

Sygn. akt: KIO 1867/10

**WYROK**  
**z dnia 14 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dreamtec Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kuratorium Oświaty w Kielcach, 25-516 Kielce, al. IX Wieków Kielc 3**

przy udziale **Konsorcjum: MaN Complex Grzywna Marek, Łapacz Norbert, Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, 25-417 Kielce, ul. Przyborowskiego 4/1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Dreamtec Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Dreamtec Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Dreamtec Sp. z o.o., 50-224 Wrocław, pl. Strzelecki 20** na rzecz **Kuratorium Oświaty w Kielcach, 25-516 Kielce, al. IX Wieków**

**Kielc 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Kuratorium Oświaty w Kielcach, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest „Dostawa sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem, interaktywnych zestawów multimedialnych” Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 125-191375 dnia 1 lipca 2010 r.

W dniu 30 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Dreamtec Sp. z o.o., pi. Strzelecki 20, 50-224 Wrocław, od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności przez Zamawiającego w ww postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na nieodrzczeniu oferty konsorcjum: MaN Complex Grzywna Marek, Łapacz Norbert, ul. Przyborowskiego 4/1, 25-417 Kielce i Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, ul. Poziomkowa, 53-007 Wrocław (zwany dalej „Konsorcjum MaN Complex”), pomimo niezgodności oferty tego wykonawcy z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej „SIWZ”), co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 91 ust. 1 i ust. 2 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty Odwołującego jako oferty niezgodnej z wymogami SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) powtórzenie czynności oceny ofert, odrzucenie ofert zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp,
- 2) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z wymogami art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż w piśmie z dnia 20 sierpnia 2010 r., będącym informacją o wynikach postępowania, Zamawiający dokonał wyboru oferty

Konsorcjum MaN Complex jako oferty najkorzystniejszej. Oferta ta w ocenie Odwołującego powinna być odrzucona, gdyż zaoferowany sprzęt jest niezgodny z wymogami SIWZ w zakresie komputera przenośnego 17", sztuk 7. Zamawiający w załączniku nr 1 pkt 1 SIWZ wymagał komputera przenośnego, którego normatywny czas pracy na baterii wynosi powyżej 3,5 godziny. Wymaganie to dodatkowo było podtrzymane informacją dla wykonawców nr 3 z dnia 3 sierpnia 2010 r.: „*Zamawiający dopuści notebooki z komunikacją WiFi IEEE 802.11 b/g/n, modułem Bluetooth wbudowanym lub zewnętrznym podłączanym przez USB oraz czasem pracy na akumulatorze minimum 3,5 godz.*” Odwołujący podnosił, iż Konsorcjum MaN Complex zaoferowało notebook Asus K72JR-TY114 z dodatkowym urządzeniem bluetooth na USB. W myśl SIWZ oraz zgodnie z treścią wskazanej powyżej informacji, komputer musi umożliwiać pracę 3,5 godziny, korzystając z akumulatora. Odwołujący podkreślał, iż producent komputera, firma Asus, nie deklaruje czasu pracy na baterii, a jedynie podaje ilość komór i pojemność całkowitą akumulatora. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył kopię korespondencji elektronicznej z przedstawicielem firmy Asus Polska Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, jedynym źródłem informacji potwierdzających zgodność (lub jej brak) są zatem badania techniczne. Z przeprowadzonych przez Odwołującego testów na komputerze Asus serii K72JR wynika, iż czas pracy na baterii (maksymalny) wnosi 2,5 godziny. W przypadku wykorzystania dodatkowych wymaganych akcesoriów (bluetooth USB) czas ten będzie, zdaniem Odwołującego, jeszcze krótszy. Zgodnie z oficjalnymi specyfikacjami serii K72JR, firma Asus nie przewiduje innych akumulatorów niż 6-cio komorowe o pojemności 4400 mAh. W związku z tym nie jest możliwe, by zaoferowany komputer (wskazano konkretny model K72JR-TY114, gdzie symbol TY114 determinuje specyfikację wszystkich komponentów laptopa) spełniał postawione w SIWZ i w dodatkowych dokumentach wymagania względem czasu pracy na baterii.

W zakresie zarzutu niezgodnego z ustawą Pzp odrzucenia oferty Odwołującego podnosił, iż w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów i udzielenia wyjaśnień treści oferty z dnia 16 sierpnia 2010 r. Odwołujący przesłał do Zamawiającego uzupełniony wydruk ze strony EnergyStar oraz stosowne wyjaśnienia względem treści oferty. W piśmie z dnia 20 sierpnia 2010 r., będącym informacją o wynikach postępowania, Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niespełniającej wymogów SIWZ w zakresie dwóch z wyjaśnianych kwestii.

W załączniku nr 1 pkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby komputer oferował możliwość komunikacji w standardzie GBLAN i takie rozwiązanie zostało zaoferowane przez Odwołującego. Zgodnie z wyjaśnieniami z 18 sierpnia 2010 r. w zestawie akcesoriów do

komputera oprócz myszki i torby zaoferowano dodatkową kartę sieciową 1 Gbps, co jest wskazane w ofercie. W związku z powyższym zaoferowany komputer spełnia wymagania Zamawiającego. Tymczasem w informacji o wynikach postępowania Zamawiający stwierdził, że wymagał komputera z wbudowaną kartą sieciową o wskazanej prędkości. Zdaniem Odwołującego nie jest to prawda, gdyż załącznik nr 1 pkt 2 do SIWZ nie determinuje, czy karta sieciowa ma być wbudowana czy też nie. Rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego jest zatem zgodne z wymaganiami SIWZ wraz z załącznikami, a w związku z tym nie może być powodem odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Jako drugi powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał, że zaoferowane zostało urządzenie wielofunkcyjne Xerox 3100MFPV/S, które nie spełnia wymogów, gdyż nie posiada faxu. Zgodnie z treścią oferty, zaproponowano urządzenie wyposażone w fax, co zostało jednoznacznie napisane. Wzbudziło to wątpliwość Zamawiającego, który zwrócił się z prośbą o wyjaśnienia sprzeczności. Zgodnie z wyjaśnieniami przesłanymi przez Odwołującego 18 sierpnia 2010 r., wystąpił w ofercie błąd pisarski w szczegółowym modelu urządzenia, gdyż oferowane urządzenie charakteryzuje się określeniem w nazwie modelu 3100MFPV/X, a nie 3100MFPV/S. Zamawiający argumentował, iż nie można powyższego uznać za omyłkę pisarską, gdyż oba modele drukarki występują w obrocie handlowym. Odwołujący podnosił, że w tzw. obrocie handlowym występuje też urządzenie określane jako Xerox Phaser 3100MFP i dotyczy obu wskazanych powyżej modeli (bez dodatkowego oznaczenia - zgodnie ze stroną internetową producenta: [www.xerox.pl](http://www.xerox.pl)), a zatem argumentacja Zamawiającego jest niezrozumiała. Ponadto Zamawiający podnosił zarzut, że zaoferowano urządzenie 3 w 1 a powinno być 4 w 1. W opinii Odwołującego tego typu oznaczenia są umowne, a producent urządzenia nie określa zasad określania X w 1 (gdzie X jest pewną wskazaną cyfrą). Oferta Odwołującego zawiera jednoznaczną informację, że zaoferowano urządzenie Xerox Phaser 3100MFP z wbudowanym faxem, które umożliwia drukowanie, skanowanie oraz faksowanie (i w tym rozumieniu jest to 3 w 1). Jednocześnie wyjaśnienia do treści oferty jasno deklarują gotowość Odwołującego do dostarczenia urządzenia z modułem faxu, zgodnie z treścią przedstawionej oferty. Popełniona została omyłka pisarska, którą Zamawiający mógł poprawić na podstawie art. 87 pkt 2 ppkt 1-3 (tak w odwołaniu) ustawy Pzp. Zwracał również uwagę, iż sprawa dotyczy jednej drukarki wielofunkcyjnej o wartości około 600 zł, co stanowi około 0,1% wartości oferty, natomiast oferta Odwołującego jest tańsza od wybranej z naruszeniem ustawy Pzp oferty Konsorcjum MaN Complex o ponad 20 tys. zł.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 30 sierpnia 2010 z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W dniu 31 sierpnia 2010 r. Zamawiający w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 2 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Konsorcjum MaN Complex. Konsorcjum MaN Complex w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wskazywało, iż Odwołujący, stawiając zarzuty, nie wykazał związku przyczynowego między naruszeniem ustawy Pzp, przepisów wykonawczych i postanowień zawartych w SIWZ, które mogłyby wskazywać na błędną ocenę oferty Odwołującego i błąd w ocenie oferty zgłaszającego przystąpienie przez Zamawiającego. W ocenie Konsorcjum MaN Complex Odwołujący oparł w całości swoje zarzuty na własnych, niczym nie popartych interpretacjach. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, że wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne jest zobowiązany złożyć ofertę zgodną z wymogami określonymi w SIWZ, co Konsorcjum MaN Complex uczyniło i zaoferowane komputery są zgodne z postawionymi wymogami w SIWZ. Składając ofertę Konsorcjum MaN Complex zwróciło się do Przedstawiciela na Polskę firmy ASUS i ten zagwarantował, że kwestionowane komputery przenośne Asus JK72JR-TY114 posiadają wymagane parametry, w tym wymagany czas pracy. Na powyższą okoliczność zobowiązał się do przedstawienia na rozprawie przed KIO stosownego oświadczenie z firmy ASUS, o które Konsorcjum MaN Complex wystąpiło i zostało wysłane na adres lidera Konsorcjum. Z uwagi na krótki czas na wniesienie przystąpienia nie było możliwe załączenie przedmiotowego oświadczenia do przystąpienia.

Natomiast odrzucenie oferty Odwołującego za brak karty sieciowej o wymaganej wartości 1 Gbps w 2 komputerach przenośnych jest, zdaniem Konsorcjum MaN Complex, zgodne z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 2 zapisał: „2 komputery przenośne o wymaganiach minimalnych: notebook; przekątna ekranu LCD: 12 cali; nominalna rozdzielczość LCD: 1366 x 768 pikseli; komunikacja: LAN 1 Gbps, WiFi IEEE 802.11a/b/g/n, Bluetooth; czas pracy na akumulatorze (normatywny) — pow. 3,5 godz; interfejsy: 2x USB; + mysz optyczna, torba do notebooka”. Z przedstawionego postanowienia zdaniem Konsorcjum MaN Complex jednoznacznie wynika, że karta LAN 1 Gbps miała stanowić parametr wymagany w zaoferowanym komputerze, a nie dodatkowy komponent, jak myszka i torba do notebooka, gdzie Zamawiający w opisie te ostatnie wymogi wyróżnił znakiem „+”. Tym samym zaoferowanie przez Odwołującego, jak twierdzi, dodatkowej karty o wymaganych parametrach nie może stanowić, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ, bowiem w ową kartę zgodnie z przytoczonym zapisem komputer musi być wyposażony. Dodatkowo zgłaszający przystąpienie zaznaczał, że wskazanie przez Odwołującego, jakoby zaoferował kartę dodatkową nie jest prawdą, gdyż do zaoferowanego

modelu przekopiował parametry wymagane przez Zamawiającego z SIWZ. W ofercie nie wskazał, że oferuje dodatkową kartę, tak jak myszkę i torbę.

Co do zarzutu niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego w odniesieniu do zaofiarowania urządzenia wielofunkcyjnego Xerox 3100MFPV/S, które nie spełnia wymogów SIWZ, Odwołujący podnosił, że dokonał omyłkowego wpisania modelu urządzenia, które Zamawiający powinien uznać jako omyłkę pisarską lub inną omyłkę. Błąd polegał jedynie na zmianie ostatniej cyfry (tak w przystąpieniu), a właściwy zapis powinien brzmieć Xerox 3100MFPV/X. Konsorcjum MaN Complex podkreślało, iż nie można uznać argumentacji Odwołującego, ponieważ urządzenie o podanym symbolu występuje na rynku i jest tańsze od wymaganego. Zamiana ostatniej cyfry powodowałaby zatem niedopuszczalną zmianę treści oferty Odwołującego. Na potwierdzenie zasadności przedstawionej argumentacji wskazywał wyrok KIO z 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 431/10, w którym skład orzekający stwierdził: *„to na podstawie typu danych możliwa jest i w pełni uzasadniona weryfikacja zgodności rozwiązań technicznych oferowanych i zamawianych. W takim kontekście należy uznać prymat konkretnego oznaczenia i podania oferowanych urządzeń, nad ogólnymi i opisowymi deklaracjami w przedmiocie, co oferta w rzeczywistości zawiera oraz że jest zgodna z wymaganiami SIWZ, gdy deklaracje te pozostają w sprzeczności ze sposobem ich realizacji wynikającym z charakterystyki oferowanych urządzeń. Zgodnie z wymaganiami w siwz wykonawca wskazał w ofercie konkretne modele urządzenia, oznaczonego producenta, o symbolu i charakterystyce w wersji jaką podane oznaczenia mu przypisują. Zakres, kształt i charakterystyka ww. urządzeń przesądza o materialnej niezgodności oferowanego urządzenia z siwz Wskazanie urządzenia niespełniającego wymagania siwz było wynikiem omyłki popełnionej przez odwołującego na etapie sporządzania oferty. Zdaniem Izby, to jest to błąd w treści oferty niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp”*.

W kolejnym innym cytowanym wyroku KIO z 16 marca 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 102/10 z dnia 16 marca 2010 r.: *„Izba podkreśla, że nie ma żadnej innej, "domniemanej", "rzeczywistej" etc... treści oferty, niż ta która została wyrażona w formie pisemnej i złożona zamawiającemu, i która stanowi określenie oferowanego świadczenia (tu: dostawy konkretnych urządzeń). Ujmując powyższe inaczej: w przypadku gdy w treści oferty (tu: oznaczenia modelu) wynikają informacje dowodzące niezgodnych z wymaganiami siwz parametrów dostawy, stwierdzić należy materialną sprzeczność oferty z siwz.”* W dalszej części wskazanego wyroku podkreślono, że: *„Jeżeli nawet intencją wykonawcy było tu zaofiarowanie urządzenia odmiennego niż wynika to z treści oferty, a wskazanie urządzenia niespełniającego wymagania siwz było wynikiem błędu, to jest to błąd w treści oferty*

*niemożliwy w przedmiotowej sytuacji do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający poprawia omyłki polegające na niezgodności treści oferty z siwz, jeżeli nie spowoduje to istotnych zmian treści oferty. W omawianym przypadku możliwe byłoby skorygowanie na podstawie ww. przepisu pomyłek w numeracji czy oznaczeniu modelu urządzenia, tak aby prawidłowo referowały do rzeczywiście występującego na rynku i oferowanego sprzętu. Natomiast w przedmiotowym przypadku dla uzyskania zgodności treści oferty z siwz konieczna byłaby wymiana oferowanego (istniejącego na rynku prawidłowo wskazanym numerem seryjnym) urządzenia na inne”.*

Zdaniem Konsorcjum MaN Cmplex przytoczone orzecznictwo w sposób jednoznaczny dowodzi, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była zgodna z ustawą Pzp.

W zakresie zawartego w odwołaniu wskazania, iż oferta Konsorcjum MaN Complex jest droższa o 20 tys. zł, podnosił, iż w jego opinii różnica w ofertach wynika z zasadniczej odmienności oferowanego sprzętu. Wnosił o oddalenie odwołania, gdyż podniesione zarzuty są chybione i nie zasługują na uwzględnienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, jak również wyjaśnienia i dokumenty złożone przez strony i uczestnika na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych (braki formalne zostały usunięte w terminie), uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący spełnił też wymogi warunkujące wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż odwołujący nie musi wykazywać, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia - wystarczające jest, iż miał interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp mógł ponieść szkodę. Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda lub możliwość jej poniesienia przez wykonawcę wnoszącego odwołanie, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawiające do korzystania ze środków ochrony prawnej stanowią materialno-prawne przesłanki badania odwołania i podlegają rozpoznaniu na rozprawie w



kontekście stawianych w odwołaniu zarzutów oraz zaskarżanych w tym zakresie czynności, bądź zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego. W niniejszej sprawie Odwołujący zaskarżył następujące czynności i zaniechania Zamawiającego: odrzucenie oferty Odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MaN Complex. Z dokumentacji postępowania wynika, iż w SIWZ przewidziano 2 kryteria oceny ofert: cena (70%) oraz parametry techniczne tablicy interaktywnej (30%). Oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą, a ze względu na jej odrzucenie nie była przez Zamawiającego oceniana, w tym w odniesieniu do pozostałego kryterium. W przypadku potwierdzenia się zarzutu niezasadności jej odrzucenia, nie jest zatem wykluczone, iż mogłaby uzyskać status oferty najkorzystniejszej. W tym zakresie istnieje zarówno interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia (tego konkretnego, w danym postępowaniu) oraz poniesienie czy możliwość poniesienia szkody wskutek nieuzyskania zamówienia w wyniku błędnego odrzucenia jego oferty. Odwołujący spełnia zatem przesłanki legitymujące do korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie obrony własnego udziału w postępowaniu i obrony własnej oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym dysponuje taką legitymacją również w odniesieniu do możliwości kwestionowania prawidłowości działań/zaniechań Zamawiającego w stosunku do oferty Konsorcjum MaN Complex. Z uwagi na 2 kryteria oceny ofert oraz niedokonanie oceny oferty Odwołującego, na obecnym etapie nie jest faktycznie znane jej miejsce w rankingu ofert. Jak wskazano powyżej, jako oferta tańsza może być uznana za ofertę najkorzystniejszą przy założeniu uzyskania odpowiedniej liczby punktów w kryterium 2, jednak nie jest to pewne. Może bowiem być i tak, iż w razie przywrócenia oferty Odwołującego, po dokonaniu oceny ofert, w szczególności w zakresie kryterium 2, oferta Konsorcjum MaN Complex okazałaby się ofertą korzystniejszą. Na obecnym etapie, oceniając przesłanki dopuszczalności wniesienia odwołania, Izba nie jest uprawniona do przesądzenia sposobu oceny oferty Odwołującego i przyznanej mu punktacji. Powyższe należy do kognicji Zamawiającego. W takiej sytuacji należałoby zatem uznać, iż spełnione są przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp opisane powyżej również w odniesieniu do kwestionowanego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MaN Complex.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba potwierdza niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ i tym samym zasadność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z 20 sierpnia 2010 r. stanowiącego informację o wynikach postępowania oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na następujące okoliczności:

- 1) Zamawiający w załączniku nr 1 pkt 2 SIWZ wymagał karty sieciowej LAN o prędkości min. 1 Gbps natomiast zaoferowana przez Odwołującego karta sieciowa posiada prędkość maksymalną 100 Mbps. Odwołujący w przedstawionych wyjaśnieniach z 18 sierpnia 2010 r. poinformował, że dodatkowo zaoferował kartę o prędkości 1Gbps. Zamawiający nie uznał jednak powyższego warunku za spełniony, ponieważ wymagał komputera z wbudowaną kartą sieciową, a nie przedstawienia alternatywnego rozwiązania;
- 2) Zamawiający w załączniku nr 1 pkt 3 SIWZ wymagał, aby drukarka miała wbudowany fax, natomiast zaoferowane przez Odwołującego urządzenie nie jest wyposażone w fax. We wskazanych powyżej wyjaśnieniach Odwołujący poinformował wprawdzie, że omyłkowo wpisał model drukarki 3100MFPV/S zamiast 3100MFPV/X, jednak powyższego nie można uznać za omyłkę pisarską, gdyż zaoferowany model drukarki znajduje się w obrocie handlowym, a ponadto w charakterystyce do złożonej oferty Odwołujący, określając model drukarki, wpisał, że urządzenie to jest 3 w 1, a dla symbolu z literką „X” należało podać 4 w 1.

Izba ustaliła, że potwierdziły się obie przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający w SIWZ w pkt 12.1 ppkt 1 wymagał, aby oferta zawierała parametry oferowanego sprzętu (załącznik nr 1 i nr 2 do SIWZ), nazwę producenta, typ, model i inne cechy pozwalające na jednoznaczną identyfikację zaoferowanego sprzętu. W załączniku nr 1 pkt 2 Zamawiający wskazywał minimalne wymagania 2 komputerów przenośnych: „*notebook; przekątna ekranu LCD:12 cali; nominalna rozdzielczość LCD:1366x768 pikseli; procesor: Intel® Core™i5; min wielkość pamięci RAM:4 GB; min pojemność dysku twardego: 400GB; napęd optyczny: DVD+/-RW DL; karta graficzna: ATI Mobility Radeon HD450 (lub porównywalna – DirectX11, SM 5.0); wyjście HDMI, komunikacja: LAN 1Gbps, WiFi IEEE 802.11a/b/g/n, Bluetooth; czas pracy na akumulatorze (normatywny) – pow. 3,5 godz.; interfejsy: 2xUSB; + mysz optyczna, torba na notebooka*”. Z powyższego opisu, zdaniem Izby, która podziela w tym zakresie opinię Konsorcjum MaN Complex wyrażoną w treści przystąpienia do postępowania odwoławczego, wynika, iż wymagana karta LAN 1 Gbps miała stanowić parametr komputera, w który powinien być on wyposażony. Nie dopuszczała zatem zaoferowania powyższej karty jako urządzenia dodatkowego. Wprawdzie rzeczywiście w SIWZ nie znalazło się określenie „wbudowany”, jednak ze sposobu sformułowania SIWZ w tym zakresie profesjonalny podmiot zajmujący się

zawodowo dostarczaniem sprzętu komputerowego mógł wyinterpretować intencję Zamawiającego. Co więcej w załączniku nr 1 pkt 1 do SIWZ, który zawierał wymagania minimalne dla notebooków o przekątnej ekranu LCD pow. 17 cali analogiczne w zakresie karty sieciowej LAN 1 Gbps Odwołujący zaoferował sprzęt z wbudowaną kartą sieciową. Nie miał zatem wątpliwości, iż powinien być to parametr oferowanego komputera, a nie urządzenie dodatkowe. Ponadto Odwołujący, nie mając pewności co do wymagań Zamawiającego, mógł skierować odpowiednie zapytanie, tak jak uczynił to inny wykonawca w odniesieniu do urządzenia bluetooth (Konsorcjum MaN Complex zwróciło się do Zamawiającego z zapytaniem, czy zaakceptuje zewnętrzny bluetooth, na co Zamawiający wyraził zgodę). Wprawdzie zwrócenie się o wyjaśnienia treści SIWZ jest uprawnieniem wykonawcy, a nie jego obowiązkiem, jednak ryzyko nieprawidłowej interpretacji SIWZ i sporządzenia oferty niezgodnej z jej wymaganiami obciąża wykonawcę. Tym samym w jego interesie jest uzyskanie pełnej i wyczerpującej wiedzy co do wymagań stawianych przez Zamawiającego. Niezależnie jednak od powyższego należy stwierdzić, że gdyby nawet przyjąć dopuszczalność zaoferowania karty sieciowej LAN 1 Gbps jako dodatkowej, to w ofercie Odwołującego takiego urządzenia nie wskazano. Na str. 5 oferty Odwołującego w zakresie załącznika nr 1 pkt 2 podano jedynie, że przedmiotem oferty są 2 komputery przenośne TOSHIBA L630-106, zaś w odniesieniu do parametrów karty sieciowej LAN powtórzono zawarte w SIWZ wymagania minimalne. Wśród urządzeń dodatkowych Odwołujący wskazał tylko mysz optyczną i torbę na notebooka. Nie określił natomiast, iż oferuje dodatkowo kartę sieciową LAN 1 Gbps. W toku postępowania Odwołujący nie kwestionował, iż zaoferowane przez niego komputery TOSHIBA L630-106 nie spełniają parametru w odniesieniu do wbudowanej karty sieciowej LAN 1 Gbps. Wynika to choćby z treści wyjaśnień z 18 sierpnia 2010 r., w których równocześnie Odwołujący zawarł informację o zaoferowaniu dodatkowej karty sieciowej spełniającej wymagane parametry. Niestety powyższe oświadczenie nie znajduje potwierdzenia w treści samej oferty. Nie można bowiem uznać, jak chce tego Odwołujący, aby wniosek o zaoferowaniu dodatkowego urządzenia wysnuć wyłącznie w oparciu o przywołane w ofercie wymagania minimalne SIWZ, których ww komputer w zakresie karty sieciowej LAN 1 Gbps nie spełniał. Nie zostały podane jakiegokolwiek dane, które pozwalałyby na uznanie, iż rzeczywiście taką dodatkową kartę sieciową zaoferowano (zgodnie z przywołanym pkt 12.1 ppkt 2 SIWZ należało podać cechy pozwalające na jednoznaczną identyfikację zaoferowanego sprzętu). Informacja o zawarciu w ofercie dodatkowych urządzeń zamieszczona została natomiast w wyjaśnieniach do treści oferty, które jednak nie mogą uzupełniać oświadczenia woli wynikającego z oferty. Art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp zabrania bowiem prowadzenia negocjacji w zakresie oferty. Tym samym odrzucenie oferty z powyższej przyczyny było zasadne.

Podobnie uzasadnione było odrzucenie oferty z uwagi na zaoferowanie urządzenia wielofunkcyjnego Xerox 3100MFPV/S niespełniającego wymogów SIWZ (brak faxu). Izba wskazuje, że zgodnie z cytowanymi wymaganiami SIWZ wykonawca zaoferowane przez siebie urządzenia winien opisać za pomocą nazwy producenta, typu, modelu i innych cech pozwalających na jednoznaczną identyfikację zaoferowanego sprzętu. Na podstawie tego typu danych dokonywana jest następnie weryfikacja zaoferowanych rozwiązań technicznych z wymaganiami SIWZ. Tym samym należy uznać prymat konkretnego oznaczenia i podania oferowanych urządzeń (str. 5 oferty Odwołującego) nad ogólnymi i opisowymi deklaracjami w przedmiocie, co oferta rzeczywiście zawiera oraz że jest zgodna z wymaganiami SIWZ, gdy deklaracje te pozostają niezgodne ze sposobem ich realizacji wynikającym z charakterystyki oferowanych urządzeń. Jeżeli z treści oferty (w tym wypadku oznaczenia modelu oraz określenia 3 w 1) wynikają informacje dowodzące niezgodnych z SIWZ parametrów dostawy, stwierdzić należy materialną sprzeczność oferty z SIWZ, której nie sanują ani ogólne deklaracje zawarte w innych częściach oferty, że dane urządzenia są zgodne z SIWZ czy też odwołanie się do minimalnych wymagań, które zostały powtórzone w treści oferty, pomimo iż zaoferowane urządzenie ich nie spełnia (tak również w wyroku KIO z 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 431/10, wyroku KIO z 16 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 102/10). Odwołujący wskazał w treści oferty (str. 5 oferty), iż przedmiotem dostawy będzie Xerox Phaser 3100MFPV/S - 3 w 1. Bez wątplenia urządzenie to nie spełnia wymogów SIWZ, ponieważ nie zawiera faxu. Przesądza to tym samym o materialnej niezgodności oferowanego urządzenia z SIWZ. Z treści wyjaśnień z 18 sierpnia 2010 r. wynika, iż zaoferowanie tego urządzenia było wynikiem omyłki – w rzeczywistości intencją Odwołującego było zaoferowanie modelu Xerox Phaser 3100MFPV/X, które posiada wbudowany fax. Jest to jednak omyłka w treści oferty, co do której nie ma możliwości jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp. Nie można bowiem uznać przedmiotowego błędu ani jako oczywistą omyłkę pisarską (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), jak tego chce Odwołujący, ani jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, którą Zamawiający ma obowiązek poprawić, o ile nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Oczywistą omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się także omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów stanowiących zawartość oferty (wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 265/08). Oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów (wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r.

sygn. akt KIO/UZP 11/09). W zakresie tego pojęcia mieszczą się zatem tylko takiego rodzaju niedokładności, które widoczne są dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Oznacza to, że ich poprawienie nie wywołuje zmiany merytorycznej treści oświadczenia woli wykonawcy (wyrok z dnia 17 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 246/09). Oznacza to zatem, że Zamawiający bez ingerencji w merytoryczną treść złożonego oświadczenia woli bądź bez porozumienia z wykonawcą lub domniemania jego woli powinien być w stanie samodzielnie dokonać korekty takiej omyłki. W przedmiotowym stanie faktycznym o takiej omyłce można by mówić wówczas, gdyby w ofercie rynkowej istniał 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 SIWZ. Jest to z pewnością nieprawidłowość oferty, jednak nie mająca postaci oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ jej poprawa nie polegałaby na usunięciu nieprawidłowości o charakterze pisarskim, ale na wymianie jednego urządzenia (podanego i opisanego prawidłowo) na inne. Byłaby to zatem materialna zmiana treści oferty i zawartego w niej oświadczenia woli, a nie usuwanie oczywistej omyłki. Co do twierdzeń Odwołującego, że w obrocie handlowym występuje urządzenie Xerox Phaser 3100MFP, które obejmuje oba wskazane modele, Izba zauważa, iż zgodnie z treścią SIWZ Odwołujący był zobowiązany określić model oferowanego urządzenia oraz inne cechy, które umożliwiają weryfikację, czy spełnia ono wymagania SIWZ. Odwołujący zastosowywał się do powyższego wymagania, wskazując jednak wyraźnie model, który warunków SIWZ nie spełnia. Ponadto wskazanie danego urządzenia, które występuje w różnych modelach, z których tylko jeden spełnia wymagania Zamawiającego, nie mogłoby być uznane za prawidłowe sporządzenie oferty. Dodatkowo Odwołujący podnosił, iż oznaczenia 3 w 1 czy 4 w 1 mają charakter umowny, pochodzą od dystrybutorów sprzętu i nie odwołują się do określonych funkcji sprzętu (nie można zatem uznać, iż określenie 3 w 1 nie oznacza urządzenia z funkcją faksowania). Izba wskazuje jednak, że to sam Odwołujący odwołał się w swojej ofercie do przedmiotowego określenia 3 w 1 stosowanego w odniesieniu do konkretnego wskazanego przez siebie modelu urządzenia, które funkcji faksowania nie posiada. Zakres jego funkcjonalności obejmuje jedynie drukowanie, skanowanie i kopiowanie. Zgodnie z treścią wyjaśnień Odwołującego różnica między oboma modelami sprowadzała się właśnie do tej czwartej funkcjonalności, tj. możliwości faksowania (z tego względu w ofercie dystrybutora model Xerox Phaser 3100 MFPV/X określany jest jako 4 w 1). Tym samym nie można uznać, jak chce tego Odwołujący, iż w tym konkretnym przypadku określenie 3 w 1 oznaczało drukowanie, skanowanie i faksowanie. Określenia te nie mają charakteru abstrakcyjnego, lecz korespondują z określonymi funkcjonalnościami urządzenia, które dla modelu Xerox Phaser 3100 MFPV/S obejmują: drukowanie, kopiowanie,

skanowanie, a dla modelu Xerox Phaser 3100 MFPV/X: drukowanie, kopiowanie, skanowanie, faksowanie.

Błędu tego nie można także uznać za omyłkę wskazaną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Musi być to bowiem błąd tego rodzaju, aby czynności poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie bez udziału wykonawcy w tej czynności, w oparciu o analizę treści samej oferty. W omawianym przypadku dla uzyskania zgodności treści oferty z SIWZ konieczna byłaby natomiast 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 na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez Odwołującego. Powyższe działanie nie jest dopuszczalne, gdyż określenie modelu stanowiło element oświadczenia woli Odwołującego, a porozumiewanie się do jego zmiany oraz sposobu tej zmiany z Odwołującym w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiłoby niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty (art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp).

Z kolei w zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne, zdaniem Odwołującego, zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MaN Complex pomimo, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ, Izba uznała, że zarzut ten również się nie potwierdził. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum MaN Complex, pomimo iż zaoferowany przez nie notebook Asus JK72JR-TY114 nie spełnia parametru normatywnego czasu pracy na baterii pow. 3,5 godz. Odwołujący wskazywał, iż z uwagi na fakt, iż producent tego komputera – firma Asus – nie wskazuje w specyfikacji technicznej przedmiotowego parametru (przedstawił dowód w postaci korespondencji z przedstawicielem Asus Polska sp. z o.o.), a jedynie podaje ilość komór i pojemność całkowitą akumulatora, to, zdaniem Odwołującego, jedynym źródłem informacji potwierdzających zgodność (lub jej brak) są badania techniczne. Odwołujący przeprowadził takie testy na komputerze Asus serii K72JR o parametrach zbliżonych do komputera oferowanego (Odwołujący wskazywał na rozprawie, iż nie był w stanie nabyć modelu oferowanego przez Konsorcjum MaN Complex, ponieważ nie był on jeszcze dostępny na rynku), które dowiodły, iż maksymalny czas pracy na baterii wynosi 2,5 godz. W związku z powyższym Izba stwierdza, co następuje. Po pierwsze, okoliczność, że producent kwestionowanych notebooków nie określił w specyfikacji technicznej normatywnego czasu pracy komputera na akumulatorze, zdaniem Izby, nie oznacza jeszcze, iż nie ma on możliwości weryfikacji tego parametru lub że parametr ten nie jest dla niego możliwy do określenia, co potwierdza oświadczenie z dnia 9 września 2010 r. firmy Asus Polska sp. z o.o. Po drugie, SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie przewidziała sposobu weryfikacji normatywnego czasu pracy na akumulatorze, np. w drodze

odpowiednich testów, czego wykonawcy nie kwestionowali. Tym samym należy uznać, iż potwierdzenie spełnienia powyższego wymogu dokonywane było w drodze oświadczenia samego wykonawcy, iż dostarczany przez niego sprzęt jest zgodny z SIWZ, a w razie wątpliwości Zamawiającego wykonawca mógłby wykazywać się wszelkimi dowodami potwierdzającymi spełnianie parametrów wskazanych w SIWZ, a nie tylko za pomocą testów, co do których Zamawiający nie określił żadnych warunków ich przeprowadzenia. Ponadto Izba podnosi, że wymagany przez Zamawiającego parametr dotyczy normatywnego czasu pracy na akumulatorze i jest wartością określaną przez producenta na podstawie wykonywanych przez niego testów. Testy te, przeprowadzane w warunkach laboratoryjnych, mogą znacząco różnić się od rzeczywistych osiągnięć komputera. Oznacza to, zdaniem Izby, iż skoro w odniesieniu do komputerów, co do których producent określił parametr normatywnego czasu pracy na baterii, wystarczające jest odwołanie się do specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu, to w zakresie komputerów, których specyfikacja techniczna tego parametru nie zawiera, wykonawca również może korzystać na potwierdzenie spełnienia tego parametru np. z odpowiedniego oświadczenia producenta. Kierowanie do takiego wykonawcy wymagań dalej idących niż wobec pozostałych wykonawców mogłoby być uznane za naruszenie zasady równego traktowania, zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewidział jednolitej dla wszystkich wykonawców metodologii weryfikacji postawionego przez siebie wymogu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający na etapie oceny ofert nie skierował do Konsorcjum MaN Complex formalnego wniosku o wyjaśnienie treści oferty w zakresie parametru normatywnego czasu pracy na akumulatorze. Oznacza to zatem, iż nie wyartykułował w sposób określony procedurami ustawy Pzp, iż w tym zakresie posiada wątpliwości co do zgodności treści oferty z SIWZ. Ujawnione w toku postępowania odwoławczego na rozprawie informacje o kontaktach telefonicznych z Konsorcjum MaN Complex czy odwoływanie się do doświadczeń innych podmiotów z komputerami Asus (model inny niż zaoferowany) odnośnie powyższej kwestii, o ile miały miejsce, mogą być uznane oczywiście za dowód pewnych nieprawidłowości proceduralnych w postępowaniu, co nie zmienia jednak oceny, iż na etapie badania i oceny ofert parametr ten nie był przez Zamawiającego kwestionowany, a sam wykonawca nie był wówczas zobowiązany do przedstawiania dokumentów na jego potwierdzenie. Izba podkreśla, iż w jej ocenie oświadczenie producenta potwierdzające parametr wymagany przez Zamawiającego należy uznać za wystarczające, ponieważ ma ono walor zbliżony do wskazania danego parametru w specyfikacji technicznej (to również jest pewna deklaracja producenta). Oświadczenie takie zostało przez Konsorcjum MaN Complex złożone na rozprawie, a jego skuteczności zdaniem Izby nie podważają testy przeprowadzone przez Odwoływającego. Testy te nie mogą być uznane za miarodajne nie tylko z tego powodu, iż przeprowadzono je na zlecenie Odwoływającego

zainteresowanego korzystnym rozstrzygnięciem odwołania, ale także ze względu na to, iż Odwołujący nie jest w stanie wykazać ich porównywalności z warunkami przeprowadzenia testów stanowiących podstawę do ustalania przez producenta normatywnego czasu pracy na akumulatorze. Ich wyniki nie mogą być zatem odnoszone do parametrów wskazywanych przez producentów w specyfikacjach technicznych. Powyższe pozostawałoby zatem w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Uwzględniając powyższą argumentację Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum MaN Complex pomimo jej niezgodności z SIWZ, jak również w konsekwencji zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie zawarł odrębnego uzasadnienia zarzutu naruszenia wspomnianych przepisów, wskazując je w kontekście niezgodnego z ustawą Pzp zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MaN Complex.

Z uwagi na brak stwierdzenia zarzucanych naruszeń, orzekając w granicach zarzutów odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji. Na marginesie Izba zwraca jednak uwagę na nieścisłości dostrzeżone w dokumentacji postępowania – z druku ZP-1 pkt 13 wynika, iż wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano w oparciu o cenę jako jedyne kryterium oceny ofert, co pozostaje w sprzeczności z pkt 20 SIWZ (z dokumentacji nie wynika, aby dokonywano zmiany SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert). Druk ZP-21 również wskazuje na kryterium cena 100% oraz uzyskaną liczbę pkt 100 przez ofertę nr 2, tj. ofertę Konsorcjum MaN Complex. Z kolei z informacji o wyniku postępowania z 20 sierpnia 2010 r. wynika, iż wykonawca ten otrzymał 99 pkt.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 4 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), uwzględniając koszt wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

**Przewodniczący:**

.....