

**WYROK**  
**z dnia 18 maja 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **AV SOLUTION, Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A, 01-424 Warszawa** od czynności podjętych w toku postępowania przez zamawiającego **Państwową Wyższą Szkołę Zawodową, ul. Kolbego 8, 32-600 Oświęcim,**

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Państwowej Wyższej Szkole Zawodowej, ul. Kolbego 8, 32-600 Oświęcim unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **AV SOLUTION, Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A, 01-424 Warszawa**, poprawienie w ofercie wykonawcy **AV SOLUTION, Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa** w Warszawie oczywistej omyłki rachunkowej w wierszu 28.14 formularza cenowego wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża **Państwową Wyższą Szkołę Zawodową, ul. Kolbego 8, 32-600 Oświęcim** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **AV SOLUTION, Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A, 01-424 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)** przez Zamawiającego **Państwową Wyższą Szkołę Zawodową, ul. Kolbego 8, 32-600 Oświęcim** na rzecz wykonawcy **AV SOLUTION, Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A, 01-424 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa, ul. Kolbego 8, 32-600 Oświęcim, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę wyposażenia ruchomego: sprzętu audiowizualnego w ramach zadania inwestycyjnego pn. Adaptacja budynków byłego Monopolu Tytoniowego na potrzeby Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Oświęcimiu”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 marca 2010 r., nr 2010/S 43-063198.

Zamawiający pismem z dnia 21 kwietnia 2010 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w dniu 21 kwietnia 2010 r.) poinformował wykonawcę AV SOLUTION, Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A, 01-424 Warszawa, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Shadok AV Piechura sp. k., ul. Wolności 404, 41-800 Zabrze, zwanego dalej „Shadok” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w treści złożonej oferty zaoferował kamerę szybkoobrotową DMS-200. Podnosił, że zgodnie z odpowiedziami na pytania z dnia 1 kwietnia 2010 r. wymagał, aby oferowana przez wykonawców kamera miała możliwość pracy w funkcji desktop. Wywodził, że zaoferowana przez Odwołującego kamera, zgodnie z informacją producenta nie ma możliwości pracy w pozycji „desktop”, a więc nie spełnia wymagań SIWZ.

Jako kolejną przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że w poz. 28.14 formularza cenowego Odwołujący podał w kolumnie „cena jednostkowa netto” kwotę 13.644,00 zł, natomiast w kolumnie „wartość netto” kwotę 15.772,00 zł. Jednocześnie w kolumnie „sztuk” – ilość określono jako 1, a więc z przemnożenia ceny jednostkowej przez ilość sztuk nie wynika kwota określona w kolumnie „wartość netto”. Wywodził, że nie może potraktować powyższej omyłki jako oczywistej omyłki rachunkowej, gdyż nie jest w stanie sam, bez zwracania się do wykonawcy określić właściwej wartości tej pozycji, zaś przypadku zwrócenia się do wykonawcy popełniona omyłka przestaje być oczywista i nie podlega poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2010 r., wpływ kopii odwołania do Zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2010r.) wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) wyboru oferty złożonej przez Shadok jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 5 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z oceną Zamawiającego, iż treść jego oferty jest sprzeczna z siwz w części dotyczącej zaoferowanej w pozycji 30.16 formularza cenowego kamery szybkoobrotowej DMS - 200 producenta firmy D-Max, gdyż nie ma możliwości pracy w pozycji „desktop”. Podnosił, że w pozycji 28.14. formularza cenowego została przez Odwołującego zaoferowana kamera szybkoobrotowa DMS -200 producenta firmy D-Max, która posiada funkcję „desktop” tzn. kamera jest przystosowana do montażu w funkcji sufitowej, naściennej oraz stołowej. Jako dowód na poparcie ww. twierdzenia Odwołujący w załączeniu przedstawił oświadczenie firmy D-Max Polska Sp. z o.o., z którego treści jego zdaniem wynika posiadanie przez kamerę szybkoobrotową DMS - 200 producenta firmy D-Max parametrów podanych w formularzu cenowym, które zostały uszczegółowione w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 6 do siwz pismem z dnia 01 kwietnia 2010 r. Podkreślał, iż w przypadku gdy Zamawiający miał wątpliwości co do posiadania przez ww. kamerę funkcji wymaganych w treści siwz mógł, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie, czego w przedmiotowym postępowaniu zaniechał. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z treścią siwz uznać należy za bezzasadną i naruszającą przepisy ustawy.

Odwołujący nie zgodził się także z oceną Zamawiającego, iż popełniona przez niego omyłka w poz. 28.14 formularza cenowego pomyłka, polegająca na tym, że po przemnożeniu ceny jednostkowej zaoferowanego przedmiotu zamówienia przez ilość sztuk błędnie została wyliczona wartość netto nie może zostać uznana za oczywistą omyłkę rachunkową. Podkreślał, iż stanowisko Zamawiającego zgodnie z którym nie jest on w stanie samodzielnie

bez zwracania się do Wykonawcy określić właściwie wyliczonych wartości w ww. pozycji formularza cenowego należy uznać za sprzeczne z obowiązującymi przepisami ustawy, a w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Wywodził, że stanowisko Zamawiającego zaprzecza istocie ww. przepisu, a w szczególności ratio legis jego wprowadzenia przez ustawodawcę, które bezpośrednio wynika z uzasadnienia do nowelizacji ustawy z dnia 04 września 2008 r. Przedmiotowa nowelizacja uchyliła przepis art. 88 ustawy, który zawierał enumeratywne wyliczenie rodzajów oczywistych omyłek w obliczeniu ceny możliwych do poprawienia przez Zamawiającego. Podkreślał, powołując się na uzasadnienie nowelizacji ustawy Pzp z 2008 r., iż szczególnie omyłki wskazane w dotychczas obowiązującym art. 88 mogą być nadal poprawiane. Powołując się na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych jak i treść uchylonego art. 88 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy w treści sprzed ww. nowelizacji w brzmieniu: „Zamawiający poprawia omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w następujący sposób (...) w przypadku mnożenia cen jednostkowych i liczby jednostek miar jeżeli obliczona cena nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej oraz liczby jednostek miar, przyjmuje się, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową” uwzględniając charakter omyłki zaistniałej w pkt 28.14 formularza cenowego Odwołującego stwierdzić należy, iż Zamawiający winien zaistniałą omyłkę rachunkową poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy z uwzględnieniem jej konsekwencji rachunkowych. Wywodził, że czynność odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako obciążonej błędem w obliczeniu ceny uznać należy za wadliwą jako pozbawioną podstawy faktycznej i prawnej oraz stojącą w sprzeczności z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 30 kwietnia 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wykonawca Shadok otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego faksem w dniu 30 kwietnia 2010 r.

Wykonawca Shadok zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 12 maja 2010 r.

Zamawiający w trakcie rozprawy w dniu 14 maja 2010 r. złożył oświadczenie, w którym uznał zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zaniechania poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w wierszu 28. 14 formularza cenowego złożonego przez Odwołującego w ofercie.

Odwołujący w trakcie rozprawy w dniu 14 maja 2010 r. złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego przedkładając do akt sprawy fakturę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na kwotę 3.600,00 zł.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, ofertę Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje:**

Zamawiający w pkt V specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowił, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązani są załączyć m.in.:

- a) formularz cenowy, złożony na druku stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ (pkt V. 3 SIWZ),
- b) opis techniczny oferowanego sprzętu wraz z określeniem parametrów technicznych w postaci np. karty katalogowej ze zdjęciem. Z karty katalogowej lub opisu potwierdzonego przez producenta musi wynikać, że zaproponowany element dostawy spełnia wszystkie warunki techniczne wymagane przez Zamawiającego. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowany przez niego sprzęt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego dostarczając wraz z ofertą dokumenty zawierające opis, parametry techniczne, atesty, certyfikaty, świadectwa jakościowe (pkt V.13 SIWZ).

W formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ należało wypełnić kolumny: producent, symbol, cena jednostkowa netto, wartość netto, stawka VAT, wartość dostawy brutto.

W pozycji 28.14 formularza cenowego Zamawiający wymagał dostawy 1 sztuki miksera audio.

W pozycji 30.16 formularza cenowego Zamawiający wymagał dostawy 2 sztuk następującego urządzenia:

kamera szybkoobrotowa o parametrach nie gorszych od:

- zoom optyczny minimum 10 krotny,
- sygnał PAL,
- rozdzielczość matrycy minimum 749x579 pixeli,

- minimum 6 presetów ustawień kamery,
- automatyczne sterowanie przysłoną, elektroniczną migawką, balansem bieli

W wykazie urządzeń w pozycji nr 2.16 Zamawiający wymagał dostawy i montażu kamery zintegrowanej z głowicą szybkoobrotową o parametrach nie gorszych od:

- możliwość montażu Desktop oraz Ceiling;
- zoom optyczny minimum 10 krotny,
- sygnał PAL,
- rozdzielczość matrycy minimum 749x579 pixeli,
- minimum 6 presetów ustawień kamery,
- automatyczne sterowanie przysłoną, elektroniczną migawką, balansem bieli

W odpowiedzi nr 6 na pytanie jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z dnia 1 kwietnia 2010 r. Zamawiający sprecyzował, iż *„kamera ma być zamontowana w pozycji „ceiling”, natomiast musi być możliwość jej demontażu i praca w funkcji „desktop”.*

Odwołujący złożył wraz z ofertą m.in. formularz cenowy, w którym zaoferował dostawę:

- a) w pozycji 28.14 formularza cenowego - 1 szt. miksera audio za cenę jednostkową netto 13.644,00 zł, wartość netto 15.772,00 zł, podatek Vat 22%, wartość brutto 19.241,84 zł,
- b) w pozycji 30.16 formularza cenowego – 2 szt. kamery szybkoobrotowej „DMS-200” producenta „D – MAX”.

Do oferty Odwołujący załączył wydruk ze strony internetowej dystrybutora na Polskę kamery DMS-200 tj. firmy D-MAX Polska sp. z o.o., określający cechy, specyfikację, zdjęcie i wymiary kamery.

Kamera DMS-200 zaoferowana przez Odwołującego może pracować w funkcji sufitowej (ceiling) oraz funkcji stołowej (desktop).

W kamerze tej nie ma możliwości przełączenia softwarowo funkcji sufitowej na stołową lub odwrotnie. Funkcję obrócenia obrazu z funkcji sufitowej na stołową lub odwrotnie, można uzyskać za pomocą zmiany tj. obrócenia optyki – polegającej na odkręceniu 4 śrubek i odwrócenie fizycznie optyki lub za pomocą wgrania nowego firmware do optyki za pomocą komputera.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do jego rozpoznania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. (dalej „ustawa Pzp”) oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i 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).

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Shadok AV Piechura sp. k., ul. Wolności 404, 41-800 Zabrze wobec nie spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania (...). Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym kwalifikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.* Jak wynika z akt sprawy, a także z oświadczenia tego wykonawcy złożonego na posiedzeniu Izby w dniu 14 maja 2010 r., wykonawca Shadok otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego faksem w dniu 30 kwietnia 2010 r., a zatem ustawowy 3 dniowy termin do zgłoszenia przystąpienia upływał mu w dniu 4 maja 2010 r., gdyż dzień 3 maja 2010 r. był dniem ustawowo wolnym od pracy (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 115 kc). Wykonawca Shadok zgłoszenie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 12 maja 2010 r., a więc z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż potwierdzenie zarzutów umożliwi mu uzyskanie zamówienia.



Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszym rzędzie Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w wierszu 28.14 formularza cenowego złożonego przez Odwołującego w ofercie. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy Stronami, albowiem Zamawiający w trakcie rozprawy złożył oświadczenie, iż uznaje zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 w zakresie zaniechania poprawy oczywistej omyłki rachunkowej w wierszu 28.14 formularza cenowego złożonego przez Odwołującego w ofercie i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc pod uwagę konstrukcję formularza cenowego ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu w przypadku mnożenia ceny jednostkowej netto (13.644,00 zł) i liczby jednostek miar (1 szt.) obliczona wartość netto (15.772,00 zł) nie odpowiada iloczynowi ceny jednostkowej netto oraz liczby jednostek miar (13.644,00 zł), a więc należało przyjąć, że prawidłowo podano liczbę jednostek miar oraz cenę jednostkową netto. Budowa formularza cenowego w niniejszym postępowaniu precyzowała bowiem kolejność działań arytmetycznych tj. najpierw należało wskazać cenę jednostkową netto, którą należało pomnożyć przez ilość jednostek miary i ustalić w ten sposób wartość netto, a następnie do tak ustalonej wartości doliczyć wartość podatku VAT i wskazać wartość brutto. W świetle powyższego Izba stwierdziła, iż zaistniała omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty i winna zostać poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W konsekwencji Izba stwierdziła, iż Zamawiający naruszając art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp bezzasadnie odrzucił z tego powodu ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się także zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego podnosił, że zgodnie z odpowiedziami na pytania z dnia 1 kwietnia 2010 r. wymagał, aby oferowana przez wykonawców kamera miała możliwość pracy w funkcji desktop. Wywodził, że zaoferowana przez Odwołującego kamera DMS 200 nie ma możliwości pracy w pozycji stołowej (desktop), a więc nie spełnia jego wymagań. Na rozprawie w dniu 14 maja 2010 r. precyzował, że możliwość pracy tej kamery w funkcji desktop uzależniona jest od demontażu kamery i odwrócenia optyki. Podkreślał także, że nie dopuścił w SIWZ aby praca kamery w funkcji desktop uzależniona była od ingerencji w kamerę.

Odwołujący podnosił natomiast, że oferowana przez niego kamera DMS 200 ma możliwość pracy w funkcji stołowej (desktop), zaś odnosząc się do twierdzenia

Zamawiającego, iż możliwość ta jest uzależniona od ingerencji w kamerę podkreślał, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 6 z dnia 1 kwietnia 2010 r. sam zezwolił na uzyskanie funkcji pracy w pozycji desktop poprzez możliwość demontażu kamery.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że kamera DMS 200 może pracować zarówno w wersji ściennej (ceiling) jak i w wersji stołowej (desktop). Izba stwierdziła ponadto, że w kamerze DMS 200 oferowanej przez Odwołującego nie ma możliwości przełączenia softwarowo funkcji sufitowej na stołową lub odwrotnie. Funkcję obrócenia obrazu z funkcji sufitowej na stołową lub odwrotnie, można uzyskać za pomocą zmiany tj. obrócenia optyki – polegającej na odkręceniu 4 śrubek i odwrócenie fizycznie optyki lub za pomocą wgrania nowego firmware do optyki za pomocą komputera. Izba ustaliła powyższy stan faktyczny w oparciu o przedłożone przez Strony na rozprawie dowody z dokumentów - pisma dystrybutora na Polskę kamery DMS 200 tj. firmy D-MAX Polska sp. z o.o. z dnia 5 maja 2010 r. i 27 kwietnia 2010 r. oraz pismo producenta kamery – firmy Dongyang Unitech Co. Ltd., z dnia 25 kwietnia 2010 r., które Izba uznała za spójne i wiarygodne.

W tej sytuacji przedmiotem rozważań Izby było, jakie znaczenie z punktu widzenia zgodności z SIWZ należy przypisać okoliczności, że możliwość pracy kamery w funkcji desktop uzależniona jest od obrócenia optyki – polegającej na odkręceniu 4 śrubek i odwrócenie fizycznie optyki lub za pomocą wgrania nowego firmware do optyki za pomocą komputera.

W odpowiedzi nr 6 na pytanie jednego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z dnia 1 kwietnia 2010 r. Zamawiający sprecyzował, iż *kamera ma być zamontowana w pozycji „ceiling”, natomiast musi być możliwość jej demontażu i praca w funkcji „desktop”*.

Izba, dokonując wykładni treści ww. odpowiedzi, stwierdziła po pierwsze, iż Zamawiający wymagał, aby oferowana przez wykonawców kamera była zamontowana w pozycji ściennej, natomiast miała możliwość pracy w pozycji desktop, które to możliwości kamera niewątpliwie posiada, co wynika bezpośrednio z treści powołanych wyżej pism. Dystrybutor kamery w Polsce, firma D-MAX Polska sp. z o.o. oświadczył bowiem, iż *„w zależności od otrzymanego zamówienia oraz sprecyzowanych potrzeb klienta nasza firma może dostarczyć kamerę D-max DMS 200 dostosowaną do montażu ceiling (ścienny) oraz montażu desktop (stołowy)”*. W ocenie Izby oznacza to, że kamery w obu wersjach, zarówno pracującej w pozycji ściennej, jak i stołowej, są oferowane przez tego dystrybutora standardowo, a więc kamera może pracować w obu pozycjach, bez potrzeby jakiegokolwiek ingerencji w tym zakresie.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Zamawiający nigdzie nie zastrzegł, iż wymagana przez niego możliwość zmiany pozycji pracy kamery z ceiling na desktop może być dokonywana jedynie z poziomu oprogramowania (softwarowo) bądź uniezależniona od demontażu. Z odpowiedzi na pytanie 6 z dnia 1 kwietnia 2010 r., w której Zamawiający postanowił, iż „*musi być możliwość jej demontażu i praca w funkcji desktop*” można wyciągnąć wręcz przeciwny wniosek, a mianowicie taki, że Zamawiający wprost dopuścił możliwość demontażu, a więc ingerencji w kamerę, w celu uzyskania pracy w pozycji desktop. Skoro intencją Zamawiającego było, aby zmiana pozycji pracy kamery z ceiling na desktop była dostępna softwarowo bądź uniezależniona od demontażu, to nie powinien sam dopuszczać możliwości demontażu w celu uzyskania pracy kamery w pozycji desktop, co uczynił w odpowiedzi na pytanie 6 z dnia 1 kwietnia 2010 r. Po drugie, Zamawiający mógł zastrzec wyraźnie w SIWZ wymóg w postaci niedopuszczalności ingerencji w kamerę w celu uzyskania zmiany funkcji pracy, czego jednak w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił.

Oznacza to, że za wystarczającą z punktu widzenia spełnienia parametru zmiany pozycji pracy kamery należało uznać istniejącą w przypadku kamery DMS 200 możliwość zmiany pozycji pracy kamery hardwarowo tj. poprzez odkręcenie 4 śrubek i odwrócenie fizycznie optyki lub za pomocą wgrania nowego firmware do optyki za pomocą komputera.

Wobec dopuszczenia przez Zamawiającego możliwości ingerencji w kamerę w celu uzyskania zmiany funkcji pracy ze ściiennej na stołową w odpowiedzi na pytanie 6 z dnia 1 kwietnia 2010 r., odrzucenie z tego powodu oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ należało uznać za bezzasadne i naruszające treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, oferta Odwołującego odpowiadała w zaskarżonym zakresie treści SIWZ i nie podlegała z tego powodu odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ

Izba stwierdziła także, że Zamawiający nie wykorzystał możliwości wyjaśnienia rzeczywistych parametrów kamery jakie dawała mu ustawa tj. możliwości zwrócenia się do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odbierając szansę wyjaśnienia wątpliwości przez Odwołującego. Na marginesie stwierdzić należy, że wobec obowiązującej w systemie zamówień publicznych zasady pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp) Zamawiający nie powinien swoich wątpliwości wyjaśniać w drodze telefonicznych rozmów z przedstawicielem dystrybutora kamery – firmą D-MAX Polska sp. z o.o., jednakże Izba nie rozpoznawała tego zarzutu wobec nie podniesienia go przez Odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co miało miejsce w analizowanej sprawie. Zamawiający odrzucając ofertę

Odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania, albowiem pozbawiły Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Działając na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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) Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3.600,00 zł, uznając za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione przez niego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł, tj. kwocie określonej na podstawie przedłożonej na rozprawie faktury.

**Przewodniczący:**

.....