Sygn. akt: KIO 495/12

WYROK
z dnia 26 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 marca 2012 r. przez **Sanawia S. A., ul. Suwalska 16, 93-176 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Organizację Turystyczną, ul. Chałbińskiego 8, 00-613 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża **Sanawia S. A., ul. Suwalska 16, 93-176 Łódź** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Sanawia S. A., ul. Suwalska 16, 93-176 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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:

……

Sygn. akt KIO 495/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Organizacja Turystyczna, ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp"),* postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Zaprojektowanie, *wykonanie i wdrożenie Systemu Repozytorium Informacji Turystycznej".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 14 października 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 października 2011 r. pod numerem 2011/S 201-327517.

Sanawia S.A., ul. Suwalska 16 , 93-176 Łódź (zwany dalej: „Odwołującym") w dniu 12 marca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Helica sp. z o.o. z innych wskazanych przez Odwołującego okoliczności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za podlegającą odrzuceniu, pomimo, ze treść oferty Odwołującego jest

zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia a jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji;
- naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy poprzez bezpodstawne uznanie, że wyjaśnienia Odwołującego stanowią niedopuszczalne uzupełnienie oferty;
- naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy poprzez niezgodne z prawem unieważnienie postępowania pomimo złożenia w postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu, tj. oferty Odwołującego;
- art. 92 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Helica sp. z o.o. z siedzibą w Warszawa (dalej „Helica") na podstawie innych okoliczności niż wskazane w informacji o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania, a tym samym zaniechanie wskazania prawidłowych okoliczności faktycznych i prawnych na podstawie, których oferta Helica powinna zostać odrzucona;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Helica ze względu na rażąco niską cenę tej oferty;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Helica, pomimo, ze treść oferty Helica nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w innym zakresie niż wskazany w informacji o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania, a tym samym zaniechanie wskazania prawidłowych okoliczności faktycznych i prawnych na podstawie, których oferta Helica powinna zostać odrzucona.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenie oferty Helica sp. z o.o. ze względu na rażąco niską cenę tej oferty oraz jej niezgodność z treścią siwz,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i jedynej nie podlegającej odrzuceniu.

W dniu 2 marca 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odrzuceniu oferty Odwołującego oraz oferty wykonawcy Helica Sp. z o.o.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oferty wykonawców - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi, że jego oferta zawiera niedające się usunąć niezgodności w stosunku do opisu przedmiotu

zamówienia w zakresie braku zaoferowania systemów operacyjnych dla oferowanych serwerów.

Zarzut nie zasługuje na uznanie.

Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący winien był przedstawić swoją ofertę zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ, m.in. uzupełniając odpowiednie tabele (wraz z podaniem liczby porządkowej, pozycji, ceny jednostkowej netto w złotych, ilość, wartość netto w złotych, VAT w złotych, wartość brutto w złotych), a w szczególności: tabelę nr 1-cena licencji systemu; tabelę nr 2- usługi oraz tabelę nr 3- infrastruktura informatyczna.

Zamawiający w punkcie 1.2 Formularza cenowego, tj. Załącznika nr 2 do SIWZ wyraźnie wskazuje, iż: „Specyfikacja *dostaw i usług powinna zawierać wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej instalacji i eksploatacji systemu nawet jeśli nie są one wymienione w specyfikacji".*

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że zapis ten precyzuie, że to Odwołujący powinien uzupełnić tabele, wymieniając usługi, szczegółowe elementy infrastruktury informatycznej, a w szczególności: sprzęt, oprogramowanie wymagane przez Zamawiającego i inne niezbędne elementy do uruchomienia i poprawnego działania przedstawionego rozwiązania przez Wykonawcę. Zamawiający ustalając brzmienie ww. punktu 1.2 Formularza cenowego, wyraźnie podkreślił, że wyszczególnienie dostaw i usług oraz ich wartości jest warunkiem koniecznym, który musi zostać spełniony, aby uznać ofertę danego wykonawcy za kompletną.

Izba wzięła również pod rozwagę argumentację Zamawiającego, że w siwz celowo dodał kolejne, puste wiersze w poszczególnych tabelach oraz oznaczył dodatkowo poprzez trzy kropki (...) w tabeli numer 1 (tabela nr 1- cena licencji systemu) Formularza cenowego oraz tabeli nr 2 (tabela nr 2- oprogramowanie narzędziowe systemu) umiejscowionej w załączniku nr 7 do SIWZ, tj. Specyfikacji wymagań technicznych, sprzętowych i sieciowych, Powyższe wskazuje na to, że wykonawca winien był uzupełnić tabele i przedstawić je wypełnione w ramach oferty złożonej w postępowaniu.

Ponadto w załączniku nr 7 do SIWZ, a konkretnie w tabeli nr 2 (tabela nr 2- oprogramowanie narzędziowe systemu) wprowadzono zapis: „Inne oprogramowanie, które

---

jest niezbędne do eksploatacji i zarządzania Systemu", który precyzuje, iż wykonawca powinien wymienić w kolumnie „Parametry" specyfikacje oferowanego oprogramowania niezbędnego do eksploatacji i zarządzania systemem RIT.

Dodatkowo, jak wskazał zamawiający powyższe stanowisko, co do wymogu zaoferowania systemów operacyjnych dla serwerów, Zamawiający potwierdził udzielając w dniu 25 stycznia 2012r. odpowiedzi na pytania Wykonawców:
„Pytanie 12
(...) Prosimy o doprecyzowanie, co dokładnie Zamawiający miał na myśli pod stwierdzeniem „ licencje na wszystkie systemy serwerowe wymagane przez system RIT POT instalowane w ramach platformy zwirtualizowanej" — o jakie licencje chodzi oraz dlaczego Zamawiający używa zwrotu „systemy serwerowe", jeżeli przedmiotem dostawy jest 1 serwer? Odpowiedź:
(...) Zamawiający wymaga dostarczenia wszystkich niezbędnych licencji dla zainstalowanego oprogramowania na dostarczonej przez Wykonawcę infrastrukturze. Zamawiający ma na myśli między innymi licencje na system operacyjny, system do wirtualizacji, systemy baz danych, oraz innego oprogramowania dla realizacji potrzeb wymienionych w SIWZ. (...)".
W ofercie Odwołującego, co zaznaczył Zamawiający, nie zawarto informacji dotyczących zaoferowania systemów operacyjnych dla serwerów, a w szczególności nie wskazano jakie systemy serwerowe wykonawca oferuje. Na powyższe miały wskazywać str. 3 zał. nr 2 formularz cenowy tabela nr 1 cena licencji systemu, gdzie system nie został wskazany w tej tabeli pomimo, iż inne darmowe systemy w tym formularzu zostały wskazane oraz na str. 82 oferty tabela nr 2 oprogramowanie narzędziowe systemu – gdzie również brak jest pozycji z której wynikałoby zaoferowanie konkretnego systemu, system Linux nigdzie w ofercie Odwołującego się nie pojawia.

Zatem wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził i Zamawiający zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

W następnej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi, że oferta Odwołującego zawiera niedające się usunąć niezgodności w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie braku w ofercie zaoferowanego okablowania dla przełączników SAN.

Powyższy zarzut również nie zasługuje na uznanie.

Zamawiający wymagał, dostarczenia kompletu przełączników sieci SAN wraz z kompletem okablowania. Powyższe Zamawiający sprecyzował w załączniku nr 7 do SIWZ, poprzez następujący zapis w pkt. 1.7 Specyfikacja wymagań technicznych, sprzętowych i

sieciowych: „Dwa przełączniki w konfiguracji redundantnej, co najmniej ośmioportowe z możliwością rozbudowy do 24 portów, z kompletem okablowania".

Jak słusznie zauważył Zamawiający nie ulega żadnej wątpliwości, że komplet okablowania powinien być dostarczony razem z przełącznikami sieci SAN. Okablowanie to jest niezbędne do podłączenia w/w przełączników, bez którego infrastruktura informatyczna nie będzie działać prawidłowo.

Izba wzięła pod rozwagę argumentację Zamawiającego, że Odwołujący przedstawił „zestaw" okablowania dopiero w odpowiedzi na wezwanie nr BF/PG-ZP/066-9/12 z dnia 21 lutego 2012 r.

Niezaoferowanie okablowania, tak jak wymagał Zamawiający jednoznacznie wynika z str. 6 oferty Odwołującego, gdzie został wskazany przełącznik sieci SAN i nie zostało wskazane okablowanie, jak również na srt. 75 oferty pkt 2 zaoferowane przełączniki sieci SAN również nie wskazano że przełączniki mają być z okablowaniem.

Biorąc pod uwagę postanowienia siwz, pkt 8.14 w którym wskazano, że: „Oferta musi zawierać propozycje realizacji przedmiotu zamówienia, zarówno od strony technicznej jak i organizacyjnej. Oferta powinna składać się m. in. z Specyfikacji wymagań technicznych, sprzętowych i sieciowych" należało uznać, że wykonawca powinien zaoferować przełączniki wraz z okablowaniem (zgodnie z załączonymi dokumentami – pkt 8.14 SIWZ).

Skoro Odwołujący nie zaoferował okablowania, z godnie z tymi wymaganiami to oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz.

Zatem Izba uznała, że czynność Zamawiającego w świetle postawionych wymagań była prawidłowa.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Izba uznała, że powyższy zarzut potwierdził się, jednak biorąc pod uwagę, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokoanna zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zatem powyższe nie ma wpływu na decyzję Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwecji unieważnienia postępwoania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba uznała, że argumentacja Zamawiającego, że oferty wykonawców Helica sp. z o.o. oraz Sanawia S. A. są identyczne co do treści oraz że wykonawcy ci posługiwali się tymi samymi referecjami, czy też przedstawiono ten sam zespół osób, które miały być zdolne do realizacji zamówienia, jest nie wystarczająca do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. To na Zamawiającym, w przypadku odrzucenia oferty spoczywa obowiązek wykazania okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia. Zatem Izba uznał, że w świetle przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji należało uznać, że Zamawiający domniemywał jedynie, że wystąpiły przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jednak ich nie wykazał.

Jednak wobec stawierdzenia przez Izbę, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa, zatem potwierdzenie się powyższego zarzutu nie miało wpływu na wynik tego postępowania.

Odnosząc się do zarzutów, że oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona dodatkowo również ze względu na inne okoliczności Izba uznala, że Odołujący nie posiada interesu w podnoszeniu tych zarzutów.

Izba w pełni podziela i uznaje za własny pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 15 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2607/10 oraz KIO 2613/10. W niniejszym wyroku zaznaczono,

iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Trafny wydaje się jednak pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Ponadto w świetle wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn.akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

W świetle powyższego, Odwołujący (w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Helica Sp. z o.o. na podstawie dodatkowych okoliczności niż uczynił to Zamawiający) wykazał co najwyżej szkodę ewentualną, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkoda ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez

wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący nie wykazał interesu, prowadzą do wniosku, iż Odwołujący w zakresie ww. zarzutów nie wykazał wszystkich wymienionych przesłanek.

Konkludując Izba stwierdziła, że odwołanie należało oddalić. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, 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).

Przewodniczący:

……