

**WYROK**  
**z dnia 23 grudnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2011 r. przez **Passus Sp. z o. o., 02 – 587 Warszawa, ul. Wiktorska 63** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Warszawie, 00 – 613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8**

przy udziale wykonawcy **NextiraOne Polska sp. z o.o., 00 – 805 Warszawa, ul. Chmielna 85/87** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Mazowiecki Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Warszawie, 00 – 613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8, i**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Passus Sp. z o. o., 02 – 587 Warszawa, ul. Wiktorska 63** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Warszawie, 00 – 613 Warszawa, ul. Chałubińskiego 8** na rzecz **Passus Sp. z o. o., 02 – 587 Warszawa, ul. Wiktorska 63** kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz **Passus Sp. z o. o., 02 – 587 Warszawa, ul. Wiktorska 63**, uiszczoną przez tego wykonawcę jako kwoty nadpłaconego wpisu.

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Narodowy Fundusz Zdrowia Mazowiecki Oddział Wojewódzki w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę akceleratorów sieciowych”.

Odwołujący Passus Spółka z o.o. wniósł odwołanie od czynności odrzucenia najtańszej oferty firmy Passus Sp. z o.o., pomimo wykazania spełnienia wszystkich wymogów SIWZ, niezgodnej z przepisami ustawy czynności uznania za najlepszą ofertę, ofertę firmy NextiraOne Polska Sp. z o.o. mimo tego, że oferta ta nie uzyskała najniższej ceny w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty firmy Passus Sp. z o.o. pomimo, iż jej treść odpowiadała treści istotnych warunków zamówienia, naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 poprzez dokonanie wyboru oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przyjętymi w specyfikacji kryteriami oceny ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty firmy NextiraOne Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty firmy Passus Sp. z o.o., dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował Akceleratory sieciowe TYP I i II. Urządzenie kastomizowane na potrzeby klienta (produkcji Passus) oparte o technologię Cisco WAAS Producent Passus/Cisco.

Odwołujący podniósł, iż oferowane przez niego akceleratory sieciowe Typ I i II są urządzeniami zgodnymi ze wszystkimi parametrami i wymogami SIWZ. Odwołujący oparł swoje rozwiązanie na technologii Cisco WAAS, jednak nie na poszczególnych urządzeniach i modelach oferty Cisco.

Ze względu na postawione przez Zamawiającego wymagania w w/w przetargu nieograniczonym, dotyczące akceleratorów typ I i II, Odwołujący, jako dostawca urządzeń i rozwiązań równoważnych, na własną odpowiedzialność i koszt dostosował urządzenia i technologię firmy Cisco (kastomizacja) do specjalnych wymagań Zamawiającego. Tym sposobem powstało nowe urządzenie, oparte o rozwiązania technologiczne Cisco, ale nie jest to urządzenie Cisco. Wiedza z zakresu dostosowania technologii jest autorskim rozwiązaniem Odwołującego, który sprzedaje to rozwiązanie jako producent rozwiązania opartego na technologii Cisco WAAS, a nie konkretnym urządzeniu Cisco.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Zamawiający

przyznał, że dokonał oceny oferty Odwołującego nie na podstawie parametrów urządzeń oferowanych przez Odwołującego, ale na podstawie dostępnej wiedzy o parametrach urządzeń Cisco WAAS, które nie przeszły procesu kastomizacji - dostosowania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał nieprawidłowo czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponieważ przyjął nieprawidłowe założenia, niezgodne z własnymi zapisami SIWZ.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca NextiraOne sp. z o.o. W treści złożonego pisma podniósł, iż konsekwentne unikanie przez Odwołującego odpowiedzi na konkretne pytania Zamawiającego i poprzestanie na oświadczeniach sprowadzających się do twierdzenia, że czymkolwiek by było oferowane urządzenie, to jest ono zgodne z SIWZ, dawało Zamawiającemu podstawę, by przyjąć, że oferowane urządzenie nie spełnia wymagań technicznych oraz wymagania dodatkowego, a w szczególności, że oferowane przez Odwołującego urządzenie nie jest urządzeniem „nowym, nie używanym wcześniej, nieregenerowanym, nieprefabrykowanym i nienaprawianym oraz wolnym od wad prawnych”. Z treści oferty oraz wyjaśnień Odwołującego nie da się także ustalić, jakie konkretnie urządzenia zostały zaoferowane i kto jest ich producentem, co stanowi niezgodność z SIWZ.

Ponadto, zdaniem Przystępującego, wyjaśnienia Odwołującego są wysoce niewiarygodne. Według Przystępującego, na świecie funkcjonuje tylko kilka przedsiębiorstw produkujących zamawiane przez Zamawiającego urządzenia. Producenci legitymują się referencjami, publikują informacje o swoich produktach, a ich rozwiązania są dogłębnie analizowane przez branżowych analityków. Przystępujący stwierdził, że Odwołujący - firma Passus sp. z o.o. - nie występuje w tych analizach, jak również nie są Przystępującemu znani klienci, którzy byłiby właścicielami akceleratorów wyprodukowanych przez Passus (samodzielnie, bądź w koprodukcji z innym podmiotem). Informacji o współpracy w zakresie produkcji akceleratorów z Odwołującym nie podał także w żadnym z komunikatów giełdowych ani marketingowych, producent, na którego Odwołujący się powołuje, to jest Cisco Systems, a publikacja tego rodzaju informacji jest zdaniem Przystępującego powszechną praktyką.

Jest także wysoce nieprawdopodobne, zdaniem Przystępującego, aby Odwołujący postanowił - w celu uzyskania zamówienia o wartości około 500.000 zł. – rozwinąć swoje przedsiębiorstwo, dokonując wielomilionowej inwestycji i rozpocząć po raz pierwszy w dotychczasowej historii produkcję sprzętu informatycznego.

Ponadto Przystępujący zauważył, iż proponowane przez Odwołującego urządzenia nie są zgodne z wymaganiami SIWZ, a konkretnie ich zaoferowanie jest sprzeczne z wymaganiami SIWZ: wymaganiami nr 28. Z wymagań tego wynika w szczególności zakaz dostarczenia oprogramowania dedykowanego oraz zakaz dostarczenia urządzeń modyfikowanych. W

wyjaśnieniach Odwołujący oświadczył, iż oferowane urządzenia „Passus/CISCO” zostały przez niego stworzone specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania, a w szczególności, że producentem systemu operacyjnego (oprogramowania) jest „Passus/CISCO” i że oprogramowanie systemowe podlega kastomizacji.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, miałby on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Fakt, że oferta Odwołującego znalazła się na drugiej pozycji pod względem ceny w rankingu wykonawców, nie oznacza, iż wykonawca te nie ma szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Umowa o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie została zawarta.

Izba ustaliła, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawcy przedstawili w ofercie wypełniony załącznik nr 1 do specyfikacji – pod nazwą „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia formularz oświadczenia w sprawie paramerów technicznych”. W załączniku tym podane były parametry/wymagania minimalne w stosunku do wymaganych urządzeń, obok zaś znajdowała się rubryka, którą wykonawcy zobowiązani byli wypełnić podając parametry oferowanych urządzeń. Odwołujący wypełnił załącznik i załączył go do oferty. Zamawiający zwracał się do Odwołującego o wyjaśnienia m.in. kwestii poszczególnych parametrów, uzyskując potwierdzenie Odwołującego co do spełnienia wymaganych parametrów.

W treści informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający napisał, iż „Wykonawca w złożonym wraz z ofertą załączniku „Oświadczenie w sprawie parametrów technicznych” potwierdził w kolumnie „Parametr oferowany” spełnienie powyższych wymagań, jednakże zgodnie z wiedzą Zamawiającego zaoferowane urządzenia – Akcelerator sieciowy TYP I i Akcelerator sieciowy TYP II – Cisco WAAS nie posiadają wyżej wymienionych, wymaganych Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia funkcjonalności (zawartych w p. 5,16,17,21,23 i 24) oraz nie spełniają wymogu dodatkowego określonego w p. 1 pkt 1 Załącznika nr 1 do SIWZ „Wymagania dodatkowe”. Ponadto mając na uwadze złożone wraz z ofertą „Oświadczenia w sprawie parametrów technicznych” Zamawiający stwierdza, że oferowane akceleratory TYP I nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w

załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w p. 31 (...)

Izba podziela stanowisko Odwołującego. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego była dokonana nieprawidłowo. Przede wszystkim Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, z uwagi na fakt, iż urządzenia firmy Cisco Waas nie spełniają poszczególnych wymagań SIWZ. Odwołujący natomiast zarówno w formularzu ofertowym, jak i wyjaśnieniach wskazał, iż oferowane przez niego urządzenia opierają się na technologii firmy Cisco Waas, ale nie są urządzeniami firmy Cisco Waas. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, iż urządzenia firmy Cisco Waas nie spełniają poszczególnych wymagań SIWZ, nie wskazał jednak, których punktów SIWZ nie spełnia urządzenie oferowane przez Odwołującego, a tym samym dlaczego oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający nie przedstawił zatem żadnego powodu, dla którego oferta Odwołującego powinna być odrzucona. To na Zamawiającym w tym przypadku ciążył obowiązek wykazania, że jego decyzja była zgodna z prawem i odpowiadająca okolicznościom faktycznym. Zamawiający nie dokonał takiej czynności. Wskazał jedynie, iż urządzenia firmy Cisco nie spełniają wymagań Zamawiającego, co nie jest sporne pomiędzy stronami. Jednak nie wykazał, aby oferowane przez Odwołującego konkretne urządzenie nie odpowiadało wymaganiom SIWZ.

Przystępujący w trakcie postępowania podniósł, iż oferowane przez Odwołującego urządzenie nie spełnia wymaganego parametru (28) – zgodnie z SIWZ oprogramowanie nie może być dedykowane. Przede wszystkim taki zarzut co do oferty Odwołującego nie pojawił się w treści informacji o odrzuceniu oferty przez Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał, aby urządzenie oferowane przez Odwołującego posiadało oprogramowanie dedykowane. Trudno więc uznać, aby taki zarzut stanowił podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto niewskazanie takiego zarzutu w informacji o odrzuceniu oferty uniemożliwiło Odwołującemu ustosunkowanie się do tego zarzutu w treści odwołania. Zarzut ten nie był więc objęty odwołaniem a Izba, zgodnie z treścią artykułu 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba zauważyła także, iż w trakcie rozprawy Zamawiający konsekwentnie oświadczał, iż urządzenie firmy Cisco nie posiada cech wymaganych w treści SIWZ, a proces kastomizacji nie może zmienić produktu na tyle by spełniał on wymagania zawarte w SIWZ. Jednakże ponownie podkreślić należy, że zarzuty Zamawiającego, dotyczące niezgodności urządzeń z SIWZ dotyczą wyłącznie urządzeń marki Cisco, a z treści oferty Odwołującego, jak i oświadczeń składanych przez Odwołującego w treści postępowania wynika, że Odwołujący nie oferuje urządzeń marki Cisco.

Odnosząc się z kolei do twierdzenia Zamawiającego, iż proces kastomizacji urządzeń Cisco nie doprowadzi do zgodności takiego urządzenia z wymogami SIWZ podnieść należy, że

twierdzenie Zamawiającego jest całkowicie gołosłowne. Zamawiający nie wskazał w informacji o odrzuceniu oferty, dlaczego przeprowadzony proces kastomizacji miałby nie doprowadzić do zgodności urządzenia z wymogami SIWZ.

Podobnie, nietrafne są także okoliczności podnoszone przez Przystępującego, jakoby Odwołujący w swojej ofercie nie wskazał producenta oferowanego urządzenia, co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ. Po raz kolejny Izba zauważa, iż taka okoliczność nie została przedstawiona przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego. Na marginesie jedynie Izba zauważa, iż w treści formularza złożonego przez Odwołującego producent został wskazany (Passus/Cisco), nie można zatem uznać, aby Odwołujący nie wypełnił określonego w SIWZ obowiązku.

Izba zauważa, iż na Zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek wskazania wszystkich podstaw prawnych i okoliczności faktycznych odrzucenia oferty. Czynność odrzucenia oferty poprzedza proces badania i oceny ofert. To w tym procesie Zamawiający powinien ustalić jednoznacznie, na podstawie składanych oświadczeń, dokumentów, wyjaśnień, czy (między innymi) oferta spełnia warunki i wymagania postawione w specyfikacji. Jest to istotne dlatego, iż na Zamawiającym ciąży obowiązek (ciężar dowodu) dokładnego wskazania, iż zachodzą niezgodności, rozbieżności pomiędzy postawionymi wymaganiami w SIWZ, a zaoferowanym urządzeniem. Zamawiający powinien także wskazać, dlaczego, w jego ocenie, pomimo oświadczenia wykonawcy, iż urządzenie spełnia wymagania (poszczególne parametry i funkcje), Zamawiający uznaje, że oferowane urządzenie nie spełnia wymagań SIWZ. Informacja o odrzuceniu oferty powinna zawierać pełne odzwierciedlenie dokonanych przez Zamawiającego ustaleń.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Izba ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu wykonawca Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15 000 zł. Izba ustaliła także, iż wartość przedmiotowego postępowania nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania

Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach. W związku z powyższym, zgodnie z art. 1.1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, wykonawca powinien był wnieść wpis w wysokości 7500 zł. Powyższe oznacza, iż Odwołujący uiścił wpis w kwocie o 7500 zł przewyższającej należny wpis. Zatem Izba uznała, iż zwrotowi podlega kwota wpisu nadpłaconego – tj. 7500 złotych.

**Przewodniczący:**

.....