

WYROK
z dnia 11 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2015 r. przez **odwołującego:** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Viatelecome Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum ul. Skarbowców 23a; 53-025 Wrocław i Sotronic Sp. z o.o. – Członek konsorcjum ul. Przemysłowa 25; 32-083 Balice w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gminę Walim w imieniu której występuje Wójt Gminy Walim ul. Boczna 9; 58-320 Walim

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYMETRA W. W. ul. Kilińskiego 16; 28-100 Busko - Zdrój Lider konsorcjum i STIMO N. Spółka Jawna ul. Sikorskiego 11A; 38 - 400 Krosno – Członek Konsorcjum zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie oferty wykonawcy wybranego oraz ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Walim w imieniu której występuje Wójt Gminy Walim ul. Boczna 9; 58-320 Walim

1

Sygn. akt KIO 174/15

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Viatelecome Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum ul. Skarbowców 23a; 53-025 Wrocław i Sotronic Sp. z o.o. – Członek konsorcjum ul. Przemysłowa 25; 32-083 Balice tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Gminy Walim w imieniu której występuje Wójt Gminy Walim ul. Boczna 9; 58-320 Walim na rzecz Viatelecome Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum ul. Skarbowców 23a; 53-025 Wrocław i Sotronic Sp. z o.o. – Członek konsorcjum ul. Przemysłowa 25; 32-083 Balice kwotę 18.600 **zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Świdnicy

Przewodniczący:

Uzasadnienie

2

Pismem z dnia 28 stycznia 2015r., w tym samym dniu, odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W odwołaniu podniósł następujące zarzuty co do czynności zamawiającego.

Po pierwsze zarzucił naruszenie art.7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2013r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp.” w związku z jej art.8 ust.1,2,3 oraz art.96 ust.3 poprzez nie udostępnienie informacji z oferty wykonawcy wybranego/przystępującego. Odwołujący podważył skuteczność zastrzeżenia Wykazu osób, Wykazu Usług oraz Tabeli zgodności wraz z załącznikami do tych dokumentów, które jego zdaniem nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Po drugie odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy wybranego/przystępującego, którego treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Po trzecie zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp. w związku z wezwaniem do uzupełnienia dokumentu, którego nie można uzupełnić to jest uzupełnienie brakującego w ofercie Załącznika nr 9 do SIWZ o nazwie Tabela zgodności stanowiącego opis przedmiotu zamówienia.

Po czwarte naruszenie przepisu art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, które będą wykonywać zamówienie. W konsekwencji po piąte naruszenie art.26 ust.3 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie do uzupełnienia Wykazu osób przy pomocy, których będzie wykonywane zamówienie.

Po szóste niezgodnej z przepisami ustawy Pzp. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wobec tak sformułowanych zarzutów odwołujący podniósł następujące żądania:

unieważnienie czynności oceny ofert; unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wezwania przystępującego /wykonawcy wybranego do uzupełnienia oferty w zakresie załącznika nr 9 do SIWZ, dokonania ponownej oceny ofert, odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego/przystępującego, odrzucenia oferty wykonawcy wybranego/przystępującego w sprawie, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono argumentację faktyczną i prawną.

Po raz pierwszy w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 9 stycznia 2015r. odwołujący został powiadomiony o wyborze oferty przystępującego oraz o odmowie udostępnienia zastrzeżonych przez tego wykonawcę dokumentów. Odwołujący w dniu 19 stycznia 2015r. wniósł po raz pierwszy odwołanie do KIO i w tym samym dniu dowiedział się

od zamawiającego o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, że zaskarżona czynność przez odwołującego została uchylona cofnął odwołanie w dniu 20 stycznia 2015r.

W dniu 21 stycznia 2015r. odwołujący ponownie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie zał. nr 4; 5 i 9 z oferty wykonawcy wybranego/przystępującego.

Przy czym przystępujący był dwukrotnie wybierany jako wykonawca z najkorzystniejszą ofertą to jest zarówno w dniu 9 stycznia 2015r. jak i w dniu 26 stycznia 2015r.

W dniu 21 stycznia 2015r. zamawiający nie przychylił się do kwestionowanego przez odwołującego zastrzeżenia dokumentów w ofercie wykonawcy wybranego. Tym samym zamawiający dwukrotnie odmówił odwołującemu odtajnienia zał. nr 4; 5 i 9 wraz z kartami katalogowymi co uczynił kolejno w dniach 9 stycznia 2015r. i 21 stycznia 2015r. Odwołujący uważa, że odrębnie od każdego z tych terminów przysługuje jemu prawo do składania z tego tytułu odwołań.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający nie miał prawa w dniu 23 grudnia 2014r. wzywać do złożenia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ oferty były składane po dniu 17 października 2014r. (dnia 12.12.2014r.) to jest po wejściu w życie nowelizacji art.8 ustawy Pzp. Nowelizacja nakazuje wykonawcom uzasadnienie co do informacji niejawnych w ofercie na etapie składania ofert a nie jak dotychczas na wezwaniu zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że zarówno zamawiający w wezwaniu z dnia 23

grudnia 2014r. jak i wykonawca wybrany/przystępujący w odpowiedzi z dnia 29 grudnia powoływali się na zastrzeżenie tajemnicy Tabeli zgodności to jest zał. nr 9 jak i kart katalogowych. Przy czym dopiero w dniu 19 stycznia 2015r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego/przystępującego do uzupełnienia oferty o Tabelę zgodności oraz załączniki do tej tabeli.

Według odwołującego zamawiający bezprawnie zaniechał udostępnienia części oferty przystępującego/wykonawcy wybranego.

Odwołujący również podniósł zarzut braku osób, który posiadają wymagane doświadczenie to jest certyfikaty producenta zaferowanego systemu LTE do prowadzenia szkoleń dla użytkownika końcowego. Przy czym odwołujący wobec utajnienia oferty domyśla się, że wykonawca wybrany zaferował rozwiązanie produkcji Huawei.

W zakresie zarzutu z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. odwołujący przywołał okoliczność wezwania do uzupełnienia oferty o zał. nr 9; zarzut radiolinii dla polacz en węzłów typu WN (typ 1)- PKT PFU (od str. 36) II.2.3.4. przywołał wymagania w zakresie temperatury od -35 ° do 60 ° C, przywołując, że Radwin 2000C wyposażony jest w IDU od 0 ° do 50 ° C.

Co do zarzutów podniesionych do komputera PC to na rozprawie w tym zakresie cofnięto odwołanie.

4

Sygn. akt KIO 174/15

W dniu 30 stycznia 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania w całości, ponieważ zarzuty są bezzasadne.

Pismem z dnia 09 lutego 2015r. przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie wnosząc o pominięcie spóźnionych zarzutów odwołania i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie a w przypadku nie uwzględnienia spóźnienia zarzutów o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając szczegółową argumentację w sprawie popartą licznymi przywołanym orzecznictwie.

W dniu 09.02.2015r. odpowiedź na odwołanie złożył zamawiający wnosząc o jego oddalenie w całości i zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z uregulowaniem ustawy odnosząc się szczegółowo do podniesionych zarzutów w odwołaniu.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył

Izba ustaliła

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 maja 2014r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2014/S 090-157331 gdzie przedmiot zamówienia określono jako: „Zaprojektowanie i budowę infrastruktury sieci szerokopasmowej, dostawę sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem oraz szkolenie Beneficjentów w ramach projektu pn. „Rozwój społeczeństwa informacyjnego poprzez przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Walim realizowanego zgodnie z umową nr POIG.08.03.00-02-264/13 – II postępowanie”.

Pierwotny termin składania ofert ustalono na dzień 3 grudnia 2014r. a w wyniku zmiany ostatecznie termin ustalony został na dzień 12 grudnia 2014r.

Powyższego ustalenia Izba dokonała na podstawie Ogłoszenia o zamówieniu.

Na podstawie zgłoszonych na rozprawie wniosków dowodowych przez strony i uczestnika Izba przeprowadziła dowody z przywołanych dokumentów z dokumentacji zamawiającego przedłożonej do akt sprawy, dokonując następujących ustaleń.

Odwołujący w dniu 12.12.2014r. złożył do zamawiającego wniosek o udostępnienie wyglądu w złożone oferty w postępowaniu.

5

Sygn. akt KIO 174/15

W dniu 15 grudnia 2014r. odwołujący wobec nie udostępnienia ofert z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy wniósł o ich odtajnienie kierując wnioskiem pod adresem oferty przystępującego/wykonawcy wybranego.

W dniu 23 grudnia 2014r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego / przystępującego do wyjaśnienia utajnienia oferty w zakresie wykazu usług, osób i tabeli zgodności wraz z załącznikami do tych dokumentów.

W dniu 29 grudnia 2014r. wykonawca wybrany \ przystępujący podtrzymał swoją decyzję co do utajnienia dokumentów uzasadniając zamawiającemu swoje stanowisko w tym zakresie.

W dniu 07.01.2015r. zamawiający z kolei zwrócił się do odwołującego o uzasadnienie dokonanych zastrzeżeń co do ochrony informacji w ofercie.

W dniu 08.01.2015r. odwołujący przyznał, że omyłkowo nie załączył do oferty uzasadnienia co do utajnienia części oferty ale w jego ocenie tego braku nie można sanować na tym etapie postępowania i to dotyczy również pozostałych wykonawców.

W dniu 9 stycznia 2015r. zamawiający poinformował odwołującego, że uznał jako obowiązujące zastrzeżenie dokumentów przez przystępującego/wykonawcę wybranego.

W dniu 9 stycznia 2015r. odwołujący poinformował zamawiającego, że zamierza wnieść odwołanie.

W dniu 09.01.2015r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest przystępującego.

W dniu 13.01.2015r. odwołujący skierował pytania do zamawiającego czy kierował inne pisma do przystępującego poza pismem z dnia 23 grudnia 2014r. i czy otrzymał od niego tylko pismo z dnia 29.12.2014r. to jest pismo w sprawie utajnienia dokumentów?. Poza tym zapytał zamawiającego czy wymienione przez przystępującego załącznik nr 9 – „Tabela zgodności” oraz karty katalogowe, zostały przez to konsorcjum załączone do oferty, czy uzupełnione na wezwanie Zamawiającego?. „Prosimy o odpowiedź oraz o pilne potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma.”

W dniu 19.01.2015r. zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty i o ponownej ocenie i wyborze najkorzystniejszej

6

Sygn. akt KIO 174/15

oferty. W uzasadnieniu zamawiający stwierdził między innymi "Dnia 13.01.2015r. Wykonawca- uczestnik postępowania poinformował zamawiającego o niezgodnej z warunkami przetargowymi wyborze oferty konsorcjum firm: (...).Wnosząc informację Wykonawca przekazał Zamawiającemu, że wybrana oferta jako najkorzystniejsza zawiera braki w składanych dokumentach, które były wymagane przez Zamawiającego".

W dniu 19.01.2015r. zamawiający wystąpił do odwołującego o uzupełnienie brakujących załączników do Tabeli zgodności oraz do dołączenia oryginału zobowiązania o udostępnieniu zasobów.

W dniu 19.01.2015r. zamawiający działając na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp. wystąpił do przystępującego/wykonawcy wybranego z wezwaniem "wzywa do uzupełnienia Państwa oferty o załącznik nr 9 do SIWZ (tj. Tabela zgodności spełnienia warunków funkcjonalno-technicznych) oraz brakujące dokumenty, stanowiące załączniki do ww. tabeli określone w § 6 pkt 17 SIWZ z dnia 22.12.2013r. a mianowicie: "W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, Zamawiający wymaga opisu zgodnego z Załącznikiem nr 9 do SIWZ (Tabela zgodności spełnienia warunków funkcjonalno-technicznych) zawierającego dokładne parametry i informacje o oferowanych urządzeniach i systemach teleinformatycznych. Dla wskazanych w tabelach urządzeń i systemów, Zamawiający wymaga załączenia wraz z ofertą dokumentów technicznych (noty katalogowe). Powinny one

być napisane w języku polskim i zawierać parametry techniczne/funkcjonalne wymagane. Dopuszcza się przedstawienie wyciągu z dokumentacji technicznej danego urządzenia w języku polskim pod warunkiem, że taki wyciąg został potwierdzony za zgodność z oryginałem i stanem faktycznym przez Wykonawcę(...).

W dniu 20 stycznia 2015r. odwołujący powiadomił zamawiającego o wycofaniu odwołania w związku z unieważnieniem czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 21 stycznia 2015r. odwołujący wystąpił do zamawiającego o wgląd do wezwań przystępującego/wykonawcy wybranego po unieważnieniu oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w związku z ponowną oceną występujących w niej braków.

W dniu 21.01.2015r. odwołujący wystąpił do zamawiającego o skonkretyzowanie wysłanego do niego wezwania o uzupełnienie kart katalogowych („brakujące załączniki do Tabeli zgodności”). W piśmie tym odwołujący zawarł również prośbę o przesłanie kopii części oferty wykonawcy wybranego/przystępującego w zakresie Załącznika nr 4 Wykaz usług,

7

Sygn. akt KIO 174/15

załącznika nr 5 Wykaz osób oraz załącznika nr 9 Tabela zgodności i karty katalogowe. „Jak już wskazywaliśmy (...) nie dokonała skutecznego zastrzeżenia tych części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co powinno zostać przez Państwa stwierdzone przy ponownej ocenie ofert.”

W piśmie z dnia 21.01.2015r. zamawiającego do odwołującego zamawiający wymieniając konkretnie brakujące karty katalogowe w ofercie odwołującego również stwierdza” Jednocześnie Zamawiający informuje, że w trakcie ponownej oceny ofert dostrzegł braki zarówno w ofercie konsorcjum (...), jak i w Państwa ofercie, stąd wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów. Nie przychylił się natomiast do zarzutu nieskutecznego zastrzeżenia części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zarówno przez Państwa, jak i ww konsorcjum.”

Pismo z dnia 21.01.2015r. odwołującego do zamawiającego, w którym w związku z otrzymanym w dniu dzisiejszym pismem, o wezwaniu przystępującego pismem z dnia 19.01.2015r., o uzupełnienie w trybie art.26 ust.3 ustawy oferty o załącznik nr 9, wskazuje zamawiającemu na naruszenia ustawy. Po pierwsze takie wezwanie jest nieuprawnione w kontekście brzmienia art.26 ust.3 ustawy Pzp. a po drugie wezwanie to stanowi naruszenie art.87 ust.1 ustawy Pzp., ponieważ powoduje niedozwolone uzupełnienie oferty. (...). Dalej odwołujący stwierdza ”Mając powyższe na uwadze wnosimy o unieważnienie przedmiotowego wezwania i dokonanie oceny oferty Konsorcjum(...) bez załącznika nr 9, który nie został dołączony do oferty. W przypadku braku reakcji Zamawiającego na niniejsze wystąpienie, będziemy zmuszeni złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność Zamawiającego niezgodną z prawem Zamówień Publicznych.”

W dniu 26 stycznia 2015r. zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty to jest o ponownym wyborze oferty przystępującego.

Izba z urzędu na rozprawie przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania odwoławczego w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 111/15, w którym to postępowaniu odwołujący w dniu 19 stycznia 2015r. wniósł odwołanie a następnie w dniu 20 stycznia 2015r. je wycofał .

W odwołaniu podniósł następujące zarzuty co do czynności zamawiającego.

Po pierwsze zarzucił naruszenie art.7 ust.1 ustawy Pzp. w związku z jej art.8 ust.1,2,3 oraz art.96 ust.3 poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych informacji z oferty wykonawcy wybranego/przystępującego, zaś te informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

8

Sygn. akt KIO 174/15

Odwolujący podważył skuteczność zastrzeżenia Wykazu osób, Wykazu Usług oraz Tabeli zgodności wraz z załącznikami do tych dokumentów.

Po drugie odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy wybranego/przystępującego, którego treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po trzecie naruszenie przepisu art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, które będą wykonywać zamówienie. W konsekwencji po czwarte naruszenie art.26 ust.3 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie do uzupełnienia Wykazu osób przy pomocy, których będzie wykonywane zamówienie.

Po piąte niezgodnej z przepisami ustawy Pzp. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wobec tak sformułowanych zarzutów odwołujący podniósł następujące żądania:

unieważnienie czynności oceny ofert; unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert, odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego/przystępującego, odrzucenia oferty wykonawcy wybranego /przystępującego w sprawie, dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił argumentację dotyczącą bezprawnego zaniechania udostępnienia części oferty wykonawcy wybranego/przystępującego to jest załącznika nr 4;5 i 9; zaniechania wykluczenia tegoż wykonawcy z powodu nie posiadania przez co najmniej jednego pracownika certyfikatu autoryzacyjnego producenta zaoferowanego LTE do prowadzenia szkoleń dla użytkownika końcowego, domyślając się, że chodzi o system Huawei; zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. to jest co do Radiolinii dla połączeń węzłów typu WN (typ 1)- PKT PFU (od str. 36) II.2.3.4. przywołał wymagania w zakresie temperatury od -35 °C do 60 °C, przywołując, że Radwin 2000C wyposażony jest w IDU od 0 °C do 50 °C oraz zarzuty w zakresie komputerów PC.

Pismem z dnia 20.01.2015r. odwołujący cofnął wniesione odwołanie. Postanowieniem z dnia 23 stycznia 2015r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze uzasadniając je cofnięciem odwołania.

Izba na podstawie SIWZ ustaliła.

Przedmiotem postępowania jest „Zaprojektowanie i budowa infrastruktury sieci szerokopasmowej, dostawa sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem oraz szkolenie Beneficjentów w ramach projektu pn. „Rozwój społeczeństwa informacyjnego poprzez przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu w Gminie Walim realizowanego zgodnie z umową nr POIG.08.03.00-02-264/13 –II postępowanie”.

9

Sygn. akt KIO 174/15

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w § 4 Opis przedmiotu Zamówienia SIWZ. Zaznacza się, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się Programie funkcjonalno - użytkowym określającym minimalne parametry techniczne budowanej infrastruktury oraz urządzeń, oprogramowania i gwarancji. Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z warunkami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w szczególności zgodnie z dokumentami wymienionymi powyżej stanowiącymi załączniki do niej .

W § 18 SIWZ wśród załączników wymienia się załącznik nr 9 Tabela zgodności, która zawiera następujące kolumny: numer rozdziału PFU(Program funkcjonalno-użytkowy), element systemu/sprzęt, urządzenie oferowane (producent, model, P/N), parametry techniczne/funkcjonalne oferowane. W wierszach wymienia się poszczególne rozdziały z oznaczeniem ich numeracji oraz nazwę np.; Rozdział II.2.3.1 PFU; system dostępowy punkt-wielopunkt LTE. Na wstępie tabeli zgodności zamieszczona jest instrukcja wypełnienia, która między innymi przewiduje: w PFU zamawiający dla każdej pozycji określił minimalne parametry jakie mają spełniać urządzenia i wykonawca musi przedstawić w załączniku parametr techniczny/funkcjonalny oferowany zgodnie z oznaczonymi punktami PFU; należy podać producenta danego urządzenia, oferowany model. Każde pole w kolumnach „Parametr techniczny/funkcjonalny oferowany oraz urządzenie oferowane musi być wypełnione przez wykonawcę. Wszelkie dane muszą być czytelne i nie mogą być

poprawiane a wszelkie poprawki należy nanieść poprzez przekreślenie i ponowne wpisanie w prawidłowym brzmieniu wraz z parafką osoby podpisującej ofertę.
Instrukcja wypełnienia Tabeli zawiera również informację na temat dołączonych do oferty not katalogowych.

Zawarta jest następująca uwaga. Zamawiający uzna za niespełnione warunki udziału w postępowaniu gdy stwierdzi niezgodność parametrów urządzeń oferowanych przez wykonawcę z parametrami urządzeń opisanymi w Programie Funkcjonalno – Użytkowym oraz pominięcie lub brak wpisu w kolumnie „Parametr Techniczny/Funkcjonalny Oferowany parametrów technicznych.

Na podstawie dokonanych ustaleń Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła

Odwwołanie zasługuje na uwzględnienie.

10

Sygn. akt KIO 174/15

Odwwołujący zasadnie w odwołaniu podniósł kwestię nie dołączenia do oferty wykonawcy wybranego Załącznika Nr 9 pod nazwą Tabela zgodności co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art.89 ust.1 punkt 2 ustawy Pzp.

W sprawie bezsporną okolicznością jest, że dopiero na wezwanie zamawiającego z dnia 19 stycznia 2015r. to jest po uprzednim unieważnieniu pierwszego wyboru oferty (pierwszy wybór miał miejsce w dniu 9 stycznia 2015r.), zamawiający wezwał do doręczenia załącznika Nr 9 Tabela zgodności. Na rozprawie ani zamawiający, ani przystępujący tej okoliczności nie zaprzeczyli a wprost przyznali ją jako okoliczność bezsporną w sprawie.

Niemniej zarówno zamawiający jak i przystępujący twierdzili, że wezwanie jest pod względem prawnym skuteczne również po złożeniu ofert a złożenie ofert nastąpiło już w dniu 12 grudnia 2014r.

Zamawiający wezwanie do uzupełnienia oferty o Załącznik Nr 9 Tabela zgodności uczynił na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy nadmienić, że obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty byli wzywani do uzupełnienia kart katalogowych oferowanych urządzeń.

Izba w oparciu o przepisy ustawy Pzp. w związku z wezwaniem o uzupełnienie oferty o Zał. Nr 9 Tabela zgodności, uznaje taką praktykę zamawiającego jako niedopuszczalną. Bowiem po złożeniu ofert wykonawca nie może być wzywany do uzupełnienia oferty o wykaz oferowanych urządzeń, których parametry minimalne opisał zamawiający w tym przypadku w Programie Funkcjonalno –Użytkowym SIWZ. W ocenie Izby oferowany przedmiot zamówienia jest istotnym elementem oferty składanej tak jak istotnym elementem jest cena i termin wykonania. Brak w tym przypadku Tabeli zgodności, w której zgodnie z zał. Nr 9 miał być przedstawiony opis oferowanego przedmiotu zamówienia jest elementem koniecznym oferty, którego nie można ani poprawiać ani uzupełniać po złożeniu oferty. Na tę okoliczność ustawodawca przewidział sankcje w postaci odrzucenia oferty a co wynika z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, Zgodnie z nim zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. W tym wypadku sprzecznością jest nie zaoferowanie zamawiającemu na dzień składania ofert przedmiotu zamówienia w sytuacji gdy zamawiający przewidział jego przedstawienie w formie wypełnionej Tabeli zgodności.

Tym samym Izba nie podziela stanowiska zamawiającego czy przystępującego, że można dokonać uzupełnienia w tym wypadku Tabeli zgodności w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentu brakującego. Taka procedura może mieć miejsce w stosunku do kart katalogowych jako dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego. Powyższe stanowisko Izby oparte jest o treść art.25 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp w związku z art.26 ust.3 ustawy Pzp oraz § 6 pkt 1) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

11

Sygn. akt KIO 174/15

Co do kwestii wniesienia w terminie zarzutu to na podstawie poczynionych ustaleń w tym z

akt postępowania odwoławczego o Sygn. akt KIO 111/15 Izba nie stwierdziła we wniesionym w terminie 19 stycznia 2015r. odwołaniu zarzutu dołączenia do oferty po złożeniu ofert załącznika Nr 9 Tabela zgodności. Natomiast z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że w dniu 13 stycznia 2015r. odwołujący skierował pytanie do zamawiającego czy do oferty załączono Tabele zgodności czy ją uzupełniono na wezwanie zamawiającego.

Z dokumentacji zamawiającego wynika również, że dopiero w dniu 19 stycznia 2015r. zamawiający wezwał przystępującego o uzupełnienie oferty o Tabelę zgodności. Po czym po jej uzupełnieniu zamawiający ponownie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy przystępującego co uczynił w dniu 26 stycznia 2015r..

W tym stanie rzeczy zarzut odwołującego oparty na art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp o bezpodstawnym wezwaniu wykonawcy wybranego po złożeniu oferty do uzupełnienia oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia (zał. Nr 9 Tabela zgodności), zamiast odrzucenia oferty, jest uprawniony w świetle powyżej dokonanych ustaleń przez Izbę.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołującego są spóźnione.

Po pierwsze zarzuty niniejszego odwołania stanowią niemal lustrzane odbicie zarzutów podniesionych w poprzednim postępowaniu odwoławczym w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 111/15 to jest zarzuty co do utajnienia Wykazu usług, Wykazu osób oraz Tabeli zgodności, która była wymieniona w ofercie jako dokument zastrzeżony ale w rzeczywistości nie była doręczona wraz ofertą. Poza tym identyczne zarzuty podniesiono co do oferowanych, na podstawie domniemań odwołującego, urządzeń (radiolinii i komputerów). Po drugie w ocenie Izby odwołujący utracił prawo do skutecznego podnoszenia zarzutów w opisanym zakresie z racji wycofania odwołania w okolicznościach nie uwzględnienia odwołania przez zamawiającego tylko w okolicznościach unieważnienia oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jak okazało się zamawiający nie uznał zarzutów odwołania z dnia 19 stycznia 2015r., ponieważ unieważnił poprzedni wybór oferty z powodu, że odkrył w ofercie wykonawcy wybranego brak Tabeli zgodności. Po trzecie spóźniony jest zarzut braku odtajnienia zastrzeżonych dokumentów, ponieważ został on zgłoszony w pierwszym odwołaniu z dnia 19 stycznia 2015r., które zostało cofnięte. Po czwarte Izba nie podziela stanowiska odwołującego co do prawa ponownego zgłaszania zarzutów w sytuacji unieważnienia oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji nie uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Jak okazało się w sprawie przyczyną unieważnienia oceny i wyboru oferty nie były zarzuty podniesione w odwołaniu z 19 stycznia 2015r. tylko okoliczność braku w ofercie wykonawcy wybranego Tabeli zgodności. Zresztą zamawiający w

12

Sygn. akt KIO 174/15

piśmie skierowanym w dniu 21 stycznia 2015r. do odwołującego zawiadamia, że stanowisko co do prawa zastrzeżenia informacji w ofercie jest uprawnione co odpowiada stanowisku zamawiającego przed złożeniem pierwszego odwołania. Po piąte Izba nie podziela stanowiska odwołującego co do braku prawa zamawiającego do wezwania na okoliczność utajnienia oferty w kontekście aktualnego brzmienia art.8 ust.3 ustawy Pzp to jest w sytuacji gdy wykonawca nie uzasadni w dacie złożenia oferty zastrzeżenia tajemnicy w ofercie. W gestii zamawiającego pozostaje decyzja czy wezwie do wyjaśnień czy bez wezwania do wyjaśnień podejmie czynność odtajnienia czy też utrzymania w mocy zastrzeżenia w ofercie co do ochrony informacji zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po szóste wobec spóźnienia zarzutów co do zastrzeżenia tajemnicy wykazu osób, wykazu usług, tabeli zgodności Izba zasadności braku odtajnienia tych informacji nie rozpatrywała jak również nie rozpatrywała zasadności zarzutów co do braku osoby posiadającej wymagany certyfikat do szkolenia beneficjentów jak i co do wymaganych parametrów radiolinii oraz komputerów PC przy czym ostatnim przypadkiem z racji wycofania zarzutu na rozprawie.

Reasumując odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ odrzucenie oferty wykonawcy wybranego/przystępującego w sprawie będzie miało wpływ na wynik postępowania to jest na wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej a co wypełnia przesłanki z art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 i § 5 ust.2

pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych tytułem zwrotu uiszczzonego wpisu i 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie przedłożonego rachunku.

Przewodniczący:

13

Sygn. akt KIO 174/15

14