

**Sygn. akt: KIO 1821/14**

**WYROK**  
**z dnia 16 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2014 r. przez wykonawcę Grupa CLUE s. c. R. J., S. J., ul. Stróża Rybna 3, 30-714 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Muzeum Historyczne Krakowa Rynek Główny 35, 31-011 Kraków

przy udziale wykonawcy 3Logic Sp. z o. o., ul Zakopiańska 153, 30-435 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Muzeum Historyczne Krakowa Rynek Główny 35, 31-011 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego Grupa CLUE s. c. R. J., S. J., ul. Stróża Rybna 3, 30-714 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego Muzeum Historyczne Krakowa, Rynek Główny 35, 31-011 Kraków na rzecz Odwołującego Grupa CLUE s. c. R. J., S. J., ul. Stróża Rybna 3, 30-714 Kraków kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy sto jeden 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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**

Zamawiający: Muzeum Historyczne Miasta Krakowa, 31- 011 Kraków, Rynek Główny 35 wszczął postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę sprzętu AV, sprzętu teleinformatycznego dla Muzeum Historycznego Miasta Krakowa - część I”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 maja 2014r.w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 099-172653.

W części 1 postępowania obejmującej dostawę, instalację i uruchomienie sprzętu AV Odwołujący: Grupa CLUE s.c. R. J., S. J., ul. Stróża Rybna 3, 30 - 714 Kraków złożył ofertę z najniższą ceną (cena była jedynym kryterium oceny ofert).

W dniu 27 sierpnia 2014 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu jego oferty.

Zamawiający w swoim rozstrzygnięciu przetargu odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp z powodu niezgodności jej treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 5 września 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechania dokonania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów Ustawy, polegającej na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy 3Logic Sp. z o.o. ul. Zakopiańska 153, 30-435 Kraków, zwanego dalej 3Logic lub Przystępującym,
- bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego,
- wyborze, jako najkorzystniejszej oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy oferta wykonawcy 3Logic nie odpowiada treści SIWZ,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne jego zastosowanie w stosunku do oferty Odwołującego, pomimo że oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty 3Logic, która nie jest najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz odrzuceniem oferty 3Logic,
- wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego, który – w jego ocenie - swoją decyzję oparł na rozszerzającej interpretacji postanowień SIWZ oraz niewystarczającej wiedzy na temat sprzętu audio-video (AV).

Oświadczył, że zaoferowany przez niego sprzęt w całości spełnia wymagania SIWZ, a informacje na ten temat zawarte w treści jego oferty są jednoznaczne i wystarczające.

W stosunku do wybranej oferty, złożonej przez wykonawcę 3Logic podniósł, że Zamawiający zachował się zdecydowanie bardziej liberalnie uznając, że spełnia ona wymagania SIWZ, pomimo że tak nie jest, bowiem Wykonawca 3Logic zaoferował w części I zamówienia urządzenia, których parametry nie są zgodne z wymaganymi postanowieniami SIWZ.

Poza tym zarzucił, że ocenę ofert Zamawiający oparł również na formularzu cenowym, w którym w bliżej nieokreślonym czasie nieznane osoby dokonały odręcznych dopisków, które nie zostały podpisane ani parafowane.

Pismem z dnia 8 września 2014r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca 3Logic Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej Przystępującym.

## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

### **KIO 1641/14**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ wraz z jej zmianami, ofertę Odwołującego i Przystępującego, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 sierpnia 2014r.(wynik), jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3 oraz art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu sprzeczności treści złożonej oferty z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego opierając się na przepisie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w zakresie objętym zarzutami odwołania Zamawiający w załączniku nr 9 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Część I – sprzęt AV w pkt. 3.1 ustanowił wymaganie dostarczenia do projektora multimedialnego dodatkowej 1 sztuki lampy(po modyfikacji treści SIWZ z dnia 11 lipca 2014r.), w pkt. 3.13 dostarczenia klawiatury sterującej, w pkt. 3.18 dostarczenia procesora audio, w pkt. 3.51 dostarczenia przyłącza stołowego według parametrów tam opisanych.

Jednocześnie Zamawiający w treści SIWZ w rozdziale 6 wprowadził wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy, wśród których był również Formularz cenowy – załącznik nr 1a(vide: rozdz.6 ust.8 pkt.3 SIWZ).

Powyższy formularz cenowy( załącznik nr 1a do SIWZ) dotyczył części I przedmiotu zamówienia i zawierał następujące rubryki:

- 1) liczba porządkowa,
- 2) pozycja według OPZ,
- 3) nazwa urządzenia/usługi,
- 4) producent,
- 5) model, typ, kod producenta, numer katalogowy z uwagą, że należy podać symbol/symbole urządzenia oraz jego komponentów jednoznacznie określający parametry oferowanego sprzętu. W przypadku pozycji, na które składa się kilka komponentów, należy podać ich symbol oraz ilość.
- 6) Ilość,
- 7) Jednostka miary,
- 8) Cena jednostkowa brutto zł,
- 9) Wartość brutto zł.

Izba stwierdziła przy tym, że Odwołujący w spornym zakresie w swojej ofercie zadeklarował, co następuje:

- 1) w rubryce pod l.p.1, poz. wg OPZ 3.1, nazwa projektor multimedialny wpisał producenta Projection Design, a w rubryce model, typ, kod producenta, numer katalogowy podał informację: F32 FullHD + EN11 oraz zaoferował ilość dwie sztuki,
- 2) w rubryce pod l.p.17, poz. wg OPZ 3.13, nazwa klawiatura sterująca wpisał producenta Crestron, a w rubryce model, typ, kod producenta, numer katalogowy podał informację: C2NI-CB oraz zaoferował ilość dwie sztuki,
- 3) w rubryce pod l.p.22, poz. wg OPZ 3.18, nazwa procesor audio wpisał producenta Bose, a w rubryce model, typ, kod producenta, numer katalogowy podał informację: ControlSpace ESP-00 II, ESP-00 II Dante Network card, ControlSpace ESP-00 ESP Link 8-Ch output card, ESP PSU, ESP 88 4 x 4 oraz zaoferował ilość 1 komplet,
- 4) w rubryce pod l.p.55, poz. wg OPZ 3.51, nazwa przyłącze stołowe wpisał producenta Extron, a w rubryce model, typ, kod producenta, numer katalogowy podał informację: Cable Cubby 600 oraz zaoferował ilość 3 komplety.

Odnosząc się do postawionych przez Odwołującego zarzutów w części dotyczącej jego oferty należy uznać je za zasadne.

W ocenie Izby złożone przez Odwołującego oświadczenie woli zawarte w formularzu cenowym nie daje podstaw do uznania, że zaoferowane świadczenie jest sprzeczne z treścią SIWZ.

Izba opierając się na materiale dowodowym zebranym na rozprawie, doszła do przekonania, że zaproponowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia odpowiada SIWZ.

Oceniając materiał dokumentacyjny przedmiotowej sprawy, Izba uznała, że oświadczenia przedstawicieli producentów urządzeń w sposób dostateczny potwierdzają spełnianie przez zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia wymagań SIWZ.

W zakresie oceny oświadczenia Odwołującego dotyczącego dostawy dodatkowej lampy do projektora multimedialnego (wymóg z załącznika nr 9 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Część I – sprzęt AV w pkt. 3.1), Izba wzięła pod uwagę oświadczenie z dnia 9 września 2014r. producenta Barco sp. z o.o., z którego wynika, że do projektora dostarczona jest dodatkowa 1 sztuka lampy.

Ponadto należy wskazać, że producent ten potwierdził, że urządzenie o nazwie F32 FullHD+EN11 jest dostarczane, jako zestaw i spełnia wszystkie wymagania SIWZ/OPZ tj. Zestaw o nazwie Projektor multimedialny F32 FullHD+EN składa się z projektora F32 FullHD, obiektywu o dystansie rzutowania 1,6 – 2,3:1 dla rozdzielczości WUXGA ze zmotoryzowaną funkcją zoom i fokus oraz dodatkowym kompletem lamp.

Jednocześnie Izba zważyła, że powyższe urządzenia są produktami wysoce specjalistycznymi dostarczonymi wyłącznie na indywidualne zamówienia odbiorców, a dodatkowe wyposażenie może być indywidualnie konfigurowane, ponieważ produkty te nie są sprzedawane, jako standardowe zestawy, co odpowiada treści oświadczenia producenta.

Powyższy indywidualny charakter urządzenia sprawia, że informacje pochodzące ze standardowych kart katalogowych tego producenta nie są dedykowane do wyspecyfikowanego przez Zamawiającego zamówienia, lecz do zwykłych odbiorców tych urządzeń.

Odnośnie wymogu dostarczenia klawiatury sterującej (wymóg z załącznika nr 9 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Część I – sprzęt AV w pkt. 3.13) zaopatrzonej w minimum 12 programowalnych przycisków Izba uznała, że Odwołujący w swojej ofercie zaproponował powyższe oczekiwane przez Zamawiającego rozwiązanie.

Powyższe stanowisko Izba oparła na oświadczeniu producenta tego urządzenia firmy Crestron International z dnia 11 września 2014r., gdzie wyjaśniono, że klawiatura model C2NI-CB, w szczególności w poprzedniej wersji sprzedawanej wcześniej w tym samym roku,

spełnia specyfikacje zawarte w karcie katalogowej oraz wszystkie wymagania SIWZ/OPZ: minimum 12 programowalnych przycisków.

Z powyższych względów informacje wcześniej uzyskane przez Zamawiającego od producenta tego urządzenia należy uznać za odnoszące się jedynie do późniejszej wersji tego samego modelu, która nie posiadała wymaganej ilości przycisków, jednak Odwołujący zaoferował urządzenie o wymaganej ilości przycisków, co potwierdza powyższe późniejsze stanowisko producenta.

Kolejny zarzut dotyczył nieuznania przez Zamawiającego spełniania przez ofertę Odwołującego wymogu określonego w załączniku nr 9 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Część I – sprzęt AV w pkt. 3.18.

Izba uznała, że zarzut ten należało uznać za uzasadniony w okolicznościach potwierdzenia przez producenta Bose sp. z o.o., iż urządzenie o nazwie ControlSpace ESP-00 II, ESP-00 II Dante Network card, ControlSpace ESP-00 ESPLink 8-ch output card, ESP PSU, ESP88 4x4 mic/Line card może być dostarczane, jako gotowy zestaw i spełnia wówczas wszystkie wymagania SIWZ/OPZ.

Podobnie jak w poprzednim przypadku powyższe zestawienie sprzętowe ma charakter wysoce specjalistyczny i jest dostarczane wyłącznie na indywidualne zamówienia odbiorców. Dodatkowe wyposażenie może być indywidualnie konfigurowane, ponieważ produkty te nie są sprzedawane, jako standardowe zestawy.

Ostatni zarzut mający na celu obronę oferty Odwołującego był skierowany przeciwko ocenie Zamawiającego odnoszącej się do spełniania przez ofertę wymogu z załącznika nr 9 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Część I – sprzęt AV z pkt. 3.51 i miał wykazać posiadanie przez przyłącze stołowe złącza USB 1x230V oraz system zwijania przewodów HDMI, VGA+audio.

Rozpatrując ten zarzut Izba również przyznała rację Odwołującemu, opierając się na jego wyjaśnieniu, że złącza USB 1x230V oraz system zwijania przewodów HDMI, VGA+audio umieścił w pozycji Formularza cenowego - akcesoria montażowe, uznając te elementy za dodatkowe.

Reasumując należy wskazać, że Zamawiający nie przeprowadził kompleksowego postępowania wyjaśniającego treść oświadczenia woli Odwołującego w trybie art.87 ust.1



ustawy Pzp, które to zaniechanie doprowadziło go błędnej oceny merytorycznej złożonej przez Odwołującego oferty.

Nadto należy wskazać, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał od wykonawców w spornym zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań SIWZ, lecz oparł się na własnej wiedzy i doświadczeniu, które okazało się niewystarczające, co potwierdzają powyższe informacje uzyskane od producentów urządzeń.

Izba uznała powołane wyżej oświadczenia producentów za wiarygodne, jako pochodzące od podmiotów posiadających najlepszą wiedzę o produktach przez siebie wytwarzanych i dystrybuowanych, które to informacje są logiczne i spójne.

Jednocześnie ani Zamawiający ani Przystępujący nie wykazali nieprawdziwości powyższych wiadomości, a zatem Izba miała pełne podstawy do oparcia się na powyższych dowodach z dokumentów i nie mogła odmówić im wiarygodności.

Rozpatrując całość sprawy Izba jednak nie dokonała oceny dokumentów przedstawionych w języku angielskim z przyczyn opisanych w przepisie § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Zgodnie z brzmieniem powyższego przepisu wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

Z powyższych względów Izba nie mogła tych dokumentów włączyć w poczet materiału dowodowego.

W zakresie dotyczącym drugiego zarzutu dotyczącego oferty Przystępującego Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał istnienia sprzeczności treści tej oferty z treścią SIWZ, a także zasadności zarzutu odnoszącego się do odręcznych dopisków.

Izba stwierdziła również, że na stronie 6 Formularza cenowego część I pod l.p.22, pozycją 3.18 odnoszącą się do procesora audio widnieje odręczny dopisek: „+ ControlSpace ESP 00 ESPLink 8-Ch out put card 1 szt” oraz pod l.p.38, pozycją 3.34 dotyczącą

Rejestratora multimedialnego dopisano: „120”.

Według zapatrywania Izby odręczny dopisek dokonany przez pracownika Przystępującego, przed złożeniem oferty w żaden sposób nie zmienia jej treści, jeżeli oświadczenie woli zostało uzewnętrznione poprzez jego akceptację w formie parafy złożonej przez osobę upoważnioną do reprezentacji.

Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że dopisek ten był dokonany po złożeniu ofert.

Ostatecznie Izba uznała za nieskonkretyzowany w odwołaniu zarzut Odwołującego o sprzeczności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, a także za nieudowodniony.

Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał jedynie, jako okoliczności faktyczne związane z niezgodnością treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, sytuację dopisku na ofercie przez nieznaną osobę, która miała – jego zdaniem - wpływ na niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ i stanowiła uzupełnienie oferty w dwóch powyższych pozycjach Formularza cenowego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący na rozprawie rozszerzył ten zarzut, przedkładając pismo z dnia 12 września 2014r. firmy Extron Electronics, wskazując tezę dowodową do tego pisma mającą wykazać okoliczność sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Pomijając fakt, że takie wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, a także środka dowodowego nie jest wystarczające, Izba uznała, że Odwołujący na rozprawie rozszerzył powyższy zarzut podnosząc nową okoliczność.

Stosownie do art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przy czym Izba nie uznała za uzasadnione kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego wobec takich okoliczności, jak oszczędne przytoczenie okoliczności faktycznych i prawnych w odwołaniu, brak sporządzenia pisma procesowego zawierającego zestawienie dowodów wraz z przedstawieniem do nich pisemnych tez dowodowych i odpowiedniej do pisemnej nich argumentacji, co zdaniem Izby świadczy o braku zaangażowania pełnomocnika.

Izba również nie przyznała Odwołującemu zwrotu kosztów dojazdu według stawki ryczałtowej, bowiem Odwołujący nie udowodnił na rozprawie, jakim pojazdem się poruszał.

**Przewodniczący:.....**