

Sygn. akt KIO/UZP 1816/09

WYROK
z dnia 9 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ESAProjekt Sp. z o. o., 2. Impulsy Sp. z o. o. adres dla lidera konsorcjum: ul. Hoża 1 m 6, 00-528 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie, 22-100 Chełm, ul. Ceramiczna 1** protestu z dnia 13 listopada 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. KAMSOFT Sp. z o. o. 2. Lidia Sołtysik - Kamińska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Informatyczne KAMSOFT, adres dla obu wykonawców: ul. 1 Maja 133, 40-235 Katowice, zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ESAProjekt Sp. z o. o., 2. Impulsy Sp. z o. o. adres dla lidera konsorcjum: ul. Hoża 1 m 6, 00-528 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. ESAProjekt Sp. z o. o., 2. Impulsy Sp. z o. o. adres dla lidera konsorcjum: ul. Hoża 1 m 6, 00-528 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ESAProjekt Sp. z o. o., 2. Impulsy Sp. z o. o. adres dla lidera konsorcjum: ul. Hoża 1 m 6, 00-528 Warszawa** na rzecz **Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie, 22-100 Chełm, ul. Ceramiczna 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1. ESAProjekt Sp. z o. o., 2. Impulsy Sp. z o. o. adres dla lidera konsorcjum: ul. Hoża 1 m 6, 00-528 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi oraz dostawy w zakresie wybudowania Elektronicznego Obiegu Dokumentów oraz rozwoju Elektronicznych Usług w SP WSS w Chełmie.

Pismem z 3 listopada 2009 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KAMSOF T Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach i Lidia Sołtysik - Kamińska prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Informatyczne KAMSOF T z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej: „Konsorcjum KAMSOF T” oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ESAProjekt Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz Impulsy Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”. Czynności zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ESAProjekt Sp. z o. o. oraz Impulsy Sp. z o. o.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp. Wniósł o nakazanie unieważnienia oprotestowanych czynności, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego się i odrzuceniem oferty Konsorcjum KAMSOF T.

Uzasadniając podniesione zarzuty, wywiódł, że złożona przez niego oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej: „siwz”, wymagane oświadczenia i dokumenty zostały, bądź złożone wraz z ofertą, bądź uzupełnione pismem z 20 października 2009 r., natomiast pominięcia w formularzu oferty podlega uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący się podnosił niezgodność z siwz oferty Konsorcjum KAMSOF T. Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 13 listopada 2009 r. (pismem z tej samej daty), odwołanie 30 listopada 2009 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania 30 listopada 2009 r. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2009 r. oddalił protest. W uzasadnieniu podtrzymał swoje stanowisko co do odrzucenia oferty oraz wyboru oferty Konsorcjum KAMSOF T. Wskazał, że odwołujący się, mimo wezwania nie dołączył wymaganych w siwz oświadczeń producentów, oferowany sprzęt nie spełnia wymagań siwz, zaś zmiany dokonane samowolnie w formularzu ofertowym przez odwołującego się nie mogą być postrzegane w kategoriach omyłki i podlegać poprawieniu.

Konsorcjum KAMSOFI przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uczestnicząc wcześniej w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu i wnosząc o oddalenie odwołania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Na podstawie okazanych na rozprawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania: siwz, ofert odwołującego się oraz Konsorcjum KAMSOFI, wyjaśnień odwołującego się z 13, 20 i 21 października 2009 r. Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania przywróci jego ofertę do udziału w postępowaniu, co przy eliminacji uznanej za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum KAMSOFI, da odwołującemu się możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie należy oddalić.

Potwierdziły się przyczyny odrzucenia oferty odwołującego się wskazane przez zamawiającego w piśmie z 3 listopada 2009 r.:

- 1) brak oświadczeń producenta sprzętu komputerowego (serwery, macierz) - siwz załącznik 1 pkt 11 i 12;
- 2) niespełnianie przez macierz wymagań minimalnych - siwz załącznik nr 1 pkt 12;
- 3) brak potwierdzenia funkcjonalności modułów - nadpisanie wymaganej funkcjonalności słowem „TAK” - siwz załącznik nr 2 pkt 4, 11, 15, 21;
- 4) brak gwarancji w przypadku laptopów, aparatu USG, sieci - siwz załącznik nr 1 pkt 3 i 4, załącznik nr 3 i 4;
- 5) parametry serwerów wykazane w załączniku nr 1 nie pokrywają się w pełni z załączoną specyfikacją techniczną.

W konsekwencji oferta odwołującego się nie odpowiada treści siwz.

ad.1. Zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia. Na wstępie podnieść należy, wbrew wywodom odwołującego się, że wymóg złożenia wszystkich kwestionowanych oświadczeń został jasno wyrażony w treści siwz. W ofercie odwołujący się nie załączył żądanych oświadczeń, w tym w szczególności dotyczących macierzy. W wyjaśnieniach z dnia 13 października 2009 r. udzielonych na wezwanie zamawiającego odwołujący się załączył dokumenty dotyczące macierzy PRIMERGY SX8Q oraz FibreCAT SX80, z których żadna nie odpowiada wymaganiom dotyczącym gwarancji ustalonym w siwz. Dołączona specyfikacja techniczna dotyczyła macierzy FibreCat SX80, która nie spełnia wymagań siwz. W wyjaśnieniach z 20 października 2009 r., udzielonych wobec ponownego wezwania odwołujący się uznał, że błędnie wykazał macierz FibreCat SX80 zamiast zakładanej Eternus DX60, której dotyczyły również wyjaśnienia udzielone z własnej inicjatywy przez odwołujący się 21 października 2009 r. Odwołujący się jako żądane oświadczenia złożył informacje ze strony internetowej producenta.

W pierwszym rzędzie ocenić należy charakter prawny oświadczeń producenta pominiętych przez odwołującego się. Zamawiający wymóg ich złożenia ustalił w załączniku opisującym przedmiot zamówienia. Stanowią one, w ocenie Izby, dokument o charakterze przedmiotowym, potwierdzający zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego **(1.1)**. Jednocześnie z uwagi na fakt, że w żadnym innym miejscu siwz zamawiający nie żądał wskazania wprost rodzaju oferowanego serwera i macierzy, a wynikać to ma jedynie ze złożonych oświadczeń producenta, omawiane oświadczenia stanowią element treści oferty identyfikujący przedmiot dostawy **(1.2)**. Zamawiający nie przesądził ich charakteru w postępowaniu zaś niezależnie od kwalifikacji prawnej oświadczeń, ich brak powoduje utratę możliwości ubiegania się przez odwołujący się o zamówienie:

ad 1.1. Mimo, że zamawiający dokonując dwukrotnie wezwania do uzupełnienia przywołał art. 87 ust. 1 Pzp, to analiza treści wezwań pozwala na ocenę, że intencją zamawiającego było uzyskanie oświadczeń, które nie były złożone wraz z ofertą. Odpowiada to dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp. Ocenie zamawiającego podlegać winny wyłącznie dokumenty złożone z wyjaśnieniami z 13 października 2009r, z pominięciem dokumentów uzyskanych przy ponowieniu czynności wezwania i samodzielnie złożonych przez odwołującego się. Czynność wezwania opisana w przywołanym art. 26 ust. 3 Pzp, ma co do zasady, charakter jednorazowy i, w okolicznościach sprawy w szczególności wobec zaoferowania macierzy niespełniającej wymagań zamawiającego, nie może być ponawiana. Dokumenty złożone 13 października nie potwierdzają spełniania wymagań zamawiającego. Po pierwsze: oferowane macierze nie posiadają wymaganego okresu gwarancji, co jest również okolicznością

przyznaną przez odwołującego się w czasie rozprawy, gdzie domagał się on oceny oferty na podstawie dokumentów złożonych przy wyjaśnieniach z 21 października 2009 r. Po drugie: oświadczenie producenta, stanowi dokument zawierający oświadczenie wiedzy osoby upoważnionej do potwierdzania warunków oferowanego sprzętu wydane dla potrzeb konkretnego postępowania. Waloru takiego nie posiadają wydruki ze stron internetowych stanowiące aktualną informację handlową. Ponadto przedstawione w trakcie składania wyjaśnień dokumenty nie zostały sporządzone w języku polskim lub przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego, co nie odpowiada wymogom siwz oraz godzi w wynikającą z art. 9 ust. 2 Pzp zasadę prowadzenia postępowania w języku polskim.

1.2. ustalenie przez zamawiającego, że nie został złożony dokument identyfikujący przedmiot świadczenia – macierz – powoduje konieczność odrzucenia oferty odwołującego się. Macierz stanowi element istotny treści oferty. Art. 87 ust. 1 Pzp mimo, że co do zasady, wyjaśnień treści oferty może zamawiający żądać wielokrotnie, nie może być wykorzystywany do uzupełniania pominiętych istotnych elementów treści oferty. Dopuszczenie przez zamawiającego możliwości wielokrotnego dokonywania zmiany typu oferowanej macierzy uznane być winno za negocjacje dotyczące treści oferty naruszające art. 87 ust. 1 Pzp.

ad.2. Zarzut odwołania nie znalazł potwierdzenia. Konsekwencją ustalenia, że typ oferowanej macierzy wskazany być może najpóźniej w pierwszych wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie zamawiającego z 13 października 2009 r. jest ocena, że zaoferowane w nich macierze PRIMERGY SX80 oraz FibreCAT SX80 nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Uznanie, że odwołujący się zaoferował macierz Eternus DX60, jak Izba zważyła powyżej, nie jest możliwe.

ad.3. Zarzut odwołania nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący się w ofercie w załączniku 2 pkt 21 siwz odręcznie dopisał i parafował słowo „TAK” oraz samowolnie dokonał usunięcia części postanowień dotyczących wymagań zamawiającego w punktach: 4, 11, 15, 21., załącznika nr 2 do siwz. Brak jest podstaw, aby powstałe zmiany w treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę traktować, jak uchybienia dotyczące formy, gdyż mają wpływ na treść oferty, a ich charakter jest istotny. Ich pominięcie powoduje niezgodność treści oferty odwołujący się z treścią siwz uzasadniającą jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

ad.4. Zarzut odwołania nie znalazł potwierdzenia. Przepisy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zobowiązują zamawiającego do poprawienia omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Dopisanie okresów gwarancyjnych, w przypadku ich braku w treści oferty, czego domagał się odwołujący się, jest zmianą istotną i nie mieści się w pojęciu sprostowania omyłki w trybie przywołanego

przepisu. Ewentualne dopisanie okresów gwarancyjnych spowodowałoby zmianę treści oświadczenia woli odwołującego się.

ad.5. Zarzut odwołania nie znalazł potwierdzenia. Wobec wyrażonej powyżej oceny, że obowiązkiem zamawiającego było oparcie się wyłącznie na wyjaśnieniach udzielonych 13 października 2009 r. stwierdzić należy, że nie doszło do skutecznego wyjaśnienia powstałych niezgodności między parametrami serwerów wykazanych w załączniku nr 1 a załączoną specyfikacją techniczną.

Rozpatrując zarzuty dotyczące oferty odwołującego się Izba pominęła podniesiony na rozprawie zarzut dotyczący zbyt późnego naruszającego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie terminu i trybu dokonywania zmian siwz, wprowadzenia wymogów dotyczących gwarancji. Zarzut ten nie był podniesiony w proteście i jego badanie naruszałoby art. 191 ust. 3 Pzp. Nie uszły uwadze Izby, błędy zamawiającego w dokonaniu czynności badania oferty odwołującego się. Po pierwsze: w razie stwierdzenia, że oferta odwołujący się podlega odrzuceniu z przyczyn niedopuszczalnych zmian w formularzu ofertowym zbędne było dokonywanie czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń. Nawet w razie ich prawidłowego złożenia, oferta odwołującego się i tak podlegałaby odrzuceniu. Po drugie: wobec ich niezłożenia, mimo wezwania dokonanego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponowne dokonanie wezwania przez zamawiającego było czynnością naruszającą przepisy, gdyż zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wyłączają, co do zasady, możliwość dokonywania przez zamawiającego kolejnych wezwań w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty kierowane przez odwołujący się pod adresem oferty Konsorcjum KAMSOFT, w myśl których treść oferty nie odpowiada treści siwz, gdyż:

- 1) zaoferowano licencję oprogramowania Microsoft Vista Business w miejsce wymaganej licencji Windows Home Vista Basic;
- 2) norma, której powinna ta drukarka spełniać nie odpowiada wymogom określonym w siwz, gdyż w pkt 7 w załączniku nr 1 potwierdzono, że zaoferowana drukarka kodów kreskowych spełnia normę FCC B, zamiast FCC oraz nie potwierdzono spełnienia wymaganej normy CSA. Drugi z zarzutów podniesiony w tym punkcie został cofnięty na rozprawie i nie był rozpoznany przez Izbę.
- 3) parametry techniczne serwerów zaoferowanych w pkt 11 załącznika nr 1 do oferty nie odpowiadają parametrom określonym w SIWZ.

Zarzut podniesiony w proteście i odwołaniu oznaczony jako pkt 4 został cofnięty na rozprawie i nie był rozpoznany przez Izbę.

ad. 1. Zarzut odwołania nie znalazł potwierdzenia. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert równoważnych, ustanawiając wymagania siwz jako minimalne. Oferowany przez Konsorcjum KAMSOFI program Windows Vista Business zawiera w sobie, co najmniej wszystkie funkcjonalności, którymi dysponuje wskazany jako podstawowy Windows Vista Home Basic, co Izba uznała, wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne (art. 188 ust. 1 Pzp).

ad.2. Zarzut odwołania nie znalazł potwierdzenia. Ponownie podnieść należy w tym miejscu, że zamawiający sprecyzował swoje oczekiwania co do parametrów oferowanego sprzętu oraz standardów jako minimalne, a postępowanie dowodowe nie doprowadziło do ustalenia, że wskazana norma FCC B, nie zapewnia standardów wynikających z normy FCC A oraz CSA. Na potwierdzenie spełniania wymagań normy FCC A wskazuje oświadczenie SATO Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Radwanicach z 19 listopada 2009 r. złożone przez Konsorcjum KAMSOFI.

ad.3. Zarzut odwołania nie znalazł potwierdzenia. Konsorcjum KAMSOFI i odwołujący się zaoferowali identyczne serwery, co samodzielnie powoduje, że argumentacja odwołującego się upada. Nadto podniesione niezgodności nie znalazły potwierdzenia w treści oferty Konsorcjum KAMSOFI. Różnica w nomenklaturze nie powinna wpływać na merytoryczną ocenę oferty oferującej świadczenie wymagane przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, uwzględniając uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, ograniczając je do kwoty 3.600 zł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886),

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....