

Sygn. akt KIO 2218/19

WYROK

z dnia 19 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 listopada 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 r. przez wykonawcę **MP Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminny Samodzielny Publiczny Zakład Lecznictwa Otwartego w Ożarowie Mazowieckim**

przy udziale wykonawcy **F. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą zabezpieczOBIEKT.pl F. L. z siedzibą w Sochaczewie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pozostawia bez rozpoznania.**
- 2. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MP Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MP Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2. zasądza od wykonawcy MP Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży na rzecz zamawiającego Gminnego Samodzielnego Publicznego Zakładu Lecznictwa Otwartego w Ożarowie Mazowieckim kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gminny Samodzielny Publiczny Zakład Lecznictwa Otwartego w Ożarowie Mazowieckim, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup wraz z dostawą i montażem systemu monitoringu wizyjnego CCTV dla (GSPZLO) Gminnego Samodzielnego Publicznego Zakładu Lecznictwa Otwartego w Ożarowie Mazowieckim*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 września 2019 r. pod numerem 601900-N-2019.

W dniu 4 listopada 2019 r. wykonawca MP Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skutkujący wyborem jako oferty najkorzystniejszej wykonawcy, którego oferta nie była najkorzystniejsza;
2. art. 87 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty, w sytuacji gdy w ocenie Zamawiającego zaistniała wątpliwość co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, bez uprzedniego zbadania, czy nie jest możliwym sanowanie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty, która zawierała rozwiązania równoważne do wymaganych przez Zamawiającego w treści SIWZ;
5. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie skierowania do MP Technology żądania wyjaśnień lub/i wykazania, że urządzenia oferowane przez MP Technology spełniają wymagania jakościowe określone we wzorcu stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ;
6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty zabezpieczOBIEKT.pl bez przeprowadzenia należytego badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających

odrzuconiu.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający podjął szereg czynności, które w jego ocenie naruszały zasadę konkurencyjności i równego traktowania. Począwszy od sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aż po odrzucenie ofert prawie wszystkich wykonawców, biorących udział w postępowaniu ze względu na niezgodność oferty z SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie przeprowadził analizy i oceny ofert oraz nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia niezgodności treści oferty z SIWZ, co spowodowało udzielenie zamówienia podmiotowi, którego oferta nie była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert. Zamawiający odrzucił 5 z 6 złożonych ofert. Żaden z wykonawców, których oferty zostały odrzucone nie został wezwany do udzielenia wyjaśnień. Co więcej, tak liczna niezgodność ofert z treścią SIWZ, złożonych przez profesjonalne podmioty, sugerować może niezgodne z zasadą konkurencyjności sformułowanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego nie podejmując jakichkolwiek działań mających na celu wyjaśnienie treści oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy, doszło do omyłki, która powstała ze względu na opcję autouzupełniania programu excel, w którym Odwołujący sporządzał ofertę. Niemniej tego typu omyłka mogła zaistnieć tylko i wyłącznie ze względu na fakt, iż Odwołujący jest podmiotem zajmującym się profesjonalnie instalacją monitoringu CCTV i sporządza zestawienia narzędzi niezbędnych do ich funkcjonowania w różnych konfiguracjach celem spełnienia oczekiwań różnych Zamawiających. Jest więc omyłką, która mogła zaistnieć ze względu na ograniczenia programów komputerowych, ale jednak omyłką, którą, nawet jeśli zaistniała, to dotyczyła monitoringu CCTV i zapewniała osiągnięcie celów oraz funkcjonalności Zamawiającego. Odwołujący bowiem jako podmiot profesjonalnie zajmujący się instalacją monitoringu oferuje podobne zestawy urządzeń. Omyłka mogła więc zostać wyjaśniona i poprawiona w trybie badania i oceny ofert. Konkretnie omyłka polegała na tym, że w wykazie sprzętu w ofercie Odwołującego wskazano urządzenia, które w nazwie posiadały inne oznaczenia.

W konsekwencji Zamawiający miał obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień. Dopiero w sytuacji, w której udzielone wyjaśnienia nie rozwiałyby wątpliwości Zamawiającego lub potwierdziły niezgodność oferowanej usługi z treścią SIWZ, Zamawiający miał prawo do odrzucenia oferty Odwołującego. Zaniechanie ze strony Zamawiającego w sposób istotny doprowadziło do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady równego dostępu do uzyskania zamówienia. Oferta sporządzona przez MP Technology nie mogła bowiem być uznana za niezgodną z SIWZ.

W ocenie Odwołującego, omyłka dotycząca wskazania innego modelu przełącznika

sieciowego oraz czytnika zbliżeniowego nie stanowi błędu, który mógłby spowodować istotną zmianę w treści oferty. Po pierwsze, MP Technology w kalkulacji ceny ofertowej uwzględniło cenę urządzeń właściwych, tj. spełniających wszystkie parametry wymagana przez Zamawiającego. Z uwagi na fakt, że urządzenia te są droższe od urządzeń błędnie wskazanych w treści oferty, należy uznać, że zmiana urządzeń nie spowoduje negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego, ani dla MP Technology. Kolejno pojęcie „istotnych zmian” należy odnosić do całości treści oferty, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonane na tle konkretnego stanu faktycznego. W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia był zakup wraz z dostawą i montażem systemu monitoringu wizyjnego CCTV. Kwota jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na 200 000 zł. Różnica wartości błędnie wskazanych urządzeń stanowi niecałe 10 % szacunkowej wartości zamówienia, gdyż wynosi ona 206,64 zł.

Abstrahując od omyłki popełnionej przez MP Technology, należy wskazać, że urządzenia błędnie wymienione w treści oferty, również, w ocenie Odwołującego, nie powinny spowodować odrzucenia oferty. W pkt 2.16.1 SIWZ Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne bez wskazania minimalnych parametrów technicznych jaki powinien spełniać sprzęt aby spełnić warunek równoważności. Odwołujący wskazał jedynie, że Wykonawca ma prawo do zaoferowania innych urządzeń pod warunkiem zapewnienia parametrów technicznych co najmniej identycznych z parametrami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że w kontekście „identyczności” należy rozumieć funkcjonalność, w przeciwnym wypadku należałoby uznać, że równoważność urządzeń miała charakter pozorny. W ocenie Odwołującego w przypadku zaoferowanych przez niego urządzeń warunek równoważności jest spełniony w odniesieniu do funkcjonalności urządzenia.

W konsekwencji Odwołujący nie mógł odrzucić oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że protokół Hi-PoE umożliwia zasilanie urządzeń, których zapotrzebowanie na moc wynosi 60W. Protokół POE natomiast umożliwia zasilanie urządzeń, których zapotrzebowanie na moc wynosi 30W. Zamawiający nie wskazał jednakże, w jaki sposób wpływa to na możliwość wykonania zamówienia przez MP Technology, czy też powoduje, że parametry urządzenia oferowanego przez Odwołującego są gorszej jakości, w kontekście działania całego systemu, niż wymagane.

W treści Specyfikacji Technicznej, wobec każdego z budynków objętych zamówieniem, zostało wskazane, że system CCTV powinien być wyposażony w 24 portowe przełączniki sieciowe POE umożliwiające jednoczesne zasilanie kamer. Jednakże, w ocenie Odwołującego

wymaganie to nie jest równoważnie z koniecznością zasilania kamer poprzez technologię Poe, Poe+ czy Hi-Poe. Z treści Specyfikacji Technicznej wynika, że kamery mogą być np. zasilone zwykłym zasilaczem, a przełącznik sieciowy może służyć jedynie jako urządzenie sumujące sygnał i przekazujące do rejestratora. Kolejno, Zamawiający wskazał, że oczekuje dostarczenia kamer, które mają maksymalną moc dostarczaną przez urządzenie zasilające na poziomie 30 W. Jednocześnie Zamawiający wymagał przełącznika sieciowego 24 portowego, który może obsłużyć urządzenia o maksymalnej mocy na poziomie 60W, a zatem o mocy maksymalnej większej niż urządzenia, do których jest przeznaczony.

Jako wymóg wobec przełącznika sieciowego 24-portowego Zamawiający wskazał — „obsługiwane protokoły i standardy: IEEE802.3af, IEEE802.3at, Hi-P0E, TCP/IP”. W ocenie Odwołującego z tak sformułowanego zapisu, nie można wywnioskować, że Zamawiający wymagał obsługiwania wszystkich wymienionych protokołów i standardów. Zaproponowany przełącznik sieciowy ma moc 360 W, co oznacza, że ma większą moc i jest wydajniejszy, niż model, który błędnie nie zostały wpisany do oferty. Zatem, choć nieprawidłowo wpisany przez Odwołującego model nie spełniał wymagań określonych w SIWZ, to de facto, z perspektywy celu jakiego ma służyć, stanowi on rozwiązanie korzystniejsze dla Zamawiającego.

Odnosząc się do czytnika zbliżeniowego, Zamawiający wskazał, że w swoich wymaganiach określił, że pobór mocy powinien wynosić 100mA. Parametr poboru mocy na poziomie 200mA jest parametrem gorszym, ponieważ pobiera większą ilość energii. W ocenie Odwołującego wskazana niezgodność urządzeń również nie może powodować a priori konieczności odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Należy bowiem zauważyć, że roczny koszt zużycia prądu dla czytnika oczekiwanego przez Zamawiającego to 5,89 zł, a koszt dla wskazanego omyłkowo przez MP Technology to 11,79 zł przy założeniu, że oba będą korzystały z zasilania 12V oraz przy maksymalnym obciążeniu. Różnica ta, jest śladowa, zwłaszcza w kontekście szacunkowej wartości zamówienia, która wynosi 200 000 zł.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca F. L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą zabezpieczOBIEKT.pl F. L. z siedzibą w Sochaczewie, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i podnosząc, że sugerowana przez Odwołującego możliwość poprawy rzekomych omyłek prowadziłaby w sposób istotny do zmiany treści oferty — zmiany modelu urządzeń, będących składowym elementem dostawy (monitoringu). Ponadto, sugerowana przez Odwołującego „poprawa” nie mogła nastąpić w jeden oczywisty sposób. To wykonawca miał dokonać ukompletowania dostawy o modele urządzeń wchodzących w skład systemu monitoringu i wskazanie ich producentów oraz podstawowe parametry. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności . Zamawiający sam z

siebie nie mógł bowiem wiedzieć, jakie zgodne z SIWZ odmienne urządzenia od zaoferowanych mógłby dostarczyć Odwołujący, aby pozostawać w zgodności z SIWZ i swoimi możliwościami dostawy (okoliczność bezsporna). W ofercie Odwołującego wystąpiły istotne niezgodności treści oferty z SIWZ. Zostały one zidentyfikowane przez Zamawiającego i zweryfikowane u producenta urządzeń, co doprowadziło do jednoznacznych wniosków, że urządzenia (przełącznik sieciowy, czytnik zbliżeniowy) nie spełniają jego wymogów.

Pismem z dnia 14 listopada 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie w zakresie zarzutów rozpoznawanych przez Izbę.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców, oferty Odwołującego, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, pismach procesowych Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 listopada 2019 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z kart katalogowych sprzętu zaoferowanego przez Przystępującego oraz dowodu z okazania na monitorze ekranu telefonu ww. sprzętu przez pełnomocnika Przystępującego. Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Nadto, dowód nr 1 złożony przez Odwołującego, tj. opracowanie własne dotyczące wykazu sprzętu, jaki miał być złożony wraz z ofertą Odwołującego, Izba uznała jako stanowisko własne Odwołującego, niewynikające ze złożonej oferty.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt 2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, przedmiotem zamówienia jest usługa zakupu wraz z dostawą i montażem systemu monitoringu wizyjnego CCTV dla (GSPZLO) Gminnego Samodzielnego Publicznego Zakładu Lecznictwa Otwartego w Ożarowie Mazowieckim. W pkt 2.16.1 SIWZ Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne wskazując, że *Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający*

odnosi się do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy Pzp, to dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Wymienione w jakiegokolwiek części opisu przedmiotu zamówienia (załącznik Nr 1 do SIWZ): nazwy własne, marki urządzeń nie są obligatoryjne dla wykonawców. Wykonawca ma prawo do zaoferowania innych urządzeń pod warunkiem zapewnienia parametrów technicznych co najmniej identycznych z parametrami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Jeżeli zał. Nr 1 do SIWZ wskazywałyby w odniesieniu do niektórych urządzeń znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty konkretnego wykonawcy, w tym w szczególności podane zostały - nazwa własna urządzenia, numer katalogowy lub producent, należy to traktować jako rozwiązanie przykładowe, określające standardy, wygląd oraz wymagania techniczne. Wszelkie urządzenia pochodzące od konkretnych producentów, określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać urządzenia, aby spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego i stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia, nie mają na celu uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Tak zastosowane zapisy mogą być tylko w sytuacjach, gdy zamawiający nie był w stanie opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń w tych wypadkach należy zawsze przyjąć sformułowanie – „lub równoważny”

Zastosowane przez Wykonawcę urządzenia, muszą być co najmniej:

- o tej samej wytrzymałości i trwałości, o tym samym poziomie estetyki (wyroby),*
- o parametrach technicznych opisanych w dokumentacji przetargowej,*
- spełniać: te same funkcje, wymagania bezpieczeństwa i jakości,*
- posiadać stosowne dokumenty dopuszczające do użytkowania (certyfikaty, deklaracje zgodności).*

Wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że proponowane urządzenie jest równoważne, przedstawiając np. wszelkie dokumenty, obliczenia, opinie etc. potwierdzające równoważność.

Izba ustaliła, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymagał, aby przełącznik sieciowy 24-portowy obsługiwał protokoły i standardy: IEEE802.3af, IEEE802.3at, Hi-PoE, TCP/IP, a czytnik zbliżeniowy posiadał maksymalny pobór mocy 100mA.

Zamawiający w pkt 8.1 lit. g) SIWZ wymagał załączenia do oferty wykazu - opisu oferowanych parametrów urządzeń wchodzących w skład systemu monitoringu wizyjnego CCTV, sporządzonego na podstawie wymagań Zamawiającego, określonych w zał. Nr 1 do

SIWZ — w OPZ opisie przedmiotu zamówienia. *Wykaz powinien zawierać w szczególności: nazwę urządzenia/producenta/typ ewentualnie model /podstawowe parametry.*

W postępowaniu złożono m.in. ofertę Odwołującego, który zadeklarował za realizację zamówienia cenę 180 810,00 zł. Przystępujący zaoferował cenę 198 645,00 zł. W kryterium pozacenowym ww. wykonawcy zaproponowali odpowiednio 60 i 30 miesięcy gwarancji.

Odwołujący w wykazie sprzętu (str. 12 oferty) wskazał m.in.: SWITCH POE DAHUA PFS4428-24GT-370 24-PORTOWY +SFP, CZYTNIK ZBLIŻENIOWY Z KLAWIATURĄ ASI1201 E DAHUA.

Dnia 29 października 2019 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy MP Technology Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że podane urządzenia producenta Dahua nie spełniają wymagań Zamawiającego. Zamawiający podnosił, że *zgodnie z ogólnie dostępnymi informacjami pozyskanymi ze strony internetowej producenta tj. <http://pl.dahuasecurity.com>, nie wpisują się w pełni w wymagania Zamawiającego. W swojej ofercie Wykonawca jako przełącznik sieciowy wskazał model PFS4428-24GT-370, dla którego na przytoczonej stronie internetowej znajdują dane techniczne, z których wynika, że przełącznik nie wspiera protokołu Hi-PoE tylko POE. Zamawiający wymagał aby przełącznik obsługiwał protokoły Hi-POE. Protokół Hi-PoE umożliwia zasilanie urządzeń, których zapotrzebowanie na moc wynosi 60W. Protokół POE natomiast umożliwia zasilanie urządzeń, których zapotrzebowanie na moc wynosi 30W. Dodatkowo zwracamy uwagę, iż w Państwa ofercie wyspecyfikowaliście czytnik zbliżeniowy z klawiaturą model ASI1201E, którego zgodnie z informacjami pozyskanymi z ww. strony internetowej, pobór mocy wynosi 200mA. Zamawiający w swoich wymaganiach określił, że pobór mocy powinien wynosić 100mA. Parametr poboru mocy na poziomie 200mA jest parametrem gorszym, ponieważ pobiera większą ilość energii.*

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie skierowania pisma do Odwołującego nie podlegał rozpoznaniu, jako dotyczący zaniechania czynności, na które odwołanie nie przysługuje na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, który wskazuje, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) określenia warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego; 5) opisu przedmiotu zamówienia; 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zaniechanie wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zostało zawarte w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z uchwałami podjętymi przez Sąd Najwyższy w dniu 17 listopada 2017 r. po rozpoznaniu zagadnienia prawnego w sprawach o sygn. akt III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17 *Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.*

Za zasadne należy uznać, iż na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w ramach pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty, powinno się uwzględnić także te czynności lub zaniechania dokonania czynności, które w sposób bezpośredni wpływają na wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby zaniechanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w niniejszym stanie faktycznym nie stanowi elementu składowego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. rozumieniu tego pojęcia. Skutki zaniechania dokonania tej czynności nie warunkują bowiem bezpośrednio decyzji zamawiającego w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, który bez względu na odwołania składane przez wykonawców i podnoszone przez nich zarzuty obowiązany jest prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zaniechanie to nie ma bezpośredniego wpływu na samą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako nie dotyczący jednej z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, nie podlegał rozpoznaniu na podstawie stosowanego odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. W orzecznictwie sądów okręgowych oraz Izby wskazuje się, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji częściowego uwzględnienia odwołania, jednakże zarzuty skutkujące odrzuceniem odwołania w przypadku gdy odwołanie nie zawiera

pozostałych zarzutów, w sytuacji połączenia ich w odwołaniu z innymi zarzutami powinny zostać pozostawione bez rozpoznania (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt I Ca 131/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 903/17). Ponadto, Izba uznała, iż mając na uwadze konieczność zapewnienia stronie odwołującej pełnego prawa do skorzystania z środka ochrony prawnej na orzeczenie Izby, uzasadnione jest zawarcie postanowienia o pozostawieniu zarzutu bez rozpoznania w sentencji wyroku (vide: uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt III CZP 111/15).

W zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu. Biorąc pod uwagę również fakt, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba może orzekać wyłącznie o zarzutach wskazanych w odwołaniu, zaś sam zarzut składać musi się z przytoczenia przepisu Pzp i wskazania okoliczności (faktycznych i prawnych), w których odwołujący upatruje jego naruszenia, należało poddać ocenie zarzut sformułowany w *petitum* odwołania. Jako chybiony należy uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie może on stanowić samodzielnej podstawy zarzutu odwołania. Zasady prowadzenia postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ulegają konkretyzacji na gruncie dalszych przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do określonych uprawnień i obowiązków zamawiającego. Jeśli czynność lub zaniechanie zamawiającego dotyczy konkretnych przepisów to odwołujący powinien skonstruować zarzut poprzez wskazanie zasady i konkretnego przepisu (vide: KIO w wyroku z dnia 12 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 176/15).

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3, należy wskazać, że jest to zarzut niezasadny już przez sam fakt, że przywołany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca.

Odnosząc się do zarzutu art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2), a także art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp Izba postanowiła rozpoznać ww. zarzuty łącznie.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści (vide: wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2300/16). Zastosowanie tej

procedury jest możliwe jedynie wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów. W przedstawionym stanie faktycznym Odwołujący nie złożył wraz z ofertą oświadczeń, które wskazywałyby na fakt zaoferowania urządzeń wymaganych przez Zamawiającego. Izba ustaliła, że Odwołujący w wykazie sprzętu wskazał m.in.: SWITCH POE DAHUA PFS4428-24GT-370 24-PORTOWY +SFP, CZYTNIK ZBLIŻENIOWY Z KLAWIATURĄ ASI1201 E DAHUA. Nadto, sam Odwołujący w odwołaniu przyznał wprawdzie, że zaoferował urządzenia, które w nazwie posiadały inne oznaczenia. Zatem, Zamawiający nie miał podstaw do skierowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Zamawiający nie mógł również poprawić modelu zaoferowanych urządzeń na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Stosownie zaś do 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 ustawy Pzp. Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest poprawić omyłki polegające na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić. Zdaniem składu orzekającego Izby wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiadający doświadczenie w tej dziedzinie oraz znający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zdaje sobie sprawę, że oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega odrzuceniu.

W ocenie Izby poprawa modelu urządzenia w niniejszym stanie faktycznym prowadziłyby do zmiany treści oferty. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca, zaoferowane przez siebie urządzenia, winien opisać za pomocą nazwy urządzenia, producenta, typu, ewentualnie modelu i podstawowych parametrów zaoferowanego sprzętu. Na podstawie ww. danych dokonywana jest weryfikacja zaoferowanych rozwiązań technicznych z wymaganiami SIWZ. Jeżeli więc z treści oferty (w tej sytuacji oznaczenia modelu) wynikają informacje powodujące niezgodność z SIWZ parametrów urządzeń, niewątpliwie mamy do czynienia ze sprzecznością treści oferty z postanowieniami SIWZ, której nie sanują ani ogólne deklaracje zawarte w innych częściach oferty, że dane urządzenia są zgodne z SIWZ ani argumentacja przedstawiona w odwołaniu o autouzupelnianiu programu excel. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że oferty składają profesjonalni uczestnicy obrotu

gospodarczego, wobec których stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego).

Izba ustaliła, że Odwołujący wskazał w treści oferty (str. 12 oferty), iż elementem wchodzącym skład zestawu będzie m.in.: SWITCH POE DAHUA PFS4428-24GT-370 24-PORTOWY +SFP, CZYTNIK ZBLIŻENIOWY Z KLAWIATURĄ ASI1201 E DAHUA. Bez wątplenia urządzenia te nie spełniają wymogów SIWZ, ponieważ zaoferowany przełącznik nie wspiera protokołu Hi-Poe (wymaganego w OPZ), tylko PoE, a pobór mocy czytnika zbliżeniowego wynosi 200mA zamiast wymaganych 100mA. Przesądza to tym samym o materialnej niezgodności oferowanych urządzeń z postanowieniami SIWZ.

O innej omyłce można by było mówić w sytuacji gdy na rynku istniałby tylko jeden model urządzenia o określonych oznaczeniach, a błąd dotyczyłby np. podania niewłaściwej cyfry czy litery tego oznaczenia. Charakteru takiego nie ma natomiast błędne przywołanie modelu urządzenia, który występuje na rynku i znajduje się w ofercie handlowej, aczkolwiek nie spełnia wymagań Zamawiającego. Jest to niewątpliwie nieprawidłowość oferty, niemniej niemająca postaci innej omyłki, ponieważ jej poprawa polegałaby na wymianie jednego urządzenia na inne. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy byli zobowiązani określić nazwę urządzenia, producenta, typ ewentualnie model oraz podstawowe parametry, które umożliwiają weryfikację, czy spełnia ono wymagania SIWZ. Odwołujący zastosował się do powyższego wymagania, jednak podał model, który warunków SIWZ nie spełnia.

W niniejszym stanie faktycznym dla uzyskania zgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ konieczna byłaby wymiana oferowanego urządzenia (istniejącego na rynku, z prawidłowo wskazanym oznaczeniem modelu) na inne urządzenie, przy czym podstawę ingerencji Zamawiającego stanowiłyby dopiero wyjaśnienia treści oferty udzielone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez Odwołującego. Skoro określenie modelu było elementem oświadczenia woli Odwołującego, to porozumiewanie się do jego zmiany oraz sposobu tej zmiany z Odwołującym na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty. Natomiast polemikę Odwołującego z wymaganiami zawartymi w SIWZ należy uznać za spóźnioną. Przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec których wykonawcom przysługuje uprawnienie do wniesienia środka ochrony prawnej, również w postępowaniu podprogowym. Odwołujący mógł więc skorzystać z uprawnienia określonego w art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp i zakwestionować, w drodze odwołania, opis przedmiotu zamówienia. Skoro tego nie uczynił, postanowienia SIWZ w powyższym zakresie stały się obowiązujące i skuteczne wobec wszystkich uczestników postępowania.

Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp należy wskazać, że gdyby rzeczywiście urządzenia zaoferowane przez Odwołującego były rozwiązaniami równoważnymi to niewątpliwie Odwołujący dałby temu wyraz w treści złożonej oferty. Wskazałby wprost, że oferuje rozwiązania równoważne, na dowód czego załączyłby zapewne odpowiednie dokumenty. Argumentację o zaoferowaniu rozwiązań równoważnych Izba uznaje za przygotowaną jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego. Zresztą zaoferowane przez Odwołującego urządzenia (przełącznik sieciowy, czytnik zbliżeniowy) nie mogą być równoważnymi, skoro nie posiadają parametrów technicznych opisanych w dokumentacji przetargowej (zgodnie z jednym z wymogów równoważności określonych w pkt 2.16.1 SIWZ).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący: