

WYROK
z dnia 26 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **KSERKOP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mazowiecka 60, 30-019 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gmina Miejska Kraków Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków**

przy udziale:

wykonawcy L. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Copy Felix L. T., ul. Witkowska 72, 31-242 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **KSERKOP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mazowiecka 60, 30-019 Kraków**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **KSERKOP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mazowiecka 60, 30-019 Kraków** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **KSERKOP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mazowiecka 60, 30-019 Kraków** na rzecz zamawiającego **Gmina Miejska Kraków Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków** kwotę **4 467 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Miejska Kraków – Urząd Miasta Krakowa, Pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Centralny System Wydruków świadczenie usług druku, kopii i skanowania dokumentów papierowych, udostępnienie urządzeń wielofunkcyjnych, drukarek sieciowych oraz serwerów oprogramowania niezbędnych do realizacji zamówienia«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 08.09.2017 r. pod nrem 2017/S 172-352440, a ogłoszenie o zmianie ogłoszenia – 10.10.2017 r. pod nrem 2017/S 194-398897.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 04.01.2018 r. o:

wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Copy Felix L. T., ul. Witkowicka 72, 31-242 Kraków (dalej: COPY).

Wykonawca Kserkop Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mazowiecka 60, 30-019 Kraków, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 15.01.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy COPY i w konsekwencji odrzucenie jego oferty, pomimo, że wykonawca ten, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. w zakresie punktów należnych w kryterium oceny ofert „Jakość – panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych”;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy niezgodnie z powołanymi wyżej przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy COPY jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę COPY;
- 3) wykluczenie wykonawcy COPY z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i w konsekwencji odrzucenie jego oferty;
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Przedmiotem zamówienia jest udostępnienie zamawiającemu wskazanych i zadeklarowanych w ofercie urządzeń oraz serwerów i oprogramowania niezbędnych do świadczenia usług w zakresie centralnego systemu wydruków przez okres 48 miesięcy.

Pkt 20 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ) dotyczył określenia kryteriów oceny ofert, ich znaczenia oraz sposobu oceny ofert. Jednym z przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert była „Jakość”, na którą składało się m.in. podkryterium „panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych”. W ramach tego podkryterium ocenie przez zamawiającego podlegały panele sterowania dla wszystkich dostarczanych urządzeń wielofunkcyjnych, przy czym punktowane było m.in. zaoferowanie jednakowego panelu sterowania i jednakowego sposobu prezentacji informacji na tym panelu – dla wszystkich urządzeń wielofunkcyjnych zaoferowanych przez wykonawcę.

Zgodnie ze wzorem Formularza oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy w postępowaniu dokładnie oznaczyli producenta i model oferowanych urządzeń poszczególnego typu. Przedmiotem zamówienia było udostępnienie przez wykonawcę urządzeń wielofunkcyjnych podzielonych na cztery typy: MFP1, MFP2, MFP3, MFP4.

Oferta wykonawcy COPY na str. 3 zawierała wyszczególnienie urządzeń wielofunkcyjnych producenta RICOH o następujących modelach: MP4054SP, MPC3004SPexp, MP3054SP, MP402SPF. Jednocześnie wykonawca w ramach kryterium „jakość” w podkategorii „panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych” zadeklarował ocenę 10 pkt, oświadczając tym samym, że zadeklarował urządzenia wielofunkcyjne o jednakowym panelu sterowania o przekątnej większej niż 9” i jednakowym sposobie prezentacji informacji na tym panelu – dla wszystkich zaoferowanych urządzeń wielofunkcyjnych.

Analizując ofertę producenta RICOH można zauważyć, że zadeklarowane przez wykonawcę COPY w ofercie modele tych urządzeń są urządzeniami standardowymi. Z materiałów udostępnionych przez producenta wynikają ewidentne różnice pomiędzy panelami sterowania urządzeń MP4054SP i MP3054SP a panelem urządzeń MPC3004SPexp i MP402SPF. Panele tych urządzeń mają różne wymiary, modele urządzeń MP4054SP i MP3054SP, mają ponadto klawiaturę mechaniczną oraz inną grafikę i tło panelu jak również

różny jest sposób, w jaki na każdym z tych dwóch rodzajów modeli prezentowane są informacje.

W związku z powyższym można w sposób jednoznaczny stwierdzić, że wykonawca COPY nie zaoferował urządzeń o właściwościach pozwalających na uzyskanie 10 pkt w ramach kryterium jakość – panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych. Dziwi również fakt, że w 13.11.2017 r., tj. w trakcie trwania postępowania, wykonawca COPY wystąpił z pismem do zamawiającego o poprawienie omyłki w ofercie polegającej na nieprawidłowym oznaczeniu modeli dwóch urządzeń. Jednak dogłębna analiza pisma prowadzi do wniosku, że wykonawca COPY chciał zamienić dwa modele urządzeń – te z panelem zawierającym dodatkową klawiaturę mechaniczną – na tablet, aby zapewnić tożsamość paneli we wszystkich urządzeniach, a tym samym zapewnić wiarygodność dla przyznania sobie 10 pkt i ich otrzymania w tym kryterium zamiast 0 punktów.

Mając na względzie fakt, że wykonawca COPY to działający na rynku profesjonalista biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dziwi to, że taki wykonawca nie wiedział w chwili składania oferty o ewidentnych (widzialnych „gołym okiem”) różnicach pomiędzy dwoma rodzajami paneli zaoferowanych urządzeń. Jeśli zatem nie weryfikował tych istotnych parametrów urządzeń przed złożeniem oferty to już w trakcie trwania postępowania, zawniósł do zamawiającego o ich wymianę na co zamawiający się nie zgodził uznając, że oferta jest zgodna z SIWZ.

Wykonawca ma bezwzględny obowiązek wcześniejszego weryfikowania informacji podawanych w ofercie zwłaszcza tych, które mają istotne znaczenie dla wyniku postępowania. Z pewnością konieczna była taka analiza i sprawdzenie paneli przez wykonawcę w każdym z urządzeń chociażby ze względu na składane przez wykonawcę w ofercie oświadczenie co do przyznania sobie maksymalnej liczby punktów w danej podkategorii. Wykonawca powinien był zatem posiadać informacje o właściwościach paneli, w tym też o występujących między nimi różnicach. Późniejsze działania wykonawcy mające na celu zmianę treści oferty nie mogły zostać uwzględnione przez zamawiającego, ale też i zamawiający nie dołożył należytej staranności przed wyborem oferty wykonawcy COPY aby wyjaśnić działania wykonawcy mające na celu zmianę treści oferty.

Przyznanie nieprawidłowej liczby punktów w sytuacji opisanej powyżej jest wyrazem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie wykonawcy zwłaszcza, że dotyczy to informacji o istotnym znaczeniu dla podejmowanych przez zamawiającego decyzji związanych z oceną wg ustalonego kryterium oceny ofert.

Wobec powyższego, zważywszy również na konieczność zachowania zasady równego traktowania wykonawców, koniecznym jest nie tylko zmniejszenie przyznanej wykonawcy COPY liczby punktów w kryterium „Jakość – panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych”,

ale również wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na treść obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu .2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom .2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

18.01.2018 r. wykonawca L. T. prowadzący działalność pod firmą Copy Felix L. T., ul. Witkowska 72, 31-242 Kraków złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

19.01.2018 r. wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Muszkietarów 15, 02-273 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 23.01.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, a jeżeli odwołanie nie zostanie odrzucone to zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Ponadto zamawiający wniósł o ewentualna oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) 3 szt. [dowody 1a, 1b i 1c] różnych „Podręczników użytkownika” odpowiednich modeli urządzeń oferowanych przez wykonawcę Copy [przystępującego] na wykazanie różnych wyświetlaczy i paneli sterowania;
- 2) 2 szt. [dowody 2a i 2b] wydruków ze stron internetowych wykonawcy Copy [przystępującego] odnośnie zaoferowania różnych modeli i innego ich wyglądu z „większym kolorowym panelem operacyjnym o przekątnej ponad 10 cali – str. 1 dowód 2a i 9 cali – str. 3 dowód 2b;

B) przystępującego:

- 3) oświadczenie producenta RICOH, że starsze i nowsze modele mogą spełniać wymagania zamawiającego oraz deklarowane parametry jakościowe;
- 4) oświadczenie autora oprogramowania Qube, że starsze i nowsze modele mogą spełniać wymagania zamawiającego oraz deklarowane parametry jakościowe;
- 5) 2 szt. [dowody 5a i 5b] karty katalogowe producenta RICOH, w których zaznaczono, że w ramach wskazanych modeli dostępne są panele o zaoferowanej przekątnej 10,1 cala.

W ocenie Izby:

– zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy COPY i w konsekwencji odrzucenie jego oferty, pomimo, że wykonawca ten, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. w zakresie punktów należnych w kryterium oceny ofert „Jakość – panel sterowania urządzeń wielofunkcyjnych” oraz

– zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy niezgodnie z powołanymi wyżej przepisami ustawy Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wymagał – w SIWZ do odpowiedniego przyznania 10 punktów w konkretnym kryterium w trakcie oceny ofert – aby wykonawca zaoferował wszystkie urządzenia z takimi samymi panelami sterowania i wyświetlaczami funkcji sterowania. W związku z tym, że urządzenia będące przedmiotem zamówienia nie muszą być standardowe, wykonawca (obecny przystępujący) zadeklarował w swojej ofercie dostawę urządzeń spełniającą wymagania zamawiającego i skutkujących przyznaniem 10 punktów w kryterium jakości.

Odwołujący wskazał dowody 1 i 2 na wyposażenie oferowanych urządzeń w różne panele sterowania i wyświetlacze funkcji, a zwłaszcza o mniejszych wymiarach niż wymagane przez zamawiającego. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiane urządzenia nie będą standardowe, ale będą mogły być wykonywane przez producenta na specjalne zamówienie, niejako »szyte na miarę« czy »skastomizowane«, a więc dostosowane do wymagań klienta. Wtedy odpowiednie panele czy nawet oprogramowanie może być dostosowane do zaspokojenia szczególnych wymagań odbiorcy. Z doświadczenia życiowego wiadomo, że nawet najwięksi producenci są zdolni dla poszczególnych pojedynczych klientów wytwarzać urządzenia posiadające indywidualne cechy. Dlatego nie może dziwić, że producent urządzeń czy wytwórca oprogramowania – mimo ogólnych anonsów zamieszczanych w Internecie – wyprodukuje przedmiot o specyficznych, innych cechach, niż podane jako standardy. Także symbole alfanumeryczne nawet umieszczone na produkcie mogą nie wykazywać właściwości, których by można oczekiwać biorąc pod uwagę poszczególne litery czy cyfry zamieszczone w nazwie danego modelu urządzenia.

Dodatkowo Izba podkreśla, że zamawiający nie wymagał w SIWZ załączenia przez wykonawcę jakichś dowodów do oświadczeń zawartych w ofercie, że oferowane przedmioty będą posiadały jakieś szczególne wyposażenie. Dlatego zamawiający może opierać się na samych deklaracjach wykonawcy zawartych w ofercie.

Odnosnie zarzutu braku możliwości poprawienia oczywistej omyłki w ofercie obecnego przystępującego Izba musi stwierdzić, że to sam zamawiający dokonuje poprawy oczywistej omyłki, co wynika z art. 87 ust. 2 wstęp do wyliczenia Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...]«. I z tego względu to sam zamawiający zauważa omyłki, klasyfikuje je i informuje o ich poprawie co wynika z art. 87 ust. 2 in fine Pzp. Przepis ten brzmi »[Zamawiający poprawia w ofercie omyłki – przypisek Izby] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie uznał za oczywistą omyłkę błędnego podania symboli nazwy oferowanego urządzenia, gdyż i tak spełniało ono wymagania zamawiającego, co ze względu na oświadczenie wykonawcy odnośnie funkcjonalności oferowanego przedmiotu zamówienia nie może budzić wątpliwości.

W rozpoznaniu odwołania ważne są dowody 3 i 4 czyli oświadczenia producenta i wykonawcy oprogramowania, że są w stanie na konkretne zamówienie dostarczyć wskazane przedmioty. Także dowód nr 5 karty katalogowe produktów wykazują, wykonawca może zaoferować i finalnie dostarczyć przedmioty wyspecyfikowane przez zamawiającego.

Nie można także zlekceważyć znaczenia w SIWZ § 9 wzoru umowy, na którego podstawie wykonawca może dokonywać zmian w dostarczanych przedmiotach zamówienia w czasie 4 lat, na które umowa zostaje zawarta. W ekstremalnych sytuacjach taka zmiana może nastąpić nawet na początku okresu obowiązywania umowy.

Z tych względów Izba nie może przychylić się do zarzutów odwołania i Izba musi oddalić odwołanie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę i uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 867 zł i 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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 i z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: