

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2013 r. przez Odwołującego - „HYDRO-PARTNER” Sp. z o.o. w Lesznie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu

przy udziale M..... P....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.T.H.U. HYDRO-MARKO M..... P..... w Jarocinie, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty M..... P....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą P.T.H.U. HYDRO-MARKO M..... P..... w Jarocinie;
2. kosztami postępowania obciąża Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez „HYDRO-PARTNER” Sp. z o.o. w Lesznie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu na rzecz „HYDRO-PARTNER” Sp. z o.o. w Lesznie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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. 113, 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. *„Zintegrowany system monitorowania i sterowania urządzeniami przeciwpowodziowymi województwa wielkopolskiego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem: 2012/S 222-366011-2012-PL, w dniu 17 listopada 2012 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 5 kwietnia 2013 r. „HYDRO-PARTNER” Sp. z o.o. w Lesznie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.T.H.U. HYDRO-MARKO M..... P....., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z następujących powodów:

1) wykonawca P.T.H.U. HYDRO-MARKO M..... P..... załączył do oferty „Cenowy formularz ofertowy”, który w swojej treści nie odpowiada załącznikowi wymaganemu przez Zamawiającego w poz. 7 „Usługi”, wiersze tabeli 9, 10, 11 oferty. Brak dodanego przez Zamawiającego w dniu 18 stycznia 2013 r. wiersza 12 jak i zmienione są ilości w wierszach 9, 10, 11 kolumna 2. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie niezgodności treści oferty z SIWZ pismem z 22 lutego 2013 r. Wykonawca w odpowiedzi pismem z 26 lutego 2013 r. zmienił treść swojej oferty „dopasowując” ją do obowiązującego załącznika w zakresie ilości – wiersze 10, 11 kolumna 2, jak i dodając wiersz 12 z wyliczeniem ceny tej pozycji. Zamawiający zwracając się do Wykonawcy o wyjaśnienia w tym zakresie i przyjmując jego wyjaśnienia złamał w ocenie Odwołującego art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

2) ponadto w załączniku do SIWZ „Cenowy formularz ofertowy” Zamawiający w kol. 1 wymagał podania co najmniej: nazwy producenta, modelu, typu itp., oraz był zgodny z „opisem przedmiotu zamówienia załącznik nr 2 do opisu”. Wykonawca P.T.H.U. HYDRO-MARKO M..... P..... załączyła do oferty w/w załącznik, który w swojej treści nie odpowiada załącznikowi wymaganemu przez Zamawiającego w poz. 2 „Rozwiązania serwerowe-centrala(sprzęt), wiersze tabeli 2, 3, 4, 6, 8;

3

poz. 4 „Serwery w rejonowych oddziałach - sprzęt”, wiersze tabeli 1, 2, 3, 6, 7; poz. 6 „Telefonia VOIP”, wiersz tabeli 1 oferty gdyż nie zawiera on modeli typów urządzeń itd. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie niezgodności treści oferty w/w zakresie z SIWZ pismem z 5 marca 2013 r. pkt.3 pisma. Wykonawca w odpowiedzi pismem z 8 marca 2013 r. zmienił treść swojej oferty podając typy i modele urządzeń. Zamawiający zwracając się do Wykonawcy o wyjaśnienia w tym zakresie i przyjmując jego wyjaśnienia, zdaniem Odwołującego, złamał art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;

3) w załączniku do SIWZ pod nazwą: „ZINTEGROWANY SYSTEM MONITOROWANIA I STEROWANIA URZĄDZENIAMI PRZECIWPOWODZIOWYMI WOJEWÓDZTWA WIELKOPOLSKIEGO” w pkt 4.4, ostatnia kropka, str. 17 dokumentu, Zamawiający postanowił, że wszystkie stanowiska monitorujące muszą być wyposażone w sprzęt jednego producenta-dotyczy to również drukarek i wielofunkcyjnych urządzeń drukujących. Wykonawca P.T.H.U. HYDRO-MARKO M..... P..... zaoferował w „Cenowy formularz ofertowy” - poz. 1 wiersze tabeli 4 i 5 drukarki firmy Hewlett Packard natomiast w poz. 1 wiersza tabeli 6 urządzenie wielofunkcyjne firmy OKI. Powyższe stanowi według Odwołującego o niezgodności treści oferty z wymogami SIWZ.

4) na str. 3 ostatni myślnik SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferowany zestaw komputerowy posiadał certyfikat EPEAT. Wykonawca P.T.H.U. HYDRO-MARKO M..... Pluta zaoferował w „Cenowy formularz ofertowy” - poz. 1 wiersz 1 komputer DELL OptiPlex 9010, który takiego certyfikatu nie posiada;

5) wykonawca P.T.H.U. HYDRO-MARKO M..... P..... zaoferował w „Cenowy formularz ofertowy” - poz. 3 wiersz 3 system: MS SQL Server 2010 Standard MOLP GOV. Nie ma takiego produktu na rynku (są wersje 2008 oraz 2012). W związku z powyższym oferta nie spełnia wymogów SIWZ gdyż oferuje nieistniejący produkt.

6) Wykonawca P.T.H.U. HYDRO-MARKO M..... P..... zaoferował w „Cenowy formularz ofertowy” - załącznik poz. 2 wiersz 5 szafę serwerową LINKBASIC, Linbasic szafa rack stojąca 42U. Na stronie producenta http://linkbasic.pl/index.php?option=com_dicataloa&view=show&cid=14&emid=2&iavout=blog&anq=pl istnieją 4 szafy o takim symbolu. Zatem nie wiadomo którą z nich oferuje wykonawca. Biorąc jednak nawet największą z nich to i tak nie spełnia ona w ocenie Odwołującego parametrów określonych w pkt 2.5. załącznika do SIWZ - Wymagania sprzętowe i programowe pod względem min głębokości oraz obciążeń statycznych i dynamicznych.

Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący kwestionował uznanie za spełniające warunki SIWZ urządzenia wymienione w odpowiedzi z 26 lutego 2013 r. na zapytanie zamawiającego z 5 marca 2013 r. pkt.3 pisma to jest:

- SIWZ - Wymagania sprzętowe i programowe w zakresie minimalnego poboru mocy. Oferowany sprzęt ma pobór mocy 76 W, a wymagany max. 75W.
- II. Firewall sprzętowy SonicWall NSA E7500 01-SSC-7000 nie posiada między innymi portu asynchronicznego, portu na karty CF, slot na karty rozszerzeń itd. co zostało wymienione i dokładnie – zdaniem Odwołującego udokumentowane w załączniku nr 21 do odwołania.
- III. Centrala VOIP Panasonic KX TDA 100D oraz KX-NS1000NE nie spełnia wymogów zawartych w załącznik nr 2 do opisu - Wymagania sprzętowe i programowe poprzez brak obsługi protokołów SCCP.
- IV. Access point CISCO AIR - SAP2602I-e-k9 nie spełnia wymogów zawartych w załącznik nr 2 do opisu - Wymagania sprzętowe i programowe. Jako dowód Odwołujący przywoływał pismo Zamawiającego „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” z 27 marca 2013 r. nr PRIM-3520/71/2012 pkt 4.b.2, z którego zdaniem Odwołującego wynika, że jednym z powodów odrzucenia oferty firmy P.T. „TELBUD” S.A. było zaoferowanie identycznego urządzenia, które zdaniem Zamawiającego nie spełnia wymogów SIWZ.

2. art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
3. art. 87 ust 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaakceptowanie wyjaśnień Wykonawcy prowadzących do zmiany treści oferty;
4. art. 94 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez podpisanie umowy z wybranym Wykonawcą w dniu 28 marca 2013 r. lub wcześniej tj. przed upływem 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Na posiedzeniu przed Izłą Odwołujący tego zarzutu nie podtrzymał (ustalenia stanu faktycznego nie potwierdziły, że umowa w postępowaniu została już zawarta).

Odwołujący wnosił o m.in. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie. W odpowiedzi na odwołanie twierdził, że oferta Przystępującego jest zgodna z SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła M.....
P....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą P.T.H.U. HYDRO-MARKO M.....

P..... w Jarocinie, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert. Dla oceny powyższego nie ma znaczenia okoliczność, że cena oferty Odwołującego przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie, a oferta

Przystępującego powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych jako niezgodna z SIWZ.

Słusznie twierdził zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, że cena za przedmiot zamówienia została określona jako ryczałtowa. Jednak powyższe nie może mieć takiego wpływu na ocenę oferty Przystępującego, że wszystkie niezgodności z SIWZ można bezkrytycznie zaakceptować. Określenie ceny jako ryczałtowej nie może bowiem spowodować, że jakkolwiek by nie brzmiała treść oferty – trzeba byłoby ją przyjąć za zgodną z SIWZ. Rzeczywiście cena ryczałtowa obejmuje pełen zakres zamówienia, niemniej jednak stosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nie jest wyłączone, jeżeli cena została scharakteryzowana w taki sposób. Jedynie ewentualnie w przypadku, gdy w treści oferty wykonawca nie zaoferował jakiegoś świadczenia/urządzenia, można byłoby uznać, że cena ofertowa będąca ceną ryczałtową obejmuje całość świadczenia zgodnie z wymogami Zamawiającego. Jeżeli jednak wykonawca zaoferował urządzenia niezgodne z treścią SIWZ i równocześnie nie ma powodów, aby uchybienia takie uznać za nieistotną dla treści oferty omyłkę, nie można ich poprawić w trybach przewidzianych przez przepisy Prawa zamówień publicznych – oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych bez względu na sposób określenia ceny jako ryczałtowej.

6

Brak wprowadzenia w formularzu cenowym Przystępującego wiersza nr 12 oraz zmiany ilościowe w wierszach 9-11 (powyższe modyfikacje wynikały ze zmiany SIWZ i implikowały podział - takich samych 205 urządzeń, wymaganych, zarówno przed, jak i po zmianie - na cztery, a nie jak uprzednio, na trzy grupy) można uznać za uchybienie co do „formy”, a nie co do treści oferty, dlatego – gdyby nie było innych niezgodności z SIWZ – nie mogłyby samodzielnie stanowić podstawy faktycznej odrzucenia oferty Przystępującego. Na powyższą ocenę nie ma wpływu podanie w wyjaśnieniach Przystępującego jednej z cen ze wskazaniem czterech miejsc po przecinku – istotny jest tylko fakt, że Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia w ilości 205 sztuk nie odpowiadają wymogom Zamawiającego. Podział 205 urządzeń pomiędzy wiersze 9-12 (a wcześniej 9-11) nie ma w ocenie Izby znaczenia dla oceny treści oferty.

Można również przyznać rację Przystępującemu, że urządzenia wielofunkcyjne OKI nie wchodziły w skład stanowiska monitorującego – stanowisk jest łącznie 53, a urządzeń wielofunkcyjnych jedynie 5, co nie wskazuje na korelację ilościową pomiędzy tymi urządzeniami, a stanowiskami monitorującymi; Zamawiający w SIWZ zastrzegł, że „stanowiska monitorujące muszą być wyposażone w sprzęt jednego producenta (dot. komputer stacjonarny + laptop) oraz jednego producenta (dot. drukarek sieciowych i urządzeń drukująco-kopiujących)” (strona 14 pkt 4.4 załącznika do SIWZ pt. „Zintegrowany system monitorowania i sterowania urządzeniami przeciwpowodziowymi województwa wielkopolskiego”). Z wskazówek w SIWZ wynika jednoznacznie, co według Zamawiającego składa się na stanowisko monitorujące, tj. komputer stacjonarny i laptop – i wyraźnie wymóg „jednego producenta” sformułowano osobno dla takiego stanowiska (tj. wyposażonego w komputer i laptop). Osobno Zamawiający sformułował wymóg dostarczenia urządzeń jednego producenta dla drukarek sieciowych i urządzeń drukująco-kopiujących. Zatem Przystępujący oferując urządzenia wielofunkcyjne OKI innego producenta, niż urządzenia wchodzące w skład stanowiska monitorującego nie uchybił postanowieniom SIWZ.

Natomiast wątpliwości budzą wyjaśnienia treści oferty, które precyzowały pierwotną treść oferty w taki sposób, że Przystępujący dopiero w wyjaśnieniach podał wymagane przez SIWZ dane, które pozwalały na taką identyfikację sprzętu, która dopiero umożliwiła Zamawiającemu zbadanie, czy oferta Przystępującego jest godna z SIWZ. O ile brak podania producenta sprzętu nie musi mieć dla takiej oceny znaczenia, to brak określenia typu urządzenia w taki sposób, że można ustalić, czy dane urządzenie spełnia wymogi SIWZ może mieć istotne znaczenie dla ustalenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ. I tak, przykładowo, Przystępujący wskazując switch określony jako „JUNIPER, JUNIPER EX” podał w ofercie charakterystykę nie jednego urządzenia, ale całej grupy urządzeń. Z takiego wskazania można wywieść, kto jest producentem sprzętu, ale nie wiadomo, jakie są parametry urządzenia. Gdyby wszystkie urządzenia JUNIPER spełniały wymogi

7

Zamawiającego, to brak określenia precyzującego konkretne urządzenie nie wskazywałby na niezgodność z SIWZ. Jeżeli jednak w grupie urządzeń JUNIPER EX są urządzenia zarówno spełniające, jak i niespełniające wymogów SIWZ, to można mieć poważne wątpliwości, czy sprecyzowanie parametrów urządzenia, przez dokładne określenie jego typu i modelu, dopiero na etapie składania wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego nie narusza zasady równego traktowania wykonawców. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, Przystępujący wykazał, że wskazany przez niego switch spełnia wymogi Zamawiającego (w załączniku do pisma procesowego złożonego przez Przystępującego na posiedzeniu wykazano, że urządzenie posiada wymagany parametr 60W). Analogiczna argumentacja odnosi się także do pozostałych urządzeń nie sprecyzowanych wystarczająco w ofercie Przystępującego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku obsługi protokołów SCCP – Izba uznała zarzut Odwołującego za nietrafny; rację miał Zamawiający i Przystępujący, że błąd w udzielonych odpowiedziach na pytania wykonawców spowodował (Zamawiający jako obowiązujący wskazał nieistniejący protokół), że Zamawiający za ważny wymóg mógł uważać jedynie wymóg co do posiadania protokołu SIP (co Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w części ogólnej pisma).

Odnośnie zarzutu dotyczącego szafy serwerowej określonej w ofercie Przystępującego jako „LINKBASIC, Lincbasic szafa rack stojąca 42U”, to nawet, jeżeli przyjąć, że określenie to jest wystarczające do zbadania zgodności oferty z treścią SIWZ, to Przystępujący nie wykazał, że szafa ta odpowiada wymogom Zamawiającego, a jedynie polemizował ze sposobem określenia parametrów wymaganych w SIWZ. Należy zauważyć, że podnoszenie na etapie oceny ofert zarzutów wobec postanowień SIWZ jest spóźnione – termin na kwestionowanie SIWZ biegł od dnia jej opublikowania. Powyższe dotyczy również argumentacji Przystępującego odnośnie certyfikatu EPEAT. Nie było sporne, że Zamawiający wymagał certyfikatu EPEAT na poziomie co najmniej SILVER dla Polski (w załączniku stanowiącym opis wymagań sprzętowych i programowych na stronie trzeciej). Zamawiający postawił więc wymóg co do poziomu certyfikatu (minimum SILVER) i wymóg co do jego zasięgu terytorialnego (dla terytorium Polski). Nie było sporne, że komputer oferowany przez Przystępującego takiego certyfikatu nie posiada – posiada certyfikat EPEAT na poziomie GOLD dla Niemiec. O ile niewątpliwie można uznać, że poziom certyfikatu urządzenia oferowanego przez Przystępującego przewyższa minimalny wymóg Zamawiającego, to nie spełnia on wymogu co do zasięgu terytorialnego. Przystępujący argumentował na rozprawie, że wskazanie konkretnego terytorium obowiązywania certyfikatu jest wyłącznie zabiegiem marketingowym wydającego certyfikat, jednak w żaden sposób braku znaczenia ograniczenia terytorialnego nie udowodnił. Ewentualne zastrzeżenia w zakresie wymogów Zamawiającego co do certyfikatu Przystępujący powinien zgłaszać na

etapie środków ochrony prawnej (względnie pytań) co do treści SIWZ. Wobec braku udowodnienia przez Przystępującego, że certyfikat EPEAT GOLD dla Niemiec jest równoważny certyfikatowi SILVER dla Polski Izba musiała uznać, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wnosil o zasądzenie kosztów według norm przepisanych – należy zwrócić uwagę, że bez przedłożenia do akt sprawy rachunków potwierdzających wysokość poniesionych kosztów, Izba nie zasądza zwrotu kosztów wobec braku ku temu podstawy prawnej. Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie na jego rzecz kosztów w wysokości 3600 zł, popierając powyższy wniosek stosownym rachunkiem (fakturą VAT).

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....