

Sygn. akt: KIO 509/12

## WYROK

z dnia 28 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2012 r. przez wykonawcę **NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14,**

przy udziale:

1. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Spółka jawna Soroka Marek, Soroka Ernesta z siedzibą w Brzegu, 49-306 Brzeg, ul. Władysława Jagiełły 13/1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 509/12 po stronie odwołującego,
2. wykonawcy **TECHELON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-350 Warszawa, ul. Tamka 38** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 509/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,**

**2.kosztami postępowania obciąża Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Województwa Dolnośląskiego – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14** na rzecz wykonawcy **NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Województwo Dolnośląskie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę wraz z montażem i uruchomieniem wyposażenia szpitala (wyposażenie informatyczne) dla zadania inwestycyjnego pn. „Budowa pawilonu pediatrycznego na terenie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. Gromkowskiego we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 grudnia 2011 r., nr 2011/S 238-384386.

W dniu 8 marca 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy TECHELON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą TECHELON”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 15 marca 2012 r. (pismem z dnia 14 marca 2014 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 15 marca 2012 r.) wobec dokonania przez zamawiającego wyboru oferty wykonawcy TECHELON jako najkorzystniejszej, w zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TECHELON i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
- 2) art. 87 ust 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie negocjacji z wykonawcą TECHELON dotyczących treści złożonej oferty i nieuprawnione dokonanie istotnej zmiany treści oferty - zmiany modelu monitora - po otwarciu ofert, w wyniku nieprawidłowej interpretacji wyjaśnień złożonych przez wykonawcę TECHELON, będących odpowiedzią na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny oferty oraz wyjaśnień.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
- 4) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy TECHELON,
- 5) nakazanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zgodnie z wymogiem załącznika 6A do SIWZ tabela pkt.II ppkt.10 wykonawcy zobowiązani byli zaoferować i skalkulować monitor posiadający opcję wyświetlania menu ekranowego (OSD) w języku polskim. Z załączonego przez wykonawcę TECHELON dokumentu, tj. załącznika do certyfikatu nr D511070524 wynika, że wykonawca ten zaoferował monitor o nazwie „2311 x”, który nie posiada OSD w języku polskim, co zostało potwierdzone przez samego wykonawcę TECHELON w piśmie z dnia 27 lutego 2012 r. złożonym zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Wykonawca TECHELON, decydując się na dołączenie załącznika do certyfikatu nr D511070524 wskazał, że w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia oferuje monitor o nazwie „2311x”. W tym zakresie doprecyzował swoją ofertę i przyjął do kalkulacji konkretne urządzenie, stwierdzając iż „(...) żaden z monitorów produkowanych przez HP nie posiada OSD w języku polskim”. Tym samym wykonawca TECHELON jednoznacznie potwierdził, że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ, co oznacza iż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 15 marca 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców (wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „PIOMAR” Soroka Marek, Soroka Ernesta Spółka jawna z siedzibą w Brzegu, zwanego dalej „wykonawcą PIOMAR” oraz wykonawcę TECHELON do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 19 marca 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PIOMAR przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 19 marca 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca TECHELON przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone wnioski, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz przystępującego TECHELON złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” opisał przedmiot zamówienia, szczegółowo określając wymagania w załącznikach nr 6A – 6J do SIWZ, w tym m.in. opisane w załączniku nr 6A parametry techniczne „stacji roboczej z monitorem i systemem operacyjnym”. Zamawiający poza złożeniem oświadczeń na „Formularzu oferty” (załącznik nr 1 do SIWZ) nie wymagał od wykonawców złożenia żadnych dokumentów potwierdzających, iż oferowany sprzęt spełnia wyspecyfikowane w załącznikach wymogi.

Wykonawca TECHELON, składając ofertę oświadczył (str. 2-4 oferty), iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za wskazaną w ofercie kwotę, jak również m.in., iż „oferowany sprzęt i oprogramowanie są zgodne z opisem zawartym w załącznikach 6A – 6J do SIWZ”, „(...) spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego”, a także, iż integralną część oferty stanowią wskazane w „Formularzu ofertowym” dokumenty, w tym „Deklaracja zgodności CE wraz z tłumaczeniem na j.polski” (str. 44 oferty), „Certyfikat TCO no. D511070524 wraz z tłumaczeniem na j.polski” (str.45 oferty).

Zamawiający w dniu 23 lutego 2012 r. wezwał wykonawcę TECHELON, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści złożonej oferty i udzielenie odpowiedzi na pytanie, „(...) czy zaoferowany monitor HP 2311x spełnia wymagania określone przez Zamawiającego”. Jednocześnie podniósł, że z treści załączonego do oferty certyfikatu, złożenia którego to dokumentu zamawiający nie wymagał, wynika iż oferowany monitor nie spełnia wymagań określonych w SIWZ – w załączniku nr 6A pkt 10, dotyczących posiadania menu w języku polskim.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 27 lutego 2012 r. wykonawca TECHELON wyjaśnił, że „zaoferowany przez nas monitor spełnia wymagania określone przez Zamawiającego lecz w przypadku złożonej przez nas oferty certyfikat załączony do oferty nie dotyczy monitora, który został przez nas oferowany. (...) został zaoferowany monitor marki NEC spełniający wszystkie warunki w tym również warunek „OSD w języku polskim”. (...) Omyłkowo do oferty został dołączony certyfikat dotyczący monitora HP”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w treści SIWZ (załączniki nr 6A – 6J) nie żądał złożenia żadnego dokumentu. Niewątpliwym jest także, iż mimo braku takiego żądania, wykonawca TECHELON w załączeniu do oferty złożył certyfikat, z treści którego wynika, iż monitor (HP 2311x) zaoferowany przez tego wykonawcę nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, tj. „OSD: Tak, w języku polskim” (załącznik nr 6A, pkt II, ppkt 10). Skoro więc wykonawca TECHELON taki dokument (niewymagany treścią SIWZ) złożył i wręcz wskazał, że stanowi on integralną część oferty (pkt 14 „Formularza oferty”) oznacza to, iż podlega on także analizie zamawiającego w toku procedury badania i oceny ofert. Oferta to bowiem oświadczenie woli prowadzące do zawarcia umowy, którego treść stanowi jej merytoryczną zawartość, a więc oświadczenie obejmujące nie tylko wolę zawarcia umowy o ustalonej przez zamawiającego treści, ale także wolę spełnienia świadczenia wymaganego przez zamawiającego (zgodnego z wymaganiami określonymi w załącznikach nr 6A – 6J). Treścią oferty jest bowiem nie tylko formularz ofertowy „(...) ale na treść oferty składają się wszystkie dokumenty doprecyzowujące i dookreślające oświadczenie woli wykonawcy. W szczególności na ofertę będzie składało się wskazanie przez wykonawcę sposobu, w jaki będzie realizował zamówienie” (KIO 1548/11). Wykonawca TECHELON składając certyfikat doprecyzował więc, iż przedmiotem jego świadczenia będzie monitor HP 2311x. Złożony dokument (certyfikat) dookreśla bowiem jeden z elementów oświadczenia woli wykonawcy TECHELON, w którym przedstawia on proponowany sposób spełnienia świadczenia odpowiadającego wymogom zamawiającego ujętym w treści SIWZ (załącznik nr 6A, pkt II, ppkt 10) w zakresie zaoferowanego monitora. Twierdzenia zamawiającego, iż ów dokument należy traktować jako „dokument obcy”, a tym samym pominąć go, nie zasługują na aprobatę. Powyższe prowadziłyby bowiem do sytuacji, w której wybrano by ofertę, która nie spełnia wymagań zamawiającego postawionych w treści SIWZ. Tak więc zamawiający powziąwszy wątpliwość co do zgodności treści oferty wykonawcy TECHELON z treścią SIWZ prawidłowo uczynił, żądając od tego wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. W ich wyniku wykonawca TECHELON oświadczył, iż zaoferował monitor NEC i mimo „omyłkowego” złożenia wraz z ofertą certyfikatu monitora HP takiego monitora nie zaoferował, „(...) gdyż żaden z monitorów produkowanych przez HP nie posiada OSD w języku polskim”. Niemniej jednak wyjaśnienia uzyskane w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do jakichkolwiek zmian w treści oferty danego wykonawcy. Tak więc muszą się one ograniczać wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści oferty, a nie jej zmiany. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym wykonawca TECHELON wskazał monitor innego producenta niż wynika to z treści złożonej przez niego oferty. Oznacza to więc, iż w istocie, w wyniku udzielonych wyjaśnień doszło do

zmiany treści uprzednio złożonej oferty, a taka zmiana jest niedopuszczalna. Bez znaczenia dla przedmiotowego rozstrzygnięcia jest okoliczność, iż – jak konsekwentnie podnosił to wykonawca TECHELON – dokument ten załączono omyłkowo. Tym samym potwierdził się zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy TECHELON.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....