

**Sygn. akt KIO 1910/15**

**WYROK**  
**z dnia 16 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2015 r. przez wykonawcę Metrohm Polska Sp. z o.o. w Opaczy-Kolonii w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Podstaw Inżynierii Środowiska Polskiej Akademii Nauk w Zabrze

przy udziale A. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A.G.A. Analytical – A. B. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Metrohm Polska Sp. z o.o. w Opaczy-Kolonii i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Metrohm Polska Sp. z o.o. w Opaczy-Kolonii tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Metrohm Polska Sp. z o.o. w Opaczy-Kolonii na rzecz Instytutu Podstaw Inżynierii Środowiska Polskiej Akademii Nauk w Zabrze 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 (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 Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Instytut Podstaw Inżynierii Środowiska Polskiej Akademii Nauk w Zabrze - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa chromatografu jonowego do równoległej analizy anionów i kationów nieorganicznych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 201180 - 2015. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 27 sierpnia 2015 r. informacji o wyniku postępowania 1 września 2015 r. wykonawca Metrohm Polska Sp. z o.o. w Opaczy-Kolonii wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez nieprawidłowe badanie i ocenę ofert oraz odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego na skutek nieuprawnionego uznania, że nie zaoferował on komputera do obsługi chromatografu z procesorem czterordzeniowym 64bit, podczas gdy oferta odwołującego jest poprawna, zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: "SIWZ") oraz powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez A.G.A ANALYTICAL A. B. oraz z uwzględnieniem oferty odwołującego i o dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że sprzęt komputerowy jest sprzętem modyfikowalnym, a zamawiający nie wymagał dostarczenia urządzenia „z półki”. Stwierdził, że dołożył wszelkich starań, aby spełnić wymagania zamawiającego i już przed terminem składania ofert uzyskał ustne zapewnienie dostawcy komputera, wiodącego krajowego dostawcy komputerów firmy KOMPUTRONIK S.A, z którym pozostaje w stałych stosunkach gospodarczych, że zaoferowany zamawiającemu model Komputerik Pro DR 4-way [H002], będzie posiadał wyposażenie zgodne z treścią SIWZ, w tym procesor czterordzeniowy 64 bit. Wyjaśnił, że na skutek wątpliwości zamawiającego dotyczących zaoferowania procesora czterordzeniowego odwołujący dodatkowo uzyskał od firmy KOMPUTRONIK S.A. pisemne

potwierdzenie, iż oferowany model Komputronik Pro DR 4-way [H002], będzie posiadał procesor czterordzeniowy oraz port RS-232.

A. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A.G.A. Analytical – A. B. w Warszawie przystąpiła 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 odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W Załączniku nr 4 do SIWZ "Specyfikacja Techniczna" zamawiający wymagał potwierdzenia parametrów technicznych, w tym posiadania przez oferowany zestaw komputerowy do sterowania aparatem procesora czterordzeniowego 64 bit (k.19).

W odpowiedzi w złożonej ofercie odwołujący potwierdził spełnianie tego wymagania (k. 122). Jednocześnie w innym miejscu oferty wskazał, że oferuje komputer spełniający wymagania SIWZ model Komputronik Pro DR 4-way (H002) w tym procesor czterordzeniowy 64bit (k. 121).

Pismem z 21 sierpnia 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym czy zaoferowany komputer posiada procesor czterordzeniowy 64bit. Zamawiający podniósł, że z przedstawionego modelu wynika, że procesor będzie dwurdzeniowy (k. 178).

Odwołujący pismem z 25 sierpnia 2015 r. potwierdził, że komputer będzie posiadał procesor czterordzeniowy. Wyjaśnił, że w ofercie wskazał jedynie skrótową nazwę wyposażenia oraz że dla danej nazwy komputera istnieje zazwyczaj kilka, kilkanaście, a nawet kilkadziesiąt wersji danego komputera (przykładowo model Komputronik Pro DR-4 way w 10 wersjach) różniących się między innymi wielkością i rodzajem dysku twardego, rodzajem procesora, kartą graficzną(...). Odwołujący potwierdził, że zaoferowany komputer będzie w wersji wyposażenia wymaganej lub przewyższającej wymagania SIWZ np. dysk twardy o pojemności 1000 GB (k. 172).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uzasadniając, że wykonawca zaoferował w ofercie model komputera Komputronik Pro DR 4-way [H002], który jest modelem z procesorem dwurdzeniowym (k. 198).

Izba zważyła, co następuje:

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 złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Zamawiający słusznie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących liczby rdzeni w oferowanym komputerze. Treść oferty odwołującego dotknięta była bowiem sprzecznością polegającą na tym, że wskazany model H002 posiada procesor dwurdzeniowy, a jednocześnie odwołujący potwierdził spełnianie wymagania zamawiającego polegającego na wyposażeniu komputera w procesor czterordzeniowy.

Złożone wyjaśnienia nie tylko nie rozproszyły wątpliwości zamawiającego, nie usunęły wskazanej sprzeczności, ale stanowiły faktycznie zmianę treści oferty złożonej przez odwołującego. Odwołujący nie odniósł się w wyjaśnieniach wprost do wskazanego w ofercie modelu komputera Komputronik Pro DR 4-way [H002], potwierdził natomiast, że model Komputronik Pro DR 4-way jest oferowany w 10 wersjach. Oświadczenie to prowadzi do istoty sporu tj. oceny, która z wersji komputera został zaoferowana zamawiającemu: H002 posiadająca procesor dwurdzeniowy, czy H010 posiadająca procesor czterordzeniowy.

Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego, że zaoferował zamawiającemu Komputronik Pro DR 4-way [H002] w wersji zmodyfikowanej. Taki zamiar odwołującego ani wprost, ani pośrednio nie wynika z treści złożonej oferty, ani też z wyjaśnień udzielonych na wezwanie zamawiającego. Również w czasie rozprawy nie został złożony dowód przekonujący, że przed upływem terminu składania ofert odwołujący wynegocjował z Komputronik S.A. w Poznaniu modyfikację komputera Pro DR 4-way [H002] na potrzeby badanego postępowania.

Istotą sporu nie jest bowiem to, czy Komputronik S.A. modyfikuje poszczególne wersje komputerów Pro DR 4-way, a tę okoliczność odwołujący wykazywał, ale to, czy odwołujący przed terminem składania ofert ustalił, że zaoferuje zamawiającemu komputer Pro DR 4-way [H002], który zostanie zmodyfikowany w ten sposób, że będzie posiadał procesor czterordzeniowy.

Izba nie uznała oświadczenia Komputronik S.A. z 4 września 2015 r. za dowód potwierdzający prowadzenie negocjacji w tej sprawie między odwołującym a Komputronik S.A. przed upływem terminu składania ofert. Niewiarygodne jest bowiem, aby w normalnym

toku stosunków między przedsiębiorcami, nawet jeśli stosunki te są stałe, nie istniał dowód potwierdzający rezultat negocjacji (np. pismo, mail, notatka) - w tym przypadku ustalenie, że Komputronik S.A. dostarczy komputer Komputronik Pro DR 4-way w wersji czterordzeniowej.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia można złożyć jedną ofertę, a zmiana (inna niż wynikająca z art. 87 ust. 1a i 2 Pzp) lub wycofanie oferty jest dopuszczalne wyłącznie przed upływem terminu składania ofert (art. 82 ust. , art. 84 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 in fine Pzp).

Izba ocenia, że w kolejno składanych wyjaśnieniach odwołujący zmieniał treść swojej oferty przez deklarowanie kolejnych elementów oferowanego komputera, których parametry są typowe dla modelu H010. I tak w wyjaśnieniach z 25 sierpnia 2015 r. wskazał na parametry dysku twardego wyższe niż w złożonej ofercie oraz charakterystyczne dla modelu H010. W oświadczeniu Komputronik S.A. z 4 września 2015 r. załączonym do odwołania (w aktach sprawy) zadeklarował, że zainstaluje dodatkową pamięć 4 GB (łącznie 8 GB), w sytuacji gdy model H002 wskazany w ofercie posiada pamięć jedynie 4 GB.

Zmiany te zmierzające do zmiany oferty w ten sposób, że miejsce parametrów charakterystycznych dla modelu H002 zajmą parametry cechujące model H010 można uchwycić porównując parametry obu modeli (w aktach sprawy)

Izba uznała, że kolejno dokonywane przez odwołującego zmiany oferty są w istocie próbą negocjacji z zamawiającym. Nie można inaczej ocenić podwyższenia przez odwołującego pojemności dysku twardego dokonane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego całkowicie z własnej inicjatywy odwołującego. Wezwanie zamawiającego dotyczyło bowiem wyłącznie liczby rdzeni.

Reasumując, udzielając wyjaśnień odwołujący nie usunął sprzeczności w treści swojej oferty, natomiast dokonał modyfikacji jej treści i podjął próbę negocjacji zakazanych z mocy art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp.

Czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odpowiada więc prawu i zamawiający nie naruszył tego przepisu.

Zarzut naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp nie został wywiedziony w odwołaniu, zatem argumentacji podnoszonej w tej mierze na rozprawie Izba nie wzięła pod rozwagę. Art. 192 ust. 7 Pzp nie pozwala orzekać co zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym pod pojęciem zarzutu należy rozumieć czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz uzasadniające je okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy. Samo wskazanie przepisu, który zdaniem odwołującego, został naruszony przez zamawiającego, nie tworzy zarzutu.

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 2010r. 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).

**Przewodniczący:** .....