Sygn. akt KIO 2212/13

WYROK
z dnia 3 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Agata Dizuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2013 r. przez wykonawcę **NEWIND Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, 00 – 513 Warszawa, ul. Nowogrodzka 1/3/5**

przy udziale wykonawcy **IT.expert Sp. z o.o., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obcią a wykonawcę **NEWIND Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NEWIND Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125,** 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 2013 r., poz. 907) 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 2212/13

UZASADNIENIE

Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej ul. Nowogrodzka 1/3/5 00-513 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i wdro enie systemu monitorowania urządzeń i oprogramowania u ytkowanego w serwerowni Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej", znak sprawy: 30/DI/PN/2013,
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - nr Dz. U. 2013/S 135-234099 z dnia 13.07.2013r.

Zamawiający w dniu 05.09.2013 roku poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą została uznana oferta zło ona przez IT.expert Sp. z o.o., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176. Od takiego wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawca NEWIND Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125, zwany dalej „odwołującym” w dniu 16 września 2013 roku wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:
1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy IT.expert Sp. z o.o. i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo e jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą spośród zło onych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu,
3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców i nie zachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny ofert.

W oparciu o powy sze zarzuty Odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania,

- nakazanie uniewa nienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
- nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy IT.expert Sp. z o.o.,

Odwołujący w tym zakresie podniósł łącznie 24 zarzuty, przy czym na etapie posiedzenia cofnął zarzuty od nr 2 – 24, pozostawiając do rozpoznania tylko zarzut oznaczony nr 1. W zakresie tego zarzutu odwołujący zarzucił zamawiającemu i IT.expert Sp. z o.o., e w odpowiedzi na wymagania określone w pozycji 68 Formularza technicznego (FT) stanowiącego Załącznik nr 2 do S1WZ dla urządzeń mobilnych nie spełnił wymagań postawionych w tym zakresie w brzmieniu: „W *ramach systemu monitorowania urządzeń i*

---

oprogramowania u ytkowanych przez Zamawiającego musi zostać dostarczone co najmniej 4 urządzenia mobilne pozwalające na uzyskanie zdalnego dostępu do monitorowanego środowiska *o następujących parametrach minimalnych:*
- procesor w architekturze x86, przeznaczony do komputerów przenośnych, minimum 2600 punktów w kolumnie PassMark CPU Mark w teście PassMark CPU Performance Test według wyników testów procesorów opublikowanych na stronie: http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php lub musi uzyskać w minimalnej konfiguracji sprzętowej wynik w teście Bapco Mobile Mark 2007 minimum 336 punktów w kolumnie Mobile Mark 2007 Runtime* na podstawie tabeli opublikowanej pod adresem: http://www.bapco.com/suport/fdrs/MobileMark2007web.html (wynik testu musi być opublikowany najpóźniej na dzień zło enia oferty),*
- waga nie większa ni 2kg,
- wyświetlacz o wielkości min. 13" - max. 14" matowy z powłoką przeciwodblaskową, LED,
- pamięć RAM 4GB DDR3,
- dysk twardy 320GB; 7200 rpm,
- napęd DVD+/-RW,
- interfejsy: touchpad, karta sieciowa 10/100/1000 Mb/s, WiFi (802.11 b/g/n), bluetooth, gniazdo mikrofonowe, wyjście słuchawkowe/głośnikowe, ExpressCard/34, 15-stykowe złącze wideo VGA, RJ45, wbudowany lub zewnętrzny czytnik kart pamięci 5 w 1, dwa złącza USB 3.0, jedno złącze combo USB 2.0/eSATA,
- akumulator 6-ogniwowy litowo-jonowy,
- klawiatura odporna na zalanie,
- torba, bezprzewodowa mysz optyczna, zasilacz sieciowy, wbudowana kamera o rozdzielczości 2,0 mln pikseli lub HD,
- zainstalowany system operacyjny Microsoft Windows 7 Proffesional PL 64bit lub system równowa ny, który musi w pełni współpracować z usługą MS Active Directory u zamawiającego,

Natomiast wybrany wykonawca przy tak postawionym wymaganiu zaoferował urządzenie Hewlett-Packard ProBook 430 Gl, nie wpisując w odpowiedniej rubryce słowa „TAK", ani nie potwierdzając w aden inny sposób spełnienia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Ponadto według odwołującego zaoferowane urządzenie Hewlett-Packard ProBook 430 G1 nie spełnia wymagania w zakresie interfejsu określonego jako „jedno **złącze combo USB 2.0/eSATA".** Zaoferowane urządzenie nie posiada adnego złącza combo USB 2.0/ eSATA, a ponadto *nie jest mo liwe zastosowanie urządzeni pośredniczącego (typu przejściówka) aby spełnić ten wymóg.*

Odwołujący na potwierdzenie swoich twierdzeń wskazał na dokument ze specyfikacją parametrów technicznych tego urządzenia, zamieszczony na stronie internetowej producenta

---

z którego wprost wynika, e urządzenie nie jest wyposa one w wymagane przez zamawiającego złącze.

Na uzasadnienie podniesionego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, e zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z którą zamawiający powinien przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada równego traktowania oznacza, według odwołującego przede wszystkim równe traktowanie wykonawców przy ocenie warunków opisanych w SIWZ. Ponadto na zamawiającym cią y obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy 2 Pzp w przypadku ka dego wykonawcy, których oferty nie spełniają ustalonych przez zamawiającego w SIWZ kryteriów.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie stwierdzając, e zamawiający dokonując oceny ofert nie mo e dokonywać ich odrzucenia opierając się na informacjach zaczerpniętych ze stron internetowych. Odnosząc się do wymagań z pkt 68 formularza technicznego wskazał i zamawiający wymagał aby dostarczone urządzenia mobilne spełniały co najmniej wymienione w tym punkcie wymagania minimalne. Zamawiający w aden sposób nie narzucał w jaki sposób te funkcjonalności mają być uzyskane. Celem wymagania, aby zostało zainstalowane złącze COMBO, było umo liwienie aby notebook 13" został wyposa ony w odpowiednia maksymalna ilość funkcjonalności. Podał, e w aden sposób nie ograniczał ani nie zakazywał aby niektóre funkcjonalności tego urządzenia mogły być uzyskane poprzez zaoferowanie ewentualnych przejściówek.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca IT.expert Sp. z o.o., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176 w zło onym piśmie procesowym oraz stanowisku zaprezentowanym podczas rozprawy poparł stanowisko zamawiającego o uznaniu jego oferty za spełniającą wymogi SIWZ i dodał, e w adnym opisie wymagań stawianych dla notebooków zamawiający w SIWZ nie zakazywał aby określone funkcjonalności nie mogły być uzyskane za pomocą przejściówek. Z punktu wiedzenia funkcjonalności tego urządzenia nie ma znaczenia czy dana funkcjonalności zostanie uzyskana poprzez złącze stałe czy poprzez przejściówkę dołączaną do tego urządzenia. Stwierdził, i odwołujący w aden sposób nie udowodnił, poprzestając tylko na własnym oświadczeniu, e przedmiotowa przejściówka w którą będą wyposa one oferowane notebooki, nie będzie umo liwiała osiąganie funkcjonalności wskazanej w pkt 68 formularza technicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zło one odwołanie na rozprawie

---

i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zwa yła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, e nie została wypełniona adna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, e odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w zło eniu niniejszego środka ochrony prawnej uwzględnienie odwołania mo e w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdy umo liwić dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Równie przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania mo e doprowadzić do zmiany tej sytuacji.

Na wstępie merytorycznej oceny zasadności podniesionego zarzutu wskazać nale y, e zamawiający związany jest postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (i wyjaśnień do niej) w takim samym stopniu, jak wykonawcy. Stanowi ona bowiem instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób mają sporządzić poprawną ofertę, przy tym, jeśli wykonawcy postąpią zgodnie z tą instrukcją, zamawiający nie mo e wykluczyć wykonawcy ani odrzucić jego oferty. Zaś skutkami swojego przeoczenia w tym zakresie zamawiający nie mo e obarczać wykonawców.

Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbie ności te dotyczą istotnych elementów, (por wyrok KIO 1105/08). Cię ar wykazania przesłanek odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny ze swoich twierdzeń (art. 190 ust. 1 P.z.p.).

Zamawiający mo e dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, e oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyra onym w treści SIWZ wymaganiom

Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis

potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z nale ytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego,

---

jeśli oferta zło ona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego." (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08).

Osią sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia wymogu wskazanego w pkt 68 formularza technicznego, dotyczącego potrzeby wyposa enia urządzenia mobilnego (laptopa) w złącze typu combo USB 2.0/eSATA. Złącz to ma umo liwiać mo liwość podłączania zamiennie do tego portu albo urządzenia USB albo – np. dysku zewnętrznego eSATA.

Na wstępie Izba uznaje za niezbędne przypomnienie, e przedmiotem rozstrzygnięcia zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 jest tylko treść zarzutu podniesiona w odwołaniu.

Dokonując oceny zasadności działań zamawiającego zakwestionowanych w podniesionym zarzucie Izba nie uznaje, e brak wpisania w odpowiedniej rubryce poz.68 Formularza sława "TAK" w sytuacji kiedy zamawiający podał i wykonawca winien potwierdzić spełnienie wymogów minimalnych poprzez zło enie deklaracji zgodności z opisem wymagań minimalnych np. poprzez wskazanie „tak/nie", i u ycie tylko *tak* lub *nie* mo e być tylko właściwym w tym zakresie oświadczeniem wykonawcy. Wykonawca IT.expert wpisał zarówno w tej rubryce jak i w kilku innych, na potwierdzenie spełnienia wymagań SIWZ zamiast „tak/nie" nazwę oferowanego urządzenia. Mimo takiego ró nego rodzaju potwierdzenia spełniania wymagań minimalnych w innych pozycjach Formularza Technicznego, to jednak odwołujący nie podniósł, e wykonawca w tych innych pozycjach formularza równie nie zaoferował spełniania wymagań minimalnych.

W zakresie złącza combo, niesporny pomiędzy stronami jest fakt, e wykonawca IT.ekspert w urządzeniu mobilnym, takiego stałego złącza nie zaoferował. Jednak e zgodzić się nale y ze stanowiskiem zamawiającego, e zarówno w SIWZ jak i w Formularzu Technicznym (załącznik SIWZ),nie został postawiony wymóg aby określone funkcjonalności urządzeń mobilnych musiały być uzyskane tylko poprzez złącza stałe, a nie np. przy pomocy przejściówek.

Inną zupełnie kwestią jest czy taka przejściówka została przez wykonawcę IT.expert zaoferowana w ofercie, ale takiego zarzutu w odwołaniu nie postawiono. Ponadto odwołujący stał na stanowisku, e „nie *jest mo liwe zastosowanie urządzeni pośredniczącego (typu przejściówka) aby spełnić ten wymóg".* Takie stanowisko odwołującego wskazuje na to, e nie wykluczał on mo liwości osiągnięcia przez port USB 2.0, funkcji złącza combo przy pomocy przejściówki, ale stwierdził, e taka przejściówka nie istnieje.

Zamawiający na rozprawie wykazał, e dokonując oceny zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ ustalił, e na rynku występują co najmniej dwa rodzaje przejściówek umo liwiających uzyskanie oczekiwanej funkcjonalności. Jedna z przejściówek

---

o nazwie Delock Adapter USB 2.0> eSATAp + SATA (dowód nr 3) posiada dwa wejścia, jedno umo liwia podłączenie wszystkich zewnętrznych urządzeń SATA do notebooka interfejsem USB 2.0, drugie wejście - złącze eSATA, które umo liwia podłączenie dysku twardego SATA. Podobne działanie i zastosowania ma równie druga przejściówka (4) o nazwie Delock Adapter USB 2.0> eSATA. Tym samym takie rozwiązanie spełnia wymagania zamawiającego co umo liwienia podłączenia urządzeń USB i SATA.

Przystępujący wykazał równie w oparciu o pismo dostawcy urządzeń mobilnych Tech Data Polska sp. z o.o. e zaoferowany laptop ProBook 430 G1 posiada w komplecie przejściówkę USB >eSATA.

Tym samym brak było obiektywnych przesłanek, aby w oparciu o stwierdzone rozbie ności- wynikające z ró nej interpretacji postanowień Formularz Technicznego, zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy IT.expert. Mo liwość odrzucenia oferty wystąpiłaby jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, e stwierdzone rozbie ności dotyczyłyby istotnych elementów przedmiotu zamówienia, a zaoferowany w ofercie przedmiot zamówienia nie zapewniłby realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, je eli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mo e mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wy ej względów, nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 …….