

WYROK
z dnia 3 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2016 r. przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G. Sp.j., ul. Wolność 8 lok. 4; 26-600 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Rakowiecka 26/30; 02-528 Warszawa,**

przy udziale **iCreatio sp. z o.o., ul. Kawcza 44; 04-167 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G. Sp.j., ul. Wolność 8 lok. 4; 26-600 Radom** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G. Sp.j., ul. Wolność 8 lok. 4; 26-600 Radom,** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **CEZAR C. M. i P. G. Sp.j., ul. Wolność 8 lok. 4; 26-600 Radom** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Rakowiecka 26/30; 02-528 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa, ul. Rakowiecka 26/30; 02-528 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Zakup sprzętu komputerowego i urządzeń drukujących na potrzeby Prokuratury Krajowej*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2016 r., pod numerem 2016/S 150-271731.

Dnia 12 października 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 21 października 2016 roku wykonawca CEZAR C. M. i P. G. Sp.j., (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w zakresie części I zamówienia, od czynności zamawiającego, polegających na:

- 1) bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) dokonaniu wadliwych czynności badania i oceny oferty,
- 3) wyborze oferty wykonawcy iCreatio sp. z o.o., jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- b) z ostrożności art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty,
- c) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
- d) oraz innych przepisów ustawy Pzp wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego, wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż w odniesieniu do parametrów wyrażonych w załączniku nr 1A do s.i.w.z. nie można czynić ofercie odwołującego jakichkolwiek zarzutów. Monitor przez niego zaoferowany posiada parametry dużo lepsze niż wskazane, jako minimalne, nie tylko w odniesieniu do kontrastu.

Odwołujący zgodził się z zamawiającym tylko, co do tego, że kontrast dynamiczny i kontrast statyczny nie są tożsame. Kontrast statyczny jest bowiem parametrem charakterystycznym dla samej matrycy monitora, gdy kontrast dynamiczny jest parametrem uzyskiwanym na skutek współdziałania wszystkich elementów składowych komputera, takich jak matryca, elektronika, procesory graficzne czy algorytmy generacji obrazu. Rzeczywista jakość obrazu obserwowana przez użytkownika w nowoczesnych monitorach jest właśnie rezultatem współdziałania wszystkich tych elementów.

Odwołujący podniósł, że skoro zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia nie opisał wyraźnie, iż żąda, aby oferowane mu monitory posiadały kontrast odpowiedniego rodzaju (statyczny czy dynamiczny) na określonym poziomie to oznacza, że nie było to dla niego istotne. Tym samym wykonawcy mogli zaoferować monitor, którego parametr kontrastu minimum 2 000:1 będzie spełniony dla kontrastu statycznego lub dynamicznego. Wykonawca nie może bowiem ponosić negatywnych konsekwencji niedookreślenia przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, na co niejednokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza.

W ocenie odwołującego, zupełnie niezrozumiałe i niezgodne z prawem było działanie zamawiającego polegające na uszczegółowieniu warunków przedmiotu zamówienia na etapie badania i oceny ofert. Odwołujący, tak i każdy inny wykonawca w postępowaniu, związany jest warunkami przetargu, czyli s.i.w.z., od momentu jej udostępnienia. Zamawiający jest obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 380 z późn. zm.) jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator przetargu od chwili udostępnienia warunków (s.i.w.z.), a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków przetargu. Należy podkreślić, że zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jej zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia s.i.w.z. są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami art. 38 ust. 4 i n. ustawy Pzp i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert.

Ponadto uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego wskazuje, że zamawiający pod pojęciem „kontrast” rozumie wyłącznie kontrast statyczny. Wiedzę, co do posiadanego kontrastu przez oferowany przez odwołującego monitor zamawiający powziął po analizie strony internetowej producenta AOC, na której wśród parametrów oferowanego monitora opisane zostały wartości dla „kontrastu” (rozumianego jako kontrastu statycznego) oraz

„kontrastu dynamicznego”. Czynności zamawiającego należy uznać za nieuprawnione. Zamawiający nie może opierać swojej oceny na podstawie samego sposobu prezentacji danych na stronie internetowej, niezależnie do tego czy jest to strona producenta sprzętu. Istnieją dwa rodzaje kontrastu i kwestia ta nie podlega dyskusji. Została nawet potwierdzona przez zamawiającego na ostatniej stronie uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego. Producenci czy sprzedawcy mogą zaś dowolnie opisywać na swoich stronach internetowych parametry sprzętu. Zgodnie z przyjętym przez zamawiającego sposobem rozumowania, w przypadku określenia na stronie internetowej parametrów w sposób odwrotny, tj. wskazania parametrów „kontrast” dla kontrastu dynamicznego i „kontrastu statycznego”, warunek minimalny uznałby za spełniony. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał także na dokumentację techniczną przedmiotowego monitora (pkt 2 zd. 2 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia). Zaskakujący jest fakt, że zamawiający posiadając dokumentację techniczną sprzętu zdecydował, że przyjmie za prawdziwe nazwy parametrów ze strony internetowej. Z karty katalogowej monitora AOC I2775PQU można z kolei wyczytać 2 parametry dotyczące kontrastu, tj.: (1) Współczynnik kontrastu (dynamiczny) oraz (2) Contrast Ratio Static (współczynnik kontrastu statycznego). Odwołujący wskazał, że gdyby zamawiający oceniał ofertę w świetle zapisów karty katalogowej producenta, to uznałby ten monitor za spełniający warunek minimalny, gdyż słowo „kontrast” jest tam użyte dla określenia kontrastu dynamicznego. Zamawiający powinien był wiedzieć, że materiały zamieszczone na stronach internetowych nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do uzyskania wiedzy na temat parametrów technicznych czy możliwych konfiguracjach określonych produktów. Informacje internetowe nie mają charakteru wyczerpującego. Służą one przedstawieniu w sposób skrótowy pewnych informacji o oznaczonym zakresie, a ich celem jest rozpowszechnienie wiedzy o określonym produkcie, jednakże mają one charakter jedynie wprowadzający i ogólny. W dodatku nie można na ich podstawie ustalić, kto i kiedy zamieścił zawarte w nich informacje oraz czy prawdziwość tych informacji została zweryfikowana. Ponadto zamawiający był w posiadaniu oświadczenia producenta AOC, w którym producent potwierdza wartość parametru kontrastu na poziomie 50 000 000:1. Oświadczenie to zostało przekazane zamawiającemu wraz z pismem z dnia 5 października 2016 r. - odpowiedzią na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty. Dokument ten, jako pochodzący od producenta i adresowany do zamawiającego w celu potwierdzenia parametrów określonych w s.i.w.z. posiada znacznie większą moc dowodową niż dane ze strony internetowej (które, co należy mieć na uwadze, nie są sprzeczne, a wyłącznie inaczej zaprezentowane). Nie sposób zatem zrozumieć sposobu działania zamawiającego, który nie wyrażając swojej woli

w warunkach przetargu, konkretyzuje wymagania minimalne przedmiotu zamówienia na niewłaściwym etapie, odrzucając z tego powodu ofertę odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem odwołującego, w postępowaniu doszło do sytuacji, w której zamawiający na etapie badania i oceny ofert odstąpił od literalnie wyrażonych warunków, które określił w s.i.w.z. Swoją decyzję oparł na nieprawdziwym stwierdzeniu, iż jedynym miarodajnym rodzajem kontrastu jest kontrast statyczny. Wobec tego uznał, już po terminie składania ofert, że wymaganie minimalne dla parametru kontrast na poziomie 2 000:1 dotyczy wyłącznie kontrastu statycznego, mimo że nowoczesne monitory oraz telewizory posiadają odpowiednio wartości zarówno kontrastu statycznego, jak i dynamicznego. Podstawą dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego były informacje zamieszczone na stronie internetowej producenta. Mimo złożenia przez odwołującego wyjaśnienia, a także przedstawienia oświadczenia producenta oferowanego monitora, zamawiający z nieznanых powodów nie uwzględnił tych dokumentów przy ocenie oferty. Nie wskazał w informacji o odrzuceniu oferty powodów, dla których odmówił uznania oświadczenia producenta, czym naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo że z jego treści wyraźnie wynikało, iż wartość kontrastu dla oferowanego monitora to 50 000 000:1. W świetle powyższej argumentacji, zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego należy uznać za uzasadniony i udowodniony, zaś czynności zamawiającego za podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Z ostrożności odwołujący wskazał, iż w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, co do treści złożonej oferty i składanych wyjaśnień zamawiający obowiązany był zwrócić się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie kolejnych wyjaśnień.

Zdaniem odwołującego, dokonując badania oferty odwołującego zamawiający odstąpił od warunków przyjętych w s.i.w.z. oraz jej załącznikach, interpretując je na niekorzyść odwołującego. Skutkiem tego było niezgodne z prawem odrzucenie oferty. Zamawiający w stosunku do odwołującego żądał wykazania spełnienia parametru kontrastu w odniesieniu tylko do kontrastu statycznego, podczas gdy zaniechał badania tej okoliczności u innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Ponadto analogiczna sytuacja dotycząca kilku rodzajów jednego parametru, określonego przez zamawiającego, występuje u wykonawcy iCreatio. Odwołujący wskazuje, iż „czas reakcji” [matrycy monitora], określony w poz. 4 dla monitora komputerowego typ I w załączniku nr 1A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być mierzony na różne sposoby. Standardowo czas reakcji to czas przejścia pojedynczego piksela matrycy ze stanu zgaszonego - czarny, do stanu zapalonego, tzw. pomiar WTW (*white to white*, tj. z ang. biały - biały). Jednakże często czas reakcji jest wskazywany w standardzie GTG, czyli *grey to grey* (z ang. szary - szary). Mierzy się nim czas przejścia świecącego piksela o kolorze szarym do stanu zgaszonego -

czarnego, a następnie z powrotem do zapalonego - szarego. Co więcej, standardy ISO nie dopuszczają testów GTG do określania czasu reakcji matrycy, bowiem podana w ten sposób przez producenta wartość czasu reakcji może być znacznie zaniżona. Na ogólnodostępnej stronie producenta (Ilyama) monitora zaoferowanego przez iCreatio - ProLite XB2783HSU-B1, jako monitor komputerowy typ I, zamieszczona jest natomiast instrukcja obsługi zaoferowanego monitora. Z treści tej instrukcji wynika, że czas reakcji dla tego monitora wynosi: 12 ms, mierzony pomiarem typowym (WTW), natomiast w standardzie GTG wynosi 4 ms. Mając to na uwadze, zamawiający wobec braku określenia standardu pomiaru czasu reakcji dopuścił każdy z dostępnych sposobów, a nie wyłącznie standardowy (typowy) WTW. Wskazuje to, że zamawiający wybiórczo interpretuje zapisy s.i.w.z. dla wskazanych parametrów. W przypadku odwołującego, gdzie pod pojęciem „kontrastu” istnieją jego dwa rodzaje, tj. kontrast dynamiczny i statyczny, zamawiający na etapie badania i oceny ofert wymaga spełnienia parametru ogólnego „kontrast” przez konkretny rodzaj kontrastu - statyczny. Z kolei w przypadku innego wykonawcy, tj. iCreatio, który oferuje monitor o czasie reakcji mierzonym na dwa sposoby, tj. WTW i GTG, Zamawiający trzyma się literalnie wyrażonych zapisów s.i.w.z., dopuszczając spełnienie parametru w którykolwiek z dostępnych sposobów. W postępowaniu doszło więc do sytuacji, w której odwołujący został potraktowany w sposób odmienny od pozostałych wykonawców.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jako wykonawca, który złożył prawidłową ofertę został w sposób bezprawny pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza pod względem określonych w s.i.w.z. kryteriów. W związku z tym odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego konieczną przesłankę do wniesienia odwołania w postępowaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca iCreatio sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdziale III ust. 2 część I zamówienia określił przedmiot zamówienia. Katalog sprzętu obejmuje następujące urządzenia:

- 1) komputer stacjonarny typ I z zainstalowanym systemem operacyjnym wyposażony w dwa monitory,
- 2) komputer stacjonarny typ II z zainstalowanym systemem operacyjnym wyposażony w jeden monitor,
- 3) komputer przenośny (laptop) typ I z zainstalowanym systemem operacyjnym,
- 4) komputer przenośny (laptop) typ II z zainstalowanym systemem operacyjnym,
- 5) monitor komputerowy typ I,
- 6) monitor komputerowy typ II.

Jednocześnie w ust. 3 zamieszczona została informacja, iż specyfikacja techniczna ww. sprzętu została przedstawiona w załączniku nr 1A do s.i.w.z. Na skutek wniosków o wyjaśnienie treści s.i.w.z. załącznik ten był dwukrotnie modyfikowany. Jego ostateczna wersja pochodzi z dnia 30 sierpnia 2016 r. Zgodnie z tym załącznikiem - szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia dla części I - monitor komputerowy typ I miał spełniać wyszczególnione tam wymagania minimalne. Jednym z nich był parametr dotyczący kontrastu, który musiał być na poziomie minimum 2 000:1.

Odwołujący zaoferował zamawiającemu monitor producenta AOC model i2775POU, potwierdzając jednocześnie spełnianie wymagań określonych w s.i.w.z. na formularzu stanowiącym załącznik nr 1A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Jak przyjęło się zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie zamawiający, aby odrzucić ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności zobowiązany jest w sposób obiektywny ustalić zakres przedmiotowy oferty, tzn. musi dokonać weryfikacji wymogów opisanych przez niego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z ofertą wykonawcy. Oczywistym jest, iż w ofercie wykonawcy mogą występować różnego rodzaju nieścisłości i rozbieżności, które jednakże muszą wynikać wprost z treści złożonej oferty. Ustawodawca, w zakresie wskazywanych oczywistych omyłek lub innych omyłek przewidział procedurę ich poprawy, na co wprost wskazuje przepis art. 87 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Dodatkowo ustawodawca przewidział możliwość weryfikacji składanych przez wykonawców oświadczeń poprzez przeprowadzenie procedury wyjaśniania treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże zastrzeżenie wynikające ze zdania drugiego ust. 1 art. 87 ustawy Pzp, wprost wskazuje, że wyjaśnienia składane przez wykonawców nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, gdyż takie ustalenie prowadziłoby do stwierdzenia, że zamawiający z wykonawcą prowadził niedopuszczalne przepisami ustawy Pzp, negocjacje treści oferty (za wyjątkami opisanymi w ustawie - Prawo zamówień publicznych).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający powziął wątpliwości, co do treści oferty odwołującego, w zakresie parametru dotyczącego „kontrastu”, albowiem, jak to wskazał zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 3 października 2016 roku, cyt. *„W dokumentacji technicznej wskazanego sprzętu producent dla parametru kontrast podaje wartość 1000:1. Jednocześnie w wymaganiach zawartych w s.i.w.z. l.p 6 zamawiający wymagał wartości dla tego parametru 2000:1.”*

Odwołujący, pismem z dnia 3 października 2016 roku wyjaśnił zamawiającemu, że *„Zgodnie z kartą katalogową producenta zaoferowany model monitora AOC i2275PQU posiada kontrast 50M:1 (czyli 50 000 000:1) co jest znacznie powyżej wymagania określonego przez zamawiającego na poziomie 2000:1. Z ostrożności ponadto zwracamy uwagę, iż dla monitora określa się tzw. kontrast statyczny oraz kontrast dynamiczny. Zamawiający nie wskazał, iż wymaganie w zakresie poziomu kontrastu ma się odnosić do kontrastu statycznego. Zatem monitor posiadający wartość kontrastu dynamicznego 50 000 000:1 spełnia wymagania literalnie zapisane w s.i.w.z.”*

Ponadto odwołujący w dniu 5 października 2016 roku, w uzupełnieniu do przesłanych wyjaśnień, przesłał dodatkowo oświadczenie producenta zaoferowanego monitora. Producent w złożonym oświadczeniu potwierdził, że „(...) monitor AOC i2775PQU (dotyczy: punkt 5 – Monitor komputerowy typ 1) został dobrany na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), jako produkt spełniający wszystkie określone tam wymagania. W szczególności wskazany monitor spełnia wymaganie w zakresie kontrastu: - Wartość kontrastu wymagana przez zamawiającego to 2000:1 - Wartość kontrastu dla oferowanego monitora i2775PQU to 50 000 000:1.”.

Powyższego wyjaśnienia nie przyjął zamawiający, jednocześnie odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że z dostępnej na stronach internetowych producenta specyfikacji technicznej zaoferowanego monitora są określone oba parametry kontrastu, tj. współczynnik kontrastu 1000:1, oraz współczynnik kontrastu dynamicznego 50M:1.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Wskazać bowiem należy, że nie jest zasadne podnoszone przez odwołującego stanowisko, że zamawiający nie może, przy merytorycznej ocenie oferty, posiłkować się informacjami pozyskanymi samodzielnie, chociażby ze strony internetowej producenta sprzętu. Z żadnego przepisu ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wynika bowiem taki zakaz. Ponadto zamawiający, w celu ustalenia zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami opisanymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma wręcz obowiązek do ustalenia faktycznej treści oferty w oparciu o wszelkie dostępne mu informacje i źródła. Oczywiście zamawiający ma również obowiązek wezwać wykonawcę, w przypadku powzięcia wątpliwości co do treści oferty, w celu wyjaśnienia mu przez wykonawcę wszelkich rozbieżności lub wątpliwości co do przedmiotu oferty. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący, poza złożeniem oświadczenia (wyjaśnień) posiłkował się również oświadczeniem producenta, jednakże zarówno wyjaśnienie jak i oświadczenie producenta nie spowodowało skutku w postaci pozytywnego rozstrzygnięcia wątpliwości zamawiającego.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, iż zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł wymóg dotyczący kontrastu monitora na poziomie 2000:1. Niesporne jest również, że zamawiający nie doprecyzował czy określony przez niego kontrast dotyczy kontrastu statycznego czy dynamicznego. Niemniej dla profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych, jakim z pewnością jest odwołujący, opis dokonany przez zamawiającego winien być jasny i czytelny i nie powinien budzić najmniejszych wątpliwości, czego dotyczy. Powyższe oznacza, iż jeżeli opis parametru kontrast pozostaje samodzielnym sformułowaniem, bez dodatkowego opisu, to oznacza, że parametr ten

dotyczy kontrastu statycznego. Natomiast, jeżeli opis parametru kontrast zostaje doprecyzowany dookreśleniem przymiotnikowym, np. dynamiczny, określa wymóg parametru dla kontrastu dynamicznego. Są to dwa odrębnie regulowane parametry mające istotne znaczenie techniczne.

Nadto nawet, jeżeli odwołujący miał wątpliwości, co do wymogu spełnienia przedmiotowego parametru, winien w tym zakresie zwrócić się do zamawiającego, w odpowiednim terminie, o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący takiej czynności nie dokonał.

Niemniej wskazać należy, iż w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej opis parametru dokonany przez zamawiającego nie wyklucza obowiązku wykonawcy do spełnienia tego parametru w zakresie dwóch rodzajów kontrastów: statycznego i dynamicznego. Skoro zatem, zgodnie z oświadczeniem odwołującego, złożonym na rozprawie, iż rzeczony monitor posiada wartość kontrastu statycznego na poziomie 1000:1, a dla kontrastu dynamicznego 50 000 000:1, to stwierdzić należało, że monitor oferowany przez odwołującego nie spełnia parametrów wymaganych przez zamawiającego, co z kolei stanowi podstawę do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podnieść również należy, iż oświadczenie złożone przez producenta monitora nie odnosi się wprost do wartości kontrastu statycznego, dlatego też nie może stanowić dowodu na okoliczność spełnienia tego parametru przez odwołującego. Oświadczenie to może stanowić dowód jedynie na okoliczność dotyczącą parametru dla kontrastu dynamicznego.

W ocenie Izby, argumentacja odwołującego ukierunkowana jest na możliwość zaoferowania zamawiającemu produktu, który nie odpowiada potrzebom zamawiającego. Odwołujący poprzez odpowiednie, dla siebie, dopasowywanie wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia próbuje w sposób nieuzasadniony sprzedać urządzenie, które nie jest możliwe do zaakceptowania przez zamawiającego, gdyż nie spełnia parametrów wymaganych przez zamawiającego.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem naruszenie wskazanego przepisu mogłoby mieć miejsce w przypadku jego niezastosowania, a zamawiający skorzystał już z tego przepisu. Ponadto podnieść należy, że odwołujący wyjaśniał już treść swojej oferty, wyjaśnienie to jest jednoznaczne i brak jest podstaw do ponownego wzywania odwołującego do wyjaśniania treści swojej oferty. Wskazać należy, iż to na wykonawcy, który został wezwany w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego wyjaśnienia treści złożonej oferty. Nie jest albowiem zasadne, aby zamawiający wielokrotnie, w zakresie tego samego elementu oferty, zwracał się do profesjonalisty o złożenie wyjaśnień. Interes wykonawcy powinien bowiem zaowocować takim opracowaniem wyjaśnień, aby

zamawiający mógł w sposób jednoznaczny, po jednokrotnym wezwaniu, ustalić treść oferty wzywanego wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu, po wezwaniu odwołującego i złożeniu przez niego wyjaśnień, zamawiający miał możliwość ustalenia treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny. Wskazać bowiem należy, że odwołujący jedynie w sposób porównawczy próbuje wykazać wadliwość czynności zamawiającego nie stawiając jednocześnie w tym zakresie żadnych zarzutów. W ocenie Izby zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny ofert.

Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych w języku angielskim przez zamawiającego, gdyż zgodnie z regulaminem postępowania § 19 ust. 3 – wszystkie dokumenty składa się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, musi być przedstawione ich tłumaczenie na język polski. Izba nie przyjęła również, jako dowodu w sprawie, dokumentów złożonych przez odwołującego, albowiem nie odnoszą się one do przedmiotu sporu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: