

Sygn. akt: KIO 1248/18

WYROK
z dnia 11 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Jan Kuzawiński
Jolanta Markowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionce** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdyni,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – **Gminie Miasta Gdyni** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy AXEL COMPUTER Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz oferty wykonawcy KOMA NORD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Gminę Miasta Gdyni** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionce** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego – **Gminy Miasta Gdyni** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionce** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Gdyni [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania dla szkół zawodowych* (znak postępowania: SI.271.15.2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2018 r. pod numerem 2018/S 054-118968.

W dniu 25 czerwca 2018 r. wykonawca OPTeam S.A. z siedzibą w Jasionce [dalej „Odwołujący” lub „OPTeam”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 84 ust. 1 a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Axel Computer Sp. z o.o. [dalej „Axel”];
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Koma Nord Sp. z o.o. [dalej „Koma Nord”];
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania;
2. odrzucenia oferty wykonawcy Axel z postępowania z powodów opisanych w odwołaniu;
3. odrzucenia oferty wykonawcy Koma Nord z postępowania z powodów opisanych w odwołaniu;
4. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem przyjętych dla oceny kryteriów oceny ofert, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do oferty wykonawcy Axel, poz. 1.9 formularza cenowego – zestaw interaktywny Odwołujący wskazał, iż jak wynika z treści oferty złożonej przez ww. wykonawcę

w skład zestawu wchodzi: projektor, tablica interaktywna i głośniki. Zaoferowany przez Axel projektor Vivitek DH559ST nie spełnia wymogów SIWZ w punkcie „odległość od ekranu”. Zamawiający wymagał w załączniku nr 5 do SIWZ - szczegółowy opis przedmiotu

zamówienia zaoferowania projektora, którego jednym z parametrów jest odległość od ekranu mieszcząca się w przedziale 0,66 - 0,83 m. Odwołujący przywołał treść pytania wykonawcy dotyczącego ww. pozycji wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2018 r. Zdaniem Odwołującego, z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, iż Zamawiający oczekiwał zaoferowania projektora, który w odległości 0,66 - 0,83 m od tablicy pokryje obrazem całą jej powierzchnię. Następnie Odwołujący wskazał, iż wykonawca zaferował tablicę interaktywną myBoard Silver 90 Full HD, której przekątna wynosi 90 cali. Z publicznie dostępnej instrukcji obsługi dla projektora Vivitek DH559ST dostępnej pod linkiem (strona 58) <http://www.vivitek.pl/Files/UserManual/V1%20Vivitek%20DH559ST%20UM-%20Polish%2020160401.pdf> ustalić można, że projektor pokryje obrazem tablicę o przekątnej 90" dopiero w zakresie odległości od 137,6 cm do 151,3 cm. Natomiast w przedziale odległości podanym przez Zamawiającego w SIWZ tj.: 0,66 - 0,83m, projektor ten pokryje obrazem jedynie niewielki fragment zaferowanej tablicy 90" (obraz będzie znacznie mniejszy), co bezspornie nie wypełnia oczekiwań funkcjonalnych Zamawiającego - jest to parametr gorszy, przekładający się wprost na niższą cenę urządzenia.

W zakresie poz. 1.17 szafa rack formularza cenowego Odwołujący podniósł, że zaferowana przez wykonawcę Axel szafa rack Linkbasic 19" 42U 600 x 800 mm nie spełnia wymogów SIWZ w punkcie „wielkość”. Zgodnie z Formularzem cenowym złożonym wraz z ofertą wykonawca Axel zaferował następujące szafy o wskazanych poniżej parametrach: Linkbasic szafa stojąca rack 19" 42U 600 x 800 mm szara (drzwi przednie szklane) i listwa zasilająca. Odwołujący przywołał treść postanowień załącznika nr 5 do SIWZ poz. 1.17, z których wynika, że Zamawiający żądał zaferowania szafy rack o wymiarach 600 x 1000, natomiast w treści oferty wykonawca Axel zaferował szafę rack o wymiarach 600 x 800 mm. Podkreślał, że w piśmie datowanym na dzień 11 czerwca br. wykonawca Axel zawarł własne sprostowanie rzekomego błędu literowego. Tymczasem Zamawiający po pierwsze nie zwracał się do wykonawcy z wezwaniem w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp a nawet gdyby z takim wezwaniem zwrócił się, w wyniku wyjaśnień treści oferty nie mogłoby, na co wyraźnie wskazuje art. 87 ustawy Pzp dojść do jakiegokolwiek zmiany treści samej oferty. Ponadto ustawa Pzp zawiera zamknięty katalog podstaw prawnych do dokonywania poprawienia omyłek, jedną z nich ustawa nazywa omyłką oczywistą pisarską, na taką wskazuje treść pisma samego wykonawcy. Następnie Odwołujący przywołał fragment opinii Prezesa UZP pt. „Omyłki i błędy w ofertach wykonawców – analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej” wskazując, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy obydwa wymiary szaf wskazanego producenta istnieją, ale tylko jeden z nich spełnia wymagania SIWZ – bez wątpliwości nie spełnia ich produkt zaferowany

przez wykonawcę Axel. Odwołujący wskazał, iż omyłka nie ma charakteru pisarskiego jak twierdzi wykonawca a już z pewnością nie ma znamion oczywistej - gdyby tak było Zamawiający winien zarówno samodzielnie zidentyfikować taką omyłkę a po drugie samodzielnie ją poprawić. Dalej Odwołujący argumentował, iż zmiana treści oferty na jaką zezwolił Zamawiający wskutek uwzględnienia „sprostowania” przez samego wykonawcę jest niezgodna tak z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności także nie można byłoby dokonać w ocenie Odwołującego poprawienia powyższej niezgodności na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - pomijając nawet odrębną procedurą inicjowaną przez samego Zamawiającego, treść oferty wykonawcy nie zawiera jakichkolwiek wskazówek, że zaoferowane szafy mają zgodne z SIWZ wymiary, zwłaszcza, że podane w ofercie są dostępne w sprzedaży na rynku. Odwołujący przywołał również treść pisma wykonawcy Axel z dnia 11 czerwca 2018 r.

W zakresie pozycji 1.21 formularza cenowego Odwołujący wskazał, iż zaoferowany przez wykonawcę Axel projektor Optoma EH345 nie spełnia zapisu o krótkoogniskowym obiektywie. Odwołujący przywołał treść poz. 1.21 załącznika nr 5 do SIWZ, pytania wykonawcy dotyczącego ww. pozycji wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2018 r., jak również treść zmiany postanowień SIWZ w zakresie ww. pozycji z dnia 20 kwietnia 2018 r. Odwołujący podniósł, że w zakresie występujących na rynku projektorów można wyróżnić w szczególności następujące urządzenia: 1) projektory z lampą o długiej ogniskowej wymagają zachowania dużej odległości między urządzeniem, a ekranem lub ścianą, 2) projektory krótkoogniskowe redukują ten problem i pozwalają na zastosowanie tego rozwiązania nawet w niewielkich pomieszczeniach. W urządzeniach krótkoogniskowych odległość pomiędzy projektorem, a miejscem wyświetlania obrazu wynosi 1-1,5 m. Odwołujący podniósł, że zaoferowany przez wykonawcę Axel projektor Optoma EH345 nie jest projektorem z lampą o krótkiej ogniskowej, ale projektorem standardowym o długiej ogniskowej. Sam producent tego urządzenia (posiadający w swojej ofercie inne projektory o krótkiej ogniskowej <https://www.optoma.pl/allprojectors?CATEGORY=Short%2QThrow>) nie klasyfikuje tego urządzenia jako projektora krótkoogniskowego. Nadto wskazał, iż projektor z lampą o krótkiej ogniskowej jest znacznie droższy od standardowego projektora o długiej ogniskowej - potrafi m.in. wygenerować obraz o przekątnej 80 cali z odległości około 1 m, natomiast dla projektora z lampą o długiej ogniskowej odległość ta wynosi od 2 do 2,7 m. Bezspornie więc zaoferowany projektor nie wypełnia oczekiwań funkcjonalnych Zamawiającego - z punktu widzenia wymagań SIWZ jest urządzeniem o parametrach gorszych, co przekłada się wprost na niższą cenę.

W przedmiocie poz. 1.32 formularza cenowego – oprogramowanie MS Office dla Edukacji lub równoważne Odwołujący podniósł, że zaoferowany przez wykonawcę Axel pakiet Microsoft Office Standard dla komputerów MAC (co wprost i bezpośrednio wynika z

samej treści oferty wykonawcy) nie posiada możliwości tworzenia relacyjnych baz danych. Odwołujący przywołał fragment oferty wykonawcy Axel oraz wymagania Zamawiającego określone dla ww. produktu w załączniku nr 5 do SIWZ. Nadto Odwołujący wskazał, iż do tworzenia relacyjnych baz danych służy oprogramowanie Microsoft Access, które jest elementem składowym znacznie droższego i rozbudowanego funkcjonalnie pakietu biurowego Microsoft Office Professional Plus 2016 a nie Microsoft Office Standard 2016 dla komputerów MAC. Wskazał, iż powyższe potwierdzają informacje dotyczące pakietów udostępniane na stronie internetowej producenta zaoferowanego oprogramowania firmy Microsoft (porównanie produktów Microsoft Office) pod linkiem <https://products.office.com/pl-pl/business/microsoft-office-volume-licensing-suites-comparison>. Ponadto Odwołujący podniósł, że z udostępnionej Odwołującemu korespondencji Zamawiającego z wykonawcą, już po złożeniu ofert, wykonawca Axel znów samodzielnie stwierdził, że zaoferował pakiet biurowy dla komputerów typu MAC i pismem z dnia 23 maja 2018 r. dokonał sprostowania (w istocie kolejnej zmiany treści oferty) twierdząc, iż tak naprawdę oferuje pakiet Microsoft Office Standard w wersji dla komputerów PC z systemem Windows. Odwołujący nadmienił, iż Microsoft Office Standard w wersji dla Windows podobnie jak w wersji dla komputerów MAC również nie zawiera wymaganego oprogramowania do tworzenia relacyjnych baz danych (Microsoft Access). Zdaniem Odwołującego to decyzją wykonawcy wraz ze wszystkimi konsekwencjami było zaoferowanie i wycena w ofercie konkretnego produktu, która to decyzja nie może być swobodnie modyfikowana po terminie składania ofert. Odwołujący przywołał treść pisma wykonawcy Axel z dnia 23 maja 2018 r. Podkreślał, że wyceny dokonuje się nie w dystrybucji, ale w treści oferty i to wykonawca zarówno oferuje konkretny produkt, jak i dokonuje jego samodzielnej wyceny. Treść oferty wykonawcy wskazuje na określony produkt, produkt co ważne także istniejący w sprzedaży. Odwołujący argumentował, iż wykonawca usiłuje zmanipulować decyzję Zamawiającego tłumacząc powód swojego błędu jako spowodowany okolicznością, że Pakiet Office dla komputerów MAC i dla komputerów z Windows występują pod tym samym indeksem. W ocenie Odwołującego informacja powyższa jest nieprawdziwa, czemu dowodzi zaprezentowane poniżej zestawienie indeksów produktowych w dystrybucji dla poszczególnych licencji na pakiet biurowy Microsoft: OfficeMacStd 2016 SNGL OLP NL Acdmc – 3YF-00517, OfficeStd 2016 SNGL OLP NL Acdmc – 021-10539 oraz OfficeProPlus 2016 SNGL OLP NL Acdmc – 79P-05537. Odwołujący wskazał, iż z powyższego zestawienia nie da się uznać, że indeksy 3YF-00517 i 021-10539 są takie same, jak twierdzi wykonawca w piśmie z dnia 23 maja 2018 r. Powyższe zdaniem Odwołującego nie zmienia faktu, iż pakiet w wersji Standard, czy to dla komputerów MAC, czy też dla komputerów z Windows, nie umożliwia tworzenia relacyjnych baz danych z uwagi na fakt, iż nie posiada programu Microsoft Access.

Przechodząc do pozycji 1.38 formularza cenowego – ekran projekcyjny opuszczany

Odwołujący wskazał, iż wykonawca Axel w ofercie zaoferował ekran projekcyjny, który nie spełnia wymagań SIWZ w punkcie - sterowanie. Wykonawca zaoferował ekran Kraftmann ProfiScreen 84", który to ekran nie jest ekranem sterowanym eklektycznie, tylko jest opuszczany lub zwijany ręcznie. Odwołujący zauważył, że po otwarciu ofert wykonawca znów stwierdził, że zaoferowany przedmiot świadczenia nie spełnia wymagań Zamawiającego i w dniu 11 czerwca br. wysłał do Zamawiającego sprostowanie rzekomej „omyłki pisarskiej” i dokonał zmiany oferty informując, że faktycznie oferuje ekran z serii RoyalSceen. Odwołujący przywołał treść pisma wykonawcy Axel z dnia 11 czerwca 2018 r., jak również treść punktu 1.38 załącznika nr 5 do SIWZ. Dalej Odwołujący wskazał, że wykonawca Axel znów jak w przypadku szaf rack uznaje, że nastąpił błąd literowy i że wynika on z modyfikacji SIWZ i różnych wersji oferty do tego postępowania. Odwołujący podkreślił, że obydwa produkty zarówno ProfiScreen jak i RoyalScreen producenta Kraftmann istnieją i są dostępne tak w ofercie tego producenta jak i w sprzedaży, jednak wyceniony i będący przedmiotem oferty ekran nie spełnia wymagań SIWZ. Dodatkowo wskazał, że wymaganie Zamawiającego odnośnie kwestionowanej pozycji co do sposobu przesuwu ekranu było niezmiennie w trakcie całego postępowania zatem nie można mówić, uzasadniając niezgodność oferty z SIWZ, że ma ona swoje źródło w rzekomych modyfikacjach opisu przedmiotu zamówienia dla tej pozycji.

Odnosząc się do poz. 1.40 formularza cenowego dotyczącego drukarki 3D Odwołujący podniósł, że zaoferowana przez wykonawcę Axel drukarka 3D Craftunique Craftbot XL (Gray) posiada tylko jedną głowicę drukującą a nie jak wymagał Zamawiający - dwie głowice. Odwołujący przywołał brzmienie punktu 1.40 załącznika nr 5 do SIWZ. Argumentował, iż oficjalna dokumentacja producenta nie zawiera informacji na temat głowic w liczbie większej niż jedna głowica, natomiast dystrybutorzy tego rozwiązania: <http://3dmaster.com.tr/en/urunler/craftbot-xl-3d-printer-grav/> potwierdzają, że drukarka posiada tylko i wyłącznie jedną głowicę. Podkreślał, iż liczba głowic, oprócz cech funkcjonalnych, przekłada się wprost na cenę urządzenia - większa liczba głowic, wyższa cena urządzenia.

Przechodząc do zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Koma Nord Odwołujący w zakresie pozycji 1.1 – 1.5 formularza cenowego wskazał, iż Zamawiający wymagał w SIWZ, aby wykonawcy w składanym wraz z ofertą Formularzu cenowym, podawali w osobnej kolumnie marki oferowanego sprzętu i w osobnej kolumnie model sprzętu lub nazwy oprogramowania. Wykonawca Koma Nord dla produktów w punktach 1.1 do 1.5 Formularza podał markę oferowanych patchcordów, natomiast w kolumnie gdzie należało wpisać model sprzętu podał informację nieidentyfikującą oferty jako „zestaw wg SIWZ”. W ocenie Odwołującego taki sposób identyfikacji oferowanego produktu nie spełnia wymagań jakie

Zamawiający zawarł w instrukcji wypełniania Formularza cenowego. Wymaganie Zamawiającego nie sprowadzało się do określenia produktu jako zgodnego z SIWZ, ale takiego jego dookreślenia, aby zarówno możliwym było ustalenie co konkretnie jest przedmiotem oferty, jak również aby Zamawiający mając takie dane był w stanie zweryfikować czy produkt zaoferowany spełnia wymagania postawione wobec niego w SIWZ- nie można zatem uznać, że był pozbawiony znaczenia czy też miał czysto informacyjny charakter. Odwołujący wskazał, że Koma Nord nie określił w ofercie modeli oferowanych patchcordów, a producent Loglink produkuje wiele ich różnych modeli i rodzajów. Odwołujący przywołał właściwy fragment z oferty wykonawcy Koma Nord. Podsumowując wskazał, iż oferta wykonawcy Koma Nord jest niezgodna z SIWZ a wprowadzenie danych identyfikujących konkretne zaoferowane patchcody powodowałoby niedopuszczalną zmianę treści oferty po upływie terminu jej składania.

W przedmiocie poz.1.9 formularza cenowego – zestaw interaktywny Odwołujący wskazał, iż zaoferowany przez Koma Nord projektor ViewSonic PJD7828HDL nie spełnia wymogów SIWZ w punkcie „odległość od ekranu”. Odwołujący wskazał, iż ww. wykonawca zaoferował tablicę interaktywną Returnstar IT IRT 92 Ceramic, której przekątna wynosi 92 cale. Z instrukcji obsługi dla projektora ViewSonic PJD7828HDL dostępnej pod linkiem (strona19)<http://www.viewsonicglobal.com/public/productsdownload/userguide/projector/pjd7836hdl/polish.pdf?pass> ustalić można, że projektor pokryje obrazem tablicę o przekątnej 92" dopiero w zakresie odległości od 2,3 m do 3 m. Natomiast w przedziale odległości podanym przez Zamawiającego w SIWZ, tj.: 0,66 - 0,83 m, projektor ten pokryje obrazem jedynie niewielki fragment zaoferowanej tablicy 92" (obraz będzie znacznie mniejszy), co bezspornie nie wypełnia oczekiwań funkcjonalnych Zamawiającego - jest to parametr gorszy, przekładający się wprost na niższą cenę urządzenia.

W zakresie poz. 1.9 formularza cenowego – zestaw interaktywny Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia w ww. punkcie były: projektor, tablica interaktywna i głośniki. Wykonawca Koma Nord w formularzu cenowym zaoferował zestaw interaktywny składający się jedynie z tablicy interaktywnej i projektora. Z formularza cenowego wynika, że ww. wykonawca nie zaoferował Zamawiającemu głośników, które powinny być częścią zestawu. Wskazał, iż w przypadku rozwiązania oferowanego przez Koma Nord głośniki są odrębnym, samodzielnym elementem niezbędnym do skompletowania zestawu. Nie stanowią elementu zintegrowanego tablicy ani projektora. Odwołujący przywołał właściwy fragment oferty wykonawcy Koma Nord.

Odnosząc się do poz. 1.10 formularza cenowego – zestaw interaktywny Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia w tym punkcie były: tablica interaktywna i głośniki. Wykonawca Koma Nord w formularzu cenowym zaoferował zestaw interaktywny składający się wyłącznie z tablicy interaktywnej. Z formularza cenowego wynika, że Koma Nord nie

zaoferowała Zamawiającemu głośników, które powinny być częścią zestawu. W przypadku rozwiązania zaoferowanego przez Koma Nord, głośniki są odrębnym, samodzielnym elementem niezbędnym do skompletowania zestawu. Nie stanowią one elementu zintegrowanego tablicy. Odwołujący przywołał odpowiedni fragment oferty wykonawcy Koma Nord.

Odnosząc się do poz. 1.21 formularza cenowego – projektor multimedialny Odwołujący wskazał, iż zaoferowany przez wykonawcę Koma Nord projektor ViewSonic PJD7828HDL nie spełnia wymagania SIWZ dotyczącego krótkoogniskowego obiektywu. Podniósł, że sam producent tego urządzenia (posiadający w swojej ofercie inne projektory o krótkiej ogniskowej <http://www.viewsonic.pl/index.php?site=oferta&kategoria=51>) nie klasyfikuje tego urządzenia jako projektora krótkoogniskowego. Odwołujący argumentował, iż projektor z lampą o krótkiej ogniskowej jest znacznie droższy od standardowego projektora o długiej ogniskowej - potrafi m.in. wygenerować obraz o przekątnej 80 cali z odległości około 1 m, natomiast dla projektora z lampą o długiej ogniskowej odległość ta wynosi od 2 do 2,7 m. Bezspornie więc zaoferowany projektor nie wypełnia oczekiwań funkcjonalnych Zamawiającego - z punktu widzenia wymagań SIWZ jest urządzeniem o parametrach gorszych, co przekłada się wprost na niższą cenę.

W przedmiocie poz. 1.32 formularza cenowego – oprogramowanie MS Office dla Edukacji lub równoważne Odwołujący wskazał, że zaoferowany przez Koma Nord pakiet Microsoft Office Standard nie posiada możliwości tworzenia relacyjnych baz danych z uwagi na fakt, iż nie posiada programu Microsoft Access.

W zakresie poz. 1.40 formularza cenowego – drukarka 3D Odwołujący podniósł, iż zaoferowana przez Koma Nord drukarka 3D Graften One M2 posiada obszar roboczy 165 x 165 x 200 mm natomiast Zamawiający oczekiwał, aby obszar roboczy był nie mniejszy niż 205 x 180 x 200 mm. Odwołujący przywołał brzmienie punktu 1.40 załącznika nr 5 do SIWZ. Następnie wskazał, iż ze specyfikacji technicznej zaoferowanego produktu dostępnej na stronie producenta <https://graften.com/product/graften-one-m2/> wynika jednoznacznie, że oferowana przez Koma Nord drukarka 3D Graften One-M2 posiada obszar roboczy 165 x 165 x 200 [mm]. Podsumowując podniósł, że powyższe oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 lipca 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na wniesienie odwołania po upływie terminu określonego w ustawie. W ocenie Zamawiającego ta ostatnia norma winna mieć zastosowanie do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, a nie przepis art. 182 ust. 1 ustawy Pzp. W zakresie ww. wniosku Zamawiający argumentował, że Odwołujący nie powinien zwlekać z odwołaniem do upływu 10 dni od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, która nastąpiła w dniu 13 czerwca 2018 r., lecz wobec braku informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy Axel, a także drugiego wykonawcy Koma Nord, zobowiązany był zainteresować się zaniechaniem tej czynności przez Zamawiającego, w szczególności wobec dalszych czynności Zamawiającego, które nie mogłyby być podejmowane wobec wykonawcy, który zostałby odrzucony. W ocenie Zamawiającego, informacje takie Odwołujący uzyskałby nie tylko w skutek kontaktu z Zamawiającym, choćby telefonicznego, lecz także z lektury protokołu postępowania, który zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp jest jawny i udostępniany w każdym momencie postępowania. Zamawiający wskazał, iż w treści punktu 13 protokołu postępowania widnieje informacja, iż do wykonawcy Axel wystosowano wezwanie do złożenia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, która to czynność może być dokonana wyłącznie wobec wykonawcy, który pozytywnie przeszedł fazę badania jego oferty pod kątem odrzucenia i był to najdalszy moment rozpoczęcia biegu terminu do złożenia odwołania opartego na zarzucie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na potwierdzenie ww. stanowiska Zamawiający przywołał poglądy judykatury (postanowienie KIO z dnia 23 sierpnia 2017 r. sygn. akt: KIO 1627/17 oraz postanowienie KIO z dnia 28 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1734/16), z których wynika, że przy badaniu terminu wniesienia odwołania uwzględnia się stopień staranności wykonawcy, którą winien był wykazać się poprzez podjęcie działań mających na celu ustalenie faktów mających dla niego istotne znaczenie. Nadto Zamawiający przywołał fragment uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. sygn. akt: III CZP 107/12, w której Sąd rozstrzygając o kwestii wzajemnych zależności pomiędzy przepisem art. 182 ust. 1 i art. 182 ust. 3 ustawy Pzp wyraził pogląd, że cyt.: „(...) *gdy zamawiający przed dniem uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjętych czynnościach lub dnia, w którym powinien był taką wiedzę uzyskać nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 p.z.p. Późniejsze przesłanie informacji zasadniczo nie będzie prowadziło do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 p.z.p. (...)*”.

Odnosząc się do ww. wniosku Zamawiającego Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy

czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zgodnie zaś z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Z kolei zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców m.in. o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Przed formalnym wyborem oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona w ramach wstępnego rankingu ofert w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp do złożenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów. Mając na uwadze okoliczność, że wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie są informowani przez Zamawiającego o czynności wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w ww. trybie, Izba stoi na stanowisku, że termin na wniesienie odwołania wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty winien być liczony od dnia, w którym Zamawiający poinformował wykonawców o tej czynności, nie zaś od dnia wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby czynność wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, nie przesądza, iż za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta wykonawcy, do którego takie wezwanie zostało wystosowane oraz że czynność badania i oceny ofert, ocenionego najwyżej wykonawcy, została zakończona.

Nadto Izba wskazuje, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający w celu potwierdzenia, że dostawy odpowiadały wymaganiom Zamawiającego żądał, w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, złożenia specyfikacji technicznych w zakresie niektórych zamawianych produktów. Powyższe dodatkowo potwierdza, iż etap badania i oceny ofert wykonawców w świetle przesłanek odrzucenia, nie zakończył się wraz z wezwaniem wykonawcy Axel skierowanym w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Skoro zatem wykonawca OPTeam wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Axel, która w ocenie Odwołującego winna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, a także wobec zaniechania odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ oferty wykonawcy znajdującego się na drugim miejscu w rankingu ofert, o których to czynnościach

Zamawiający poinformował wykonawców za pomocą środków komunikacji elektronicznej w dniu 13 czerwca 2018 r., to termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 25 czerwca 2018 r. (23 czerwca 2018 r. sobota).

Izba oceniła, że Odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 22 czerwca 2018 r. powiadomił wykonawców o odwołaniu wniesionym przez wykonawcę OPTeam. Tym samym termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał w dniu 25 czerwca 2018 r.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze uczestnika, wykonawcy Axel zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 25 czerwca 2018 r. po stronie Zamawiającego. Ustalono, iż zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pocztą elektroniczną, a zatem z uchybieniem formy, o której mowa w treści art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z ww. przepisem, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Nadto w dniu 28 czerwca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Axel do postępowania odwoławczego w formie pisemnej, które nie wywołało skutków prawnych z uwagi na niezachowanie określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp – 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z modyfikacjami oraz wyjaśnieniami treści SIWZ, oferty wykonawców Axel oraz Koma Nord, a także pisma Axel z dnia 23 maja 2018 r. oraz z dnia 11 czerwca 2018 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 lipca 2018 r.

Ponadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożone przez Odwołującego w toku rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu komputerowego i oprogramowania dla szkół zawodowych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, warunki gwarancji oraz miejsca dostawy zawierały załączniki: Załącznik nr 5 – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz Załącznik nr 4 – ogólne warunki umowy.

Zgodnie z punktem 12.1 SIWZ, wykonawca biorący udział w postępowaniu winien złożyć ofertę, której zawartość stanowiły wypełniony formularz ofertowy - o treści odpowiadającej załącznikowi: Załącznik nr 1 – formularz ofertowy oraz wypełniony formularz cenowy o treści odpowiadającej załącznikowi: Załącznik nr 2 – formularz cenowy. W załączniku nr 2 do SIWZ, w odniesieniu do każdej z 43 pozycji, Zamawiający wymagał podania przez wykonawców: 1) marki sprzętu/oprogramowania, 2) modelu sprzętu/wersji oprogramowania, 3) ceny jednostkowej brutto oraz 4) ceny łącznej brutto.

Przedmiotem punktów 1.1 – 1.5 załącznika nr 5 do SIWZ były zestawy patchcordów, które zgodnie z wymogami Zamawiającego miały być kategorii 6. W punkcie 1.9 załącznika nr 5 do SIWZ dotyczącym zestawu interaktywnego, na który składały się: 1) tablica, 2) rzutnik szerokokątny oraz 3) zestaw głośnikowy dedykowany, w odniesieniu do rzutnika szerokokątnego, Zamawiający dla parametru „odległość od ekranu” podał: 0,66 – 0,83 m. Przedmiotem poz. 1.10 załącznika nr 5 do SIWZ był zestaw interaktywny składający się z tablicy oraz zestawu głośnikowego dedykowanego. W punkcie 1.17 szafa rack Zamawiający dla parametru „wielkość” wskazał: 42U, 19”, 600 x 1000 mm. W punkcie 1.21 załącznika nr 5 do SIWZ – projektor multimedialny, Zamawiający w parametrze dotyczącym obiektywu wskazał „o krótkiej ogniskowej” (po modyfikacji SIWZ z dnia 20 kwietnia 2018 r.).

Zgodnie z punktem 1.32 załącznika nr 5 do SIWZ – oprogramowanie MS Office dla Edukacji lub równoważne Zamawiający wymagał, by ww. oprogramowanie posiadało pakiet aplikacji biurowych, umożliwiającą tworzenie dokumentów tekstowych, arkuszy kalkulacyjnych i prezentacji oraz relacyjnych baz danych zapisywanych w jednym pliku. Z kolei w pozycji 1.38 opisu przedmiotu zamówienia – ekran projekcyjny opuszczany, Zamawiający wymagał, by ww. ekran sterowany był bezprzewodowo przy użyciu pilota lub stacji sterującej montowanej na ścianie. W punkcie 1.40 załącznika nr 5 do SIWZ – drukarka 3D, w wymaganiu dotyczącym „ilości głowic” Zamawiający wskazał: dwie głowice wyposażone w dysze o średnicy 0,4 mm z możliwością zmiany na większe lub mniejsze. Przykładowa rozdzielczość warstwy przy zastosowaniu dysz o średnicy 0,2 mm: od 60 mikronów. Średnica filamentu 1,75 mm. Ponadto w zakresie parametru odnoszącego się do „maksymalnego obszaru roboczego” Zamawiający postawił wymóg: „nie mniejszy niż 205 x 180 x 200 mm”.

W wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 kwietnia 2018 r. Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie wykonawcy dotyczące poz. 1.9 zestaw interaktywny: „Czy Zamawiający dopuści do postępowania projektor krótkoogniskowy, którego parametr „odległość od ekranu” mieści się w zakresie 0,70 – 5 m? Tu chcemy zwrócić uwagę, że w specyfikacji projektora użytego w komplecie z tablicą interaktywną Zamawiający opisuje projektor szerokokątny podając parametr „odległość od ekranu” w zakresie od 0,66 do 0,83 m, który charakteryzuje projektor ultraogniskowy.”, wyjaśnił, że „Zamawiający oczekuje, że projektor z odległości zawartej w przedziale podanym w SIWZ będzie w stanie pokryć obrazem tablicę stanowiącą element zestawu.”

Ponadto w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 20 kwietnia 2018 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie dotyczące poz. 1.21 projektor multimedialny: „Specyfikacja wskazuje na projektor standardowy, nie krótkoogniskowy, natomiast Zamawiający w specyfikacji wymaga uchwytu do montażu ściennego. Uchwyt ścienny stosuje się do projektorów krótkoogniskowych, gdzie wymagany jest duży obraz z bliskiej odległości, natomiast do projektorów standardowych (długoogniskowych) stosuje się uchwyt sufitowy. Zastosowanie do projektora w specyfikacji uchwytu ściennego spowodowuje, że obraz będzie mały i nieostry. Czy w związku z powyższym Zamawiający zgodzi się na zmianę zapisu na uchwyt sufitowy.” wskazał, że „Zamawiającemu zależy na projektorze z obiektywem o krótkiej ogniskowej. Wymaganie dotyczące odległości zostanie zmienione.”

Pismem z dnia 23 maja 2018 r. zatytułowanym „Sprostowanie” wykonawca Axel poinformował Zamawiającego, że wycena oprogramowania MS Office dla Edukacji lub równoważna była wykonywana w dystrybucji, w której licencji typu Office standard dla Windowsa oraz Maca występują pod tym samym indeksem. Jednocześnie wykonawca poinformował, że zaoferowane oprogramowanie MS Office dla Edukacji lub równoważne jest w wersji na Windows.

Nadto pismem z dnia 11 czerwca 2018 r. zatytułowanym „Sprostowanie” wykonawca Axel poinformował Zamawiającego, że z powodu omyłki pisarskiej w punkcie 1.17 oraz 1.38 wkradł się błąd literowy. W punkcie 1.17 zamiast 600 x 800 mm, powinno być 600 x 1000 mm. Natomiast w punkcie 1.38 zamiast ProfiScreen, powinno być RoyalScreen. Wykonawca Axel wskazał, że pomyłki wynikają z wielu modyfikacji SIWZ oraz co za tym idzie, wielu różnych wersji oferty. Nadto wykonawca zamieścił w ww. piśmie prawidłowe brzmienie obydwu ww. punktów i poinformował, że podtrzymuje chęć dostarczenia sprzętu zgodnego z SIWZ.

W dniu 13 czerwca 2018 r. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą w postępowaniu ofertę wykonawcy Axel. Oferta wykonawcy Koma Nord uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert, a oferta Odwołującego na miejscu trzecim.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Axel oraz oferty wykonawcy Koma Nord, których treść nie odpowiadała treści SIWZ, w ocenie Izby, zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SIWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16).

Izba wskazuje, że z treści oferty wykonawcy w sposób jednoznaczny winien wynikać zakres zobowiązania wykonawcy tak co do oferowanego przedmiotu świadczenia, jak i sposobu jego wykonania oraz innych istotnych warunków określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie jest bowiem dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp doprecyzowywanie przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferowanego rozwiązania/produktu, czy też jego zmiana.

Mając na uwadze powyższe, przechodząc do oceny oferty wykonawcy Axel oraz oferty wykonawcy Koma Nord Izba wskazuje, że oferty ww. wykonawców podlegały odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ w zakresie sprzętu, o którym mowa w poz. 1.9 formularza cenowego, tj. zestawu interaktywnego, na który składała się tablica, rzutnik szerokokątny oraz zestaw głośnikowy dedykowany. W odniesieniu do rzutnika szerokokątnego jednym z wymogów Zamawiającego była „odległość od ekranu”, która winna mieścić się w przedziale 0,66 – 0,83 m. W zakresie ww. parametru Zamawiający, w wyjaśnieniach treści SIWZ doprecyzował, że oczekuje, iż projektor z odległości zawartej w przedziale podanym w SIWZ będzie w stanie pokryć obrazem tablicę stanowiącą element zestawu.

Wykonawca Axel w punkcie 1.9 formularza cenowego zaoferował tablicę interaktywną o przekątnej 90" oraz projektor Vivitek DH559ST, który w ocenie Odwołującego, jest w stanie pokryć obrazem tablicę o przekątnej 90" dopiero z odległości od 137,6 – 151,3 cm. Z kolei wykonawca Koma Nord w pozycji 1.9 formularza cenowego zaoferował tablicę interaktywną o przekątnej 92" oraz projektor ViewSonic PJD7828HDL, który w opinii Odwołującego, jest w stanie pokryć tablicę interaktywną o przekątnej 92" dopiero z odległości od 2,3 do 3 m. Nadto Odwołujący wskazywał, iż w przedziale podanym przez Zamawiającego, tj. 0,66 – 0,83 m, zaoferowane przez ww. wykonawców projektory pokryją obrazem niewielkie fragmenty tablic odpowiednio o przekątnej 90" i 92", co też bezspornie nie spełnia oczekiwań funkcjonalnych Zamawiającego.

Podnoszone przez Odwołującego ww. okoliczności mające przesądzać o niezgodności treści oferty wykonawcy Axel oraz oferty wykonawcy Koma Nord z treścią SIWZ w zakresie przedmiotowego produktu, Izba uznała za wykazane, w świetle złożonych przez Odwołującego dowodów odpowiednio w postaci instrukcji obsługi projektora Vivitek DH559ST oraz projektora ViewSonic PJD7828HDL oraz korespondencji elektronicznej prowadzonej z firmą Vidis będącą przedstawicielem na Polskę marki Vivitek oraz wyłącznym dystrybutorem na Polskę produktów ViewSonic, z których jednoznacznie wynika, iż oferowane przez Axel oraz Koma Nord projektory są w stanie pokryć odpowiednio tablicę o przekątnej 90" cali z odległości od 137,6 do 151,3 cm oraz tablicę o przekątnej 90" z odległości od 2,3 do 3 m. Powyższe oznacza, iż projektory oferowane przez ww. wykonawców nie spełniały wymogu Zamawiającego dotyczącego „odległości od ekranu”, tj. 0,66 – 0,83 m.

Oferty wykonawcy Axel oraz Koma Nord nie spełniały także wymogu Zamawiającego określonego w poz. 1.21 - projektor multimedialny dotyczącego obiektywu o krótkiej ogniskowej.

Zgodnie z wymogami Zamawiającego wynikającymi z SIWZ oferowany przez wykonawców projektor winien mieć obiektyw o krótkiej ogniskowej. Wykonawca Axel w poz. 1.21 formularza cenowego zaoferował projektor Optoma EH345 o współczynniku projekcji 1.13 – 1.47, a wykonawca Koma Nord w ww. pozycji zaoferował projektor ViewSonic PJD7828HDL o współczynniku projekcji 1.15 – 1.5. W ocenie Odwołującego zaoferowane przez ww. wykonawców projektory posiadają normalną, tj. długą ogniskową.

Izba, w świetle dowodów złożonych przez Odwołującego w toku rozprawy, uznała za wykazane twierdzenia wykonawcy OPTeam w ww. zakresie. Jak wynika bowiem z dokumentacji technicznej ww. projektorów, sami producenci przedmiotowych sprzętów nie zaklasyfikowali ww. urządzeń do projektorów królkoogniskowych. Powyższa okoliczność została potwierdzona również w korespondencji elektronicznej prowadzonej przez

Odwołującego z firmą Optoma oraz wyłącznym dystrybutorem na Polskę produktów ViewSonic – firmą Vidis, z których wynikało, iż projektory o współczynniku projekcji („throw ratio”) powyżej 1.1 posiadają standardowy rzut, tj. długą ogniskową.

Oferty obu wykonawców, tj. Axel oraz Koma Nord nie spełniały również wymogu Zamawiającego określonego dla pozycji 1.32 – oprogramowanie MS Office dla Edukacji lub równoważne w zakresie wymagania dotyczącego tworzenia relacyjnych baz danych.

W ww. pozycji wykonawca Axel zaoferował pakiet OfficeMacStd 2016 SNGL OLP NL Acdmc, a wykonawca Koma Nord pakiet Office 2016 STD EDU. Okolicznością bezsporną między Stronami był fakt, iż do tworzenia relacyjnych baz danych wymagane jest oprogramowanie Microsoft Access. Osią sporu była natomiast kwestia, czy w skład zaoferowanych przez ww. wykonawców pakietów MS Office wchodziło oprogramowanie Microsoft Access.

W ocenie Izby, w świetle złożonych przez Odwołującego dowodów, w tym w szczególności korespondencji elektronicznej prowadzonej z autoryzowanymi dystrybutorami licencji Microsoft, tj. firmą AB oraz ALSO wykonawca OPTeam wykazał, że aby spełnić wymóg Zamawiającego dotyczący tworzenia relacyjnych baz danych, wykonawcy obowiązani byli zaoferować pakiet MS Office Professional Plus 2016, który jako jedyny zawiera oprogramowanie Microsoft Access.

Tym samym oferty wykonawców Axel oraz Koma Nord, którzy zaoferowali pakiety MS Office niezawierające oprogramowania Microsoft Access, jako niespełniające wymogu Zamawiającego dotyczącego tworzenia relacyjnych baz danych, winny podlegać odrzuceniu jako niezgodne z treścią SIWZ. Wskazać również należy, iż z treści ofert ww. wykonawców nie wynikało, by oprócz oferowanych pakietów MS Office, wykonawcy oferowali Zamawiającemu oprogramowanie Microsoft Access w postaci odrębnej aplikacji.

Oferta wykonawcy Axel nie spełniała wymogów Zamawiającego określonych dla szafy rack – poz. 1.17 formularza cenowego w zakresie parametru „wielkość”: 42U, 19”, 600 x 1000 mm. Wykonawca Axel zaoferował stojącą szafę rack firmy Linkbasic 19”, 42 U, 600 x 800 mm. Izba wskazuje, iż porównanie treści oferty wykonawcy Axel w zakresie ww. sprzętu z wymogami Zamawiającego określonymi dla szafy rack (poz. 1.17) w treści załącznika nr 5 do SIWZ prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż zaoferowany przez wykonawcę Axel omawiany produkt nie odpowiadał wymiarom opisanym przez Zamawiającego w SIWZ.

Wykonawca Axel zaoferował Zamawiającemu niezgodny z treścią SIWZ ekran projekcyjny opuszczany - poz. 1.38 formularza cenowego w zakresie parametru „sterowanie”. Zgodnie z wymogami Zamawiającego ww. produkt miał być sterowany

bezprzewodowo przy użyciu pilota lub stacji sterującej montowanej na ścianie. Z kolei zaoferowany przez wykonawcę Axel w ofercie ekran projekcyjny producenta Kraftmann seria ProfiScreen 84" opuszczany jest manualnie. Powyższa okoliczność została potwierdzona złożonymi przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego dowodami, w postaci dokumentacji technicznej przedmiotowego ekranu projekcyjnego, jak również korespondencji elektronicznej prowadzonej z producentem sprzętu, który wprost przyznał, iż ekran projekcyjny Kraftmann Profiscreen 84" jest ekranem manualnym, a nie opuszczanym elektrycznie.

Oferta wykonawcy Axel podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ dotyczącą poz. 1.40 – drukarka 3D w zakresie parametru odnoszącego się do ilości głowic. Z treści SIWZ wynika, iż Zamawiający wymagał, by ww. sprzęt posiadał m.in. dwie głowice wyposażone w dysze o średnicy 0,4 mm z możliwością zmiany na większe lub mniejsze. Z kolei odwołujący się wykonawca wykazał, za pomocą złożonego w toku postępowania odwoławczego dowodu w postaci opisu technicznego drukarki dostępnego na stronie internetowej sprzedawcy drukarek 3D - firmy Komptech, że zaoferowana przez wykonawcę Axel drukarka 3D Craftbot XL (gray) wyposażona jest w jedną głowicę.

Izba w przedmiocie ww. zarzutu nie podzieliła argumentacji podnoszonej przez Zamawiającego, jakoby ww. postanowienie SIWZ było niejasne, zatem wszelkie wątpliwości winny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy oraz że możliwym było spełnienie przez wykonawcę ww. wymogu w dwojaki sposób, tj. poprzez zaoferowanie drukarki wyposażonej w dwie głowice, jak również drukarki posiadającej jedną głowicę, przy czym druga głowica stanowiłaby element dodatkowy. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że postawiony przez Zamawiającego wymóg posiadania dwóch głowic dotyczył drukarki 3D. Jeżeli intencją Zamawiającego było dopuszczenie obu ww. rozwiązań, to winny one znaleźć odzwierciedlenie w treści SIWZ stanowiącej podstawowy dokument postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Zamawiający daje wyraz swoim oczekiwaniom. Gdyby nawet przyjąć argumentację Zamawiającego, co do możliwych dwóch rozwiązań w ww. zakresie, której Izba nie podziela, to za Odwołującym zauważyć należy, iż z treści oferty wykonawcy Axel nie wynika, aby wykonawca zaoferował dodatkową głowicę.

Wykonawca Koma Nord, w pozycjach 1.1 – 1.5 formularza cenowego dotyczących zestawów patchcordów nie podał, wymaganego przez Zamawiającego w osobnej kolumnie, modelu oferowanych produktów, co stanowiło niezgodność treści oferty ww. wykonawcy z treścią SIWZ. Ww. wykonawca w treści załącznika nr 2 do SIWZ podał wyłącznie markę oferowanego sprzętu, tj. LOGLINK, a w kolumnie, w której Zamawiający wymagał podania

modelu sprzętu, wykonawca wskazał „zestaw wg SIWZ”. W ww. zakresie Izba podzieliła argumentację Odwołującego, który wskazywał, iż taki sposób identyfikacji oferowanych przez wykonawcę Koma Nord produktów nie spełniał wymogów Zamawiającego wynikających z treści specyfikacji. Słusznie bowiem zauważył Odwołujący, iż wymagania Zamawiającego sprowadzały się do takiego dookreślenia oferowanych produktów, który umożliwiłby Zamawiającemu ustalenie, co konkretnie było przedmiotem oferty, a następnie zweryfikowanie zgodności oferowanych przez wykonawców produktów z wymogami wynikającymi ze specyfikacji. Ponadto jak wykazał w toku postępowania odwoławczego Odwołujący, na rynku istnieją różne kategorie patchordów, a zatem podanie przez wykonawców modelu oferowanego produktu miało istotne znaczenie, bowiem umożliwiało Zamawiającemu sprawdzenia jego zgodności z wymogami SIWZ.

W świetle powyższego Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, jakoby żądanie podania przez wykonawców modelu poszczególnych zestawów patchordów na etapie składania ofert było zbędne. Podkreślić należy, iż Zamawiający związany jest postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których zmiana jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu składania ofert (arg. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp). Odstąpienie przez Zamawiającego od przyjętych w SIWZ wymogów adresowanych do wszystkich wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie danego zamówienia publicznego, na etapie badania i oceny ofert, jest niedopuszczalne w świetle ww. przepisu ustawy Pzp, jak również stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady przejrzystości wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Oferta wykonawcy Koma Nord była również niezgodna z treścią SIWZ w zakresie produktów, o których mowa w poz. 1.9 i 1.10 – zestaw interaktywny załącznika nr 5 do SIWZ z uwagi na okoliczność, iż ww. wykonawca, jak wynika z formularza cenowego, nie zaoferował Zamawiającemu głośników będących częścią zestawów interaktywnych zamawianych w ramach ww. pozycji. Wykonawca Koma Nord w ramach pozycji 1.9 formularza cenowego zaoferował jedynie zestaw interaktywny składający się z tablicy interaktywnej oraz projektora. Z kolei w pozycji 1.10 formularza cenowego wykonawca zaoferował wyłącznie tablicę interaktywną. Z powyższego wynika zatem, iż oferta wykonawcy Koma Nord nie odpowiadała w pełni przedmiotowi zamówienia określonego w SIWZ w ten sposób, że nie zapewniała jego realizacji w całości.

Oferta wykonawcy Koma Nord była niezgodna z treścią SIWZ także w zakresie drukarki 3D (poz. 1.40 formularza cenowego) w przedmiocie parametru dotyczącego maksymalnego obszaru roboczego. Zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia

stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ maksymalny obszar roboczy ww. drukarki miał być nie mniejszy niż 205 x 180 x 200 mm. Z kolei, jak wynika z opisu technicznego drukarki Graften One M2 zaoferowanej przez wykonawcę Koma Nord dostępnego na stronie internetowej producenta drukarki, maksymalny obszar roboczy ww. drukarki wynosi 165 x 165 x 200 mm. Z powyższego zatem w sposób jednoznaczny wynika, iż zaoferowana przez wykonawcę Koma Nord drukarka 3D nie spełniała wymogu Zamawiającego w zakresie parametru – maksymalny obszar roboczy.

W ocenie Izby potwierdził się również podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 84 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, czynności dokonane przez wykonawcę Axel w pismach z dnia 23 maja 2018 r. oraz 11 czerwca 2018 r. należy zakwalifikować jako niedopuszczalną, po upływie terminu składania ofert, zmianę treści oferty oraz niedopuszczalne prowadzenie negocjacji z Zamawiającym w zakresie treści złożonej oferty. Jak wynika bowiem z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Z kolei w świetle 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 natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie;
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, iż wykonawca Axel, który pierwotnie w treści formularza cenowego w poz. 1.17 - szafa rack zaoferował szafę o wymiarach 600 x 800, a w poz. 1.38 - ekran projekcyjny opuszczany - produkt marki Kraftmann ProfiScreen 84", oświadczając następnie w piśmie z dnia 11 czerwca 2018 r., iż w ww. pozycjach „wkradł się błąd literowy”, gdyż w punkcie 1.17 winno być 600 x 1000 mm, a w punkcie 1.38 Kraftmann RoyalScreen 84", zmienił treść oferty w zakresie oferowanego przedmiotu świadczenia. Tożsama sytuacja miała miejsce w odniesieniu do zaoferowanego pierwotnie w pozycji 1.32 pakietu MS Office w wersji dla komputerów MAC, który pismem z dnia 23 maja 2018 r. wykonawca Axel zmienił na wersję dla komputerów PC z Windows.

Powyższych okoliczności, w ocenie Izby, w żadnej mierze nie można zakwalifikować jako omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż z oczywistą omyłką pisarską, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, będziemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy będzie ona dostrzegalna dla każdego, bez konieczności pogłębionych analiz, czy zwłaszcza bez konieczności udzielania jakichkolwiek wyjaśnień przez wykonawcę. Oznacza to, iż pod pojęciem „oczywistych omyłek pisarskich” mieszczą się jedynie takie niedokładności oferty, których poprawienie nie wywołuje zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy w sensie merytorycznym.

W przedmiotowej sprawie czytając treść oferty wykonawcy Axel w zakresie pozycji 1.17, 1.32 oraz 1.38 nie sposób dostrzec jakkolwiek omyłkę pisarską wymagającą poprawy Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ww. wykonawca w załączniku nr 2 do oferty zaoferował bowiem istniejące na rynku i dostępne produkty, uznając je za spełniające wymogi Zamawiającego, które jednak, jak wykazał w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wykonawca OPTeam, nie odpowiadały parametrom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkowało koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy Axel na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła również argumentacji Zamawiającego, jakoby w niniejszej sprawie wystąpiła inna omyłka polegająca na niezgodności oferty wykonawcy Axel ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty wykonawcy. Izba wskazuje, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba wskazuje, że przyjęcie ww. poglądu Zamawiającego stanowiłoby nic innego jak zmianę złożonego pierwotnie przez wykonawcę Axel oświadczenia woli co do oferowanego przedmiotu świadczenia w celu dostosowania treści oferty wykonawcy do wymogów wynikających z SIWZ, co wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego potwierdził się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Axel, która w świetle ww. okoliczności winna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. 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. z 2018 r. poz. 972 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....