

**Sygn. akt KIO 547/18**

**WYROK**  
**z dnia 6 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2018 r. przez wykonawcę Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NDN - Z. D. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Działdowski działający przez Zespół Szkół Zawodowych Nr 1 w Działdowie

przy udziale wykonawcy ABPLANALP Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Powiatowi Działdowskiemu działającemu przez Zespół Szkół Zawodowych Nr 1 w Działdowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty ABPLANALP Sp. z o.o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu niezgodności poz. 8 i poz. 20 z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzut niezgodności poz. 35 z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia uznaje za niepotwierdzony;
2. kosztami postępowania obciąża Powiat Działdowski działający przez Zespół Szkół Zawodowych Nr 1 w Działdowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NDN - Z. D. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Powiatu Działdowskiego działający przez Zespół Szkół Zawodowych Nr 1 w Działdowie na rzecz Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NDN - Z. D. w Warszawie 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Powiat Działdowski działający przez Zespół Szkół Zawodowych Nr 1 w Działdowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa wyposażenia pracowni elektrotechniki i elektroniki w zawodach technik mechatronik i mechanik pojazdów samochodowych w Zespole Szkół Zawodowych Nr 1 w Działdowie, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 029-062666. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

23 marca 2018 r. wykonawca Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NDN - Z. D. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty ABPLANALP Sp. z o.o. w Warszawie, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty ABPLANALP, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez ABPLANALP;
- 5) nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył odwołujący.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne zarzutów odwołania:

1. Dot. pozycji nr 8

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, oferowana drukarka musiała posiadać „podajnik papieru na minimum 250 arkuszy. Zaoferowana przez ABPLANALP drukarka (tj. zgodnie ze wskazaniem w formularzu ofertowym: XEROX Workcentre 3025V NI) posiada podajnik papieru na 150 arkuszy, na co wskazuje producent urządzenia w przewodniku użytkownika (instrukcja).

Zgodnie z tym przewodnikiem, użycie większej ilości arkuszy (papieru) może powodować m.in. sklejanie się papieru, nie podawanie papieru, zacinanie się urządzenia, czy problemy związane z jakością druku. Z kolei do urządzenia, do którego można włożyć 150 arkuszy z całą pewnością nie wejdzie ich 250. Nie można, więc tego uznać za „tolerancje wymiarów i parametrów w zakresie +/- 5%.

## 2. dot. pozycji nr 20 Mostek cyfrowy RLC

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego, oferowany sprzęt musiał posiadać „pokrętło kalibracji - zerowania wskazania wyświetlacza”. Zaoferowany przez ABPLANALP sprzęt (tj. zgodnie ze wskazaniem w formularzu ofertowym: DER EE-DE 5000) nie posiada obrotowego przełącznika funkcji i zakresów oraz pokrętła kalibracji - zerowania wskazania wyświetlacza, a wyposażony jest jedynie w przyciski obsługi, co wynika z instrukcji obsługi zaoferowanego urządzenia DER EE-DE 5000. Gdyby zamawiający w swych założeniach uzewnętrznił w opisie przedmiotu uznać za wystarczające, służące do obsługi i kalibracji przyciski, powinien to określić w SIWZ wprost.

## 3. Dot. Pozycji nr 35 - Sygnalizatory, wskaźniki napięcia

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, oferowany sprzęt musi posiadać cechę „świecenie diod LED w różnych kolorach dla poszczególnych faz”. Zaoferowany przez ABPLANALP sprzęt (tj. zgodnie ze wskazaniem w formularzu ofertowym LK-713GK6011 F&F) ma tylko o diodę LED, która świeci na kolor zielony.

ABPLANALP Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie podzieliła wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż stwierdziła, że badane postępowanie stanowi jedną z trzech części, na które zamawiający podzielił zamówienie. Okoliczność tę potwierdził sam zamawiający na

rozprawie. W związku z tym odrębne opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu ma znaczenie jedynie organizacyjno-techniczne. Skoro wartość całego przedmiotu zamówienia (wszystkich trzech części) przekracza kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, długość terminu na wniesienie odwołania powinna być ustalona w odniesieniu do całości postępowania i wynosi 10 dni zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie – jak chcieliby zamawiający i przystępujący – 5 dni. W związku z tym Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie dwóch zarzutów.

Okoliczności faktyczne tzn. wymagania SIWZ oraz oznaczenie sprzętu oferowanego przez przystępującego nie są sporne między stronami.

Izba za dowód w sprawie uznała przewodnik użytkownika drukarek Xerox WorkCentre 3025BI, Xerox WorkCentre 3025NI oraz instrukcję obsługi zaoferowanego urządzenia DER EE-DE 5000. Nie uwzględniono wniosku przystępującego o pominięcie tych dowodów, gdyż nie zostały doręczone przystępującemu. Po pierwsze, ustawa w art. 190 dotyczącym postępowania dowodowego nie przewiduje obowiązku doręczania przeciwnikom w sporze dokumentów i oświadczeń powołanych w charakterze dowodu. Po drugie, obie instrukcje zostały wymienione w uzasadnieniu odwołania jako dowód na poparcie twierdzeń odwołującego, zatem przystępujący bez trudu mógł się odnieść do ich treści, zwłaszcza że są to instrukcje oferowanych przez niego urządzeń. Po trzecie, obie instrukcje zostały załączone do odwołania. Zamawiający mógł się z nimi zapoznać i przesłać je przystępującemu wraz z kopią odwołania, czego nie uczynił. Brak jest uzasadnienia dla obciążania odwołującego konsekwencjami działania zamawiającego.

Zarzut dotyczący poz. Nr 8 potwierdził się, gdyż drukarka oferowane przez przystępującego nie spełnia wymagania posiadania podajnika na minimum 250 arkuszy.

Zamawiający i przystępujący nie zaprzeczyli, że zgodnie z instrukcją, podajnik drukarki XEROX Workcentre 3025V NI posiada podajnik na 150 arkuszy, wywodzili jedynie, że przy zastosowaniu papieru o niższej gramaturze do podajnika można załadować 250

arkuszy. Zamawiający argumentował również, że odrzucenie oferty przystępującego byłoby niezasadne, gdyż w SIWZ nie ustalił wymagania dotyczącego gramatury papieru.

Izba nie podzieliła tego poglądu. Odwołujący nie domagał się odrzucenia oferty przystępującego z powodu niespełnienia wymagań co do gramatury papieru, ale z powodu niespełnienia wymagania dotyczącego pojemności podajnika na papier oferowanej drukarki. To wymaganie nie zostało spełnione, gdyż przy zastosowaniu papieru o minimalnej gramaturze zalecanej przez producenta 6060g/m<sup>2</sup> do podajnika można załadować 200 kartek, co oznacza brak spełniania wymagania zamawiającego. Izba w składzie rozpoznającym odwołanie wyraża pogląd, że nie można mówić o zgodności oferty z SIWZ, w sytuacji, gdy spełnienie wymagań zamawiającego oznacza użytkowanie urządzenia niezgodnie z wymaganiami producenta. Jest to widocznie w okolicznościach sporu, gdyż w instrukcji obsługi producent wyraźnie wskazał na konsekwencje używania papieru o gramaturze innej niż zalecana. Może to mieć znaczenie również dla możliwości skorzystania z uprawnień wynikających z gwarancji.

Potwierdzenie znalazł również zarzut dotyczący sposobu kalibracji. Zamawiający w poz. nr 20 wyraźnie wymagał, aby kalibracja była wykonywana za pomocą pokrętła, tymczasem urządzenie oferowane przez przystępującego posiada rozwiązanie wykonywania kalibracji za pomocą przycisku.

Stanowisko zamawiającego, że istotne jest dla niego spełnianie wymagań funkcjonalnych nie znajduje uzasadnienia w świetle jasnego wymagania SIWZ. Zamawiający nie opisał swego wymagania w sposób funkcjonalny (przykładowo „umożliwienie wykonania kalibracji”), lecz przez ustalenie sposobu wykonania kalibracji – za pomocą pokrętła. Brak spełnienia wymagania zamawiającego oznacza, że oferta przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Nie można uznać oferty przystępującego za ofertę równoważną. Przede wszystkim zamawiający wymagał wyraźnego wskazania w ofercie, że jest to rozwiązanie równoważne. Ponadto w rozdziale III pkt 14 SIWZ żądał, aby równoważność oferowanego rozwiązania została potwierdzona przez pytanie zadane zamawiającemu. Te wymagania formalne nie zostały spełnione przez przystępującego. Ponadto zamawiający dopuszczał rozwiązanie równoważne, o ile są takie same lub lepsze funkcjonalnie od rozwiązania podstawowego, a tego przystępujący nie wykazał, ani na etapie składania ofert, ani w toku rozprawy. Twierdzenie, że rozwiązanie przystępującego jest lepsze niż rozwiązanie zawarte w ofercie odwołującego pozostało gołosłowne i Izba uznała je za niewiarygodne.

SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którym zamawiający i wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia są związani. Zamawiający nie może po otwarciu ofert odstępować od swoich wymagań, gdyż powinien ich bezwzględnie przestrzegać. Wymagają tego zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp – równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. Zamawiający wybierając ofertę przystępującego naruszył te zasady, gdyż oferta ta nie spełnia wymagań SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W rozdziale III pkt 13 SIWZ zamawiający podkreślił przecież, że wszelkie odstępstwa zaproponowanego przez Wykonawcę wyposażenia od opisu przedstawionego przez zamawiającego w załącznikach „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (załącznik 3B) potraktowane zostaną jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, skutkującą odrzuceniem oferty.

Z tego względu Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska odwołującego dotyczącego pozycji nr 35 i uznała, że zbędne wpisanie lit. G w oznaczeniu oferowanego urządzenia jest omyłką. Potwierdza to oświadczenie producenta załączone do pisma procesowego przystępującego. O omyłce popełnionej przez przystępującego świadczy to, że w przypadku urządzenia oznaczonego lit. K oznaczenie cyfrowe to 6011, które przystępujący wskazał, natomiast w przypadku urządzenia oznaczonego lit. G opis cyfrowy to 6004, który nie został wskazany. W przypadku prawidłowego oznaczenia urządzenia oferowanego przez przystępującego spełnianie wymagań zamawiającego nie budzi wątpliwości Izby.

Wprawdzie popełnione uchybienie nie jest omyłką pisarską o oczywistym charakterze, gdyż nie jest widoczne na pierwszy rzut oka, ani możliwe do ustalenia bez znajomości oznaczeń stosowanych przez producenta, ale mogło zostać poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania tej czynności, gdyż wobec potwierdzenia dwóch zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty przystępującego, prawidłowe dokonanie czynności poprawienia oferty tego wykonawcy nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....