru trybu [negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę], opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz wobec wykluczenia odwołującego się wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołanie, jak wskazano w jego treści, zostało wniesione od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego się wykonawcy i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Dephos Software sp. z o.o.

Jednocześnie wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust.1 ustawy PZP wskazując, że zgodnie z tym przepisem zamawiający zobowiązany jest do wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mając zatem na względzie powołany art. 180 ust. 2 ustawy PZP przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę może być wyłącznie zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy, KIO stwierdziła, że zarzut ten nie jest zasadny.

Jak ustaliła Izba, Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP uznając, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganych parametrów określonych w pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający stwierdził, że komputery oferowane przez wykonawcę są zaopatrzone w system fotogrametryczny nie spełniający następujących wymagań: (1) oprogramowanie nie posiada możliwości uzyskania efektu stereoskopowego, oraz (2) możliwości wykorzystania materiałów ID jako podkładu pomocniczego dla stereodygitalizacji, a ponadto (3) system nie posiada możliwości uzupełnienia danych map numerycznych, GIS i NMT oraz aktualizacji istniejących materiałów 2D, (4)nie zawiera funkcji magazynowania punktów wysokościowych dla NMT i bieżącej kontroli błędów w procesie warstwicowania, (5)nie umożliwia równoczesnej obserwacji stereoskopowej modeli fotogrametrycznych oraz chmur punktów i (6)nie pozwala na generowanie obrazów z chmur punktów.

KIO ustaliła, że wymagania techniczne określone w pkt 2 specyfikacji nie zostały szczegółowo opisane w innych postanowieniach siwz. Przede wszystkim Zamawiający nie wskazał na dopuszczalne sposoby realizacji wymaganych funkcjonalności. Za taki opis nie można uznać załącznika nr 2 do siwz, albowiem w treści tego załącznika zostały tylko powtórzone wymagania techniczne i sprzętowe wg pkt 2 specyfikacji. Izba stwierdziła także, że odwołujący się wykonawca w ofercie przedstawił formularz cenowy (załącznik nr 2 do siwz) zgodny z treścią specyfikacji, zawierający m.in. sporne wymagania techniczne [programowe]. Udzielając wyjaśnień w piśmie z dnia 10 sierpnia 2010 r. - na pytanie o sposób realizacji poszczególnych elementów specyfikacji zarówno pod względem programowym, jak i sprzętowym - Odwołujący złożył takie wyjaśnienia, co do każdego elementu programowego jak również elementu sprzętowego. Podał również, że oferta dotyczy oprogramowania Z- MAP.

Zdaniem Izby, przedłożone wyjaśnienia dotyczą wymagań technicznych jak i sprzętowych, opisanych w specyfikacji oraz przedstawiono w nich opisy funkcjonalności i sposób realizacji poszczególnych elementów programowych i sprzętowych. Opisy funkcjonalności i przedstawione sposoby realizacji nie pozostają – zdaniem Izby - w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego ustalonymi w specyfikacji, z wyjątkiem jednego z wymagań, dotyczącego możliwości generowania przez system ortoobrazów z chmur punktów.

Rozpatrując odwołanie i podnoszoną argumentację przez Zamawiającego w powołaniu na opinię kierownika Katedry Geodezji Gospodarczej – Wydział Budownictwa i Inżynierii Środowiska Politechniki Koszalińskiej, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ta opinia, która stanowiła w istocie podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy *de facto* uszczegółowiła wymagania techniczne na etapie oceny ofert. Zatem uwzględnienie stanowiska wynikającego z tej opinii zmierzało w konsekwencji do naruszenia przepisów ustawy PZP i tym samym w takim zakresie – pkt 1 do 5 - wskazana opinia nie mogła być uwzględniana przy dokonywaniu oceny ofert.

W przypadku wymagania dotyczącego możliwości generowania przez system ortoobrazów z chmur punktów (pkt6) Izba stwierdziła, że przede wszystkim z pisma z dnia 10 sierpnia 2010r. nie wynika, że zawarte w nim wyjaśnienie stanowi uzupełnienie deklaracji spełnienia wymogów specyfikacji zawartej w ofercie. Wyjaśnienie to także w żadnym wypadku nie potwierdza - ani pośrednio ani tym bardziej bezpośrednio - faktu, że oferowany system pozwala na generowanie ortofotoobrazów bezpośrednio z chmur punktów, czego wymagał w specyfikacji Zamawiający. Taki dowód także nie został przedstawiony w toku rozprawy. Odwołujący nie przeczył też twierdzeniu przystępującego wykonawcy, że z faktu możliwości generowania przez system ortoobrazów ze zdjęć cyfrowych nie można wywodzić możliwości generowania przez ten system ortoobrazów z chmur punktów.

Mając powyższe ustalenia na względzie, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PZP.

Przewodnicząca

.....