

Sygn. akt: KIO 1180/11

WYROK
z dnia 15 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **DGT Sp. z o.o., 83-010 Straszyn, ul. Młyńska 7** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Zaawansowanych Technologii Wytwarzania, 30-011 Kraków, ul. Wrocławska 37a.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **DGT Sp. z o.o., 83-010 Straszyn, ul. Młyńska 7** i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DGT Sp. z o.o., 83-010 Straszyn, ul. Młyńska 7** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od wykonawcy **DGT Sp. z o.o., 83-010 Straszyn, ul. Młyńska 7** na rzecz **Instytutu Zaawansowanych Technologii Wytwarzania, 30-011 Kraków, ul. Wrocławska 37a** kwotę **693 zł 00 gr** (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Zaawansowanych Technologii Wytwarzania, ul. Wrocławska 37 A; 30-011 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, instalację i konfigurację systemu telefonii internetowej VoIP i telefonii analogowej”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 maja 2011 r. pod pozycją 121052.

Dnia 1 czerwca 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy DGT sp. z o.o., ul. Młyńska 7; 83-010 Straszyn. Za podstawę odrzucenia oferty Zamawiający wskazał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca DGT sp. z o.o. (zwany dalej Odwołującym) i dnia 6 czerwca 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego się.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 87 ust 1, art. 89 ust.1 pkt 1 i art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez co uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu, oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza, także pod względem cenowym. Różnica między ceną oferty wybranej przez Zamawiającego a ofertą Odwołującego sięga 68 tys. PLN. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż w ramach swojej działalności produkuje i oferuje systemy objęte postępowaniem i cieszy się uznaniem nabywców i ugruntowaną pozycją na rynku IT. Zamawiający, w wyniku swoich niezgodnych z prawem działań, naraził więc Odwołującego się na szkodę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uznanie zarzutów i ponowną ocenę oferty Odwołującego,
- 2) zwrot kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

Zdaniem Zamawiającego „W ofercie z dnia 26 maja 2011 roku, Wykonawca w żadnej z kolumn „parametr oferowany” dla poz. 1.11. oraz 1.12. Załącznika nr 2 do SIWZ - FORMULARZ CENOWY - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I WARUNKI GWARANCJI, Odwołujący nie wpisał, iż do prawidłowego działania aplikacji konieczny jest dodatkowy sprzęt.” Ponadto, w opinii Zamawiającego *„Wyjaśnienia w żaden sposób nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego, dotyczących spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań SIWZ. Co więcej, twierdzenie Odwołującego, jakoby komputer klasy PC stanowił standardowe wyposażenie Media Gateway'a (pkt. 1.2. Załącznika nr 2 do SIWZ) nie znajduje oparcia w treści oferty - vide parametry oferowane. Zatem w ocenie Zamawiającego oferta złożona przez powyższego wykonawcę, pierwotnie nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, a tym samym nie uwzględnia wszystkich składników cenotwórczych - brak wyceny dla dodatkowego sprzętu do instalacji aplikacji z poz. 1.11. i 1.12. Trudno bowiem uznać - w oparciu o parametry oferowane dla przedmiotu zamówienia wskazanego w poz. 1.2 oraz w świetle postępowania wyjaśniającego prowadzonego w trybie art. 90 ustawy, iż cena urządzenia obejmuje również dodatkowe komputery klasy PC niezbędne do instalacji aplikacji dodatkowych, notabene nie wymieniony w żadnej pozycji załącznika nr 2 do SIWZ.”.*

Sformułowanie „dodatkowy sprzęt” w wyżej przytoczonych wyjaśnieniach Odwołującego nawiązuje wprost do terminu użytego przez samego Zamawiającego w zapytaniu. Nie oznacza ono w żadnym przypadku, że Odwołujący rozszerza zakres oferty o dodatkowe komputery PC, tym bardziej, że w tym samym zdaniu Odwołujący podkreślił, iż komputery te są standardowym wyposażeniem oferowanego rozwiązania. Na postawione przez Zamawiającego pytanie nie można było udzielić innej odpowiedzi, powszechnie bowiem wiadomo że aplikacje (programy) komputerowe nie funkcjonują w oderwaniu od platformy sprzętowej.

Ponadto, zgodnie ze stanem faktycznym oraz treścią złożonych wyjaśnień, do prawidłowego działania aplikacji wymienionych w poz. 1.11 oraz 1.12 w systemie oferowanym przez Odwołującego, nie jest konieczny dodatkowy sprzęt w rozumieniu sprzętu nie uwzględnionego w ofercie.

Produkowane i sprzedawane przez Odwołującego systemy telekomunikacyjne, obsługiwane są przez szereg aplikacji związanych z realizacją różnorodnych funkcji i usług. Aplikacje te, w tym wymieniona w punktach 1.11 i 1.12 aplikacja do zarządzania stanem łączy oraz oprogramowanie taryfikacyjne, instalowane są na przewidzianych do tego celu platformach sprzętowych, stanowiących standardowe wyposażenie systemów produkcji DGT. W systemach telekomunikacyjnych, każda dedykowana karta cyfrowych interfejsów telekomunikacyjnych (np. ISDN BRI/PRI, VoIP) posiada zwykle własny, niezależny procesor

sterujący (będący w świetle techniki mikroprocesorowej niezależnym komputerem), na którym działa wiele procesów czy aplikacji. Zarówno te procesory jak i aplikacje/procesy na nich działające również zawierają się pod pojęciem zaofertowanego rozwiązania Media Gateway, a nie są wyszczególnione w ofercie. Przykładowo - nowoczesne TV LCD Full HD, również zawierają w sobie jednostki komputerowe (procesory), a jednak producenci nie zawierają ich parametrów w standardowym opisie produktu jakim jest telewizor.

Odwołujący nie wyróżnił tego elementu w żadnej z pozycji Formularza Cenowego. Należy tu szczególnie zauważyć, że Odwołujący nie wyróżnił w Formularzu Cenowym także wielu innych elementów składowych oferowanego systemu, kierując się przeświadczeniem, że Zamawiający oczekuje przede wszystkim potwierdzenia spełnienia wszystkich postawionych wymagań. W toku kolejnych wyjaśnień Odwołujący potwierdził zgodnie ze stanem faktycznym, że komputery przewidziane do obsługi aplikacji wymienionych w punktach 1.11 i 1.12, stanowią integralną część systemu telekomunikacyjnego poprzez fakt, że są przeznaczone do ciągłej pracy w trybie 24/7, zastosowany system zasilania awaryjnego przewiduje podtrzymanie ich pracy oraz, że oba oferowane Gateway'e, w tym redundantny, są w nie wyposażone.

Zdaniem Odwołującego, nie dopisywał on żadnego sprzętu, nie dokonywał żadnych zmian w ofercie, w tym dotyczących ceny. Odwołujący wyjaśnił sposób technicznego rozwiązania instalacji określonych w pytaniu Zamawiającego aplikacji i to było celem Odwołującego, nie zaś jakiegokolwiek rozszerzanie zakresu oferty, lub inna jej zmiana. Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający kilkakrotnie zwracał się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień lub dodatkowych informacji i wszelkie żądane wyjaśnienia w tym w zakresie zarzutu o rażąco niską cenę, otrzymał od Odwołującego w wymaganym terminie i uznał za wyczerpujące oraz prawidłowe. Jedynie wyjaśnienie w zakresie komputerów przewidzianych do obsługi aplikacji wymienionych w punktach 1.11 i 1.12 nie spotkało się ze zrozumieniem czy akceptacją Zamawiającego.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 3 czerwca 2011 roku.

Zamawiający, dnia 6 czerwca 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, dnia 9 czerwca 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca Innergo Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, dnia 14 czerwca 2011 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz przyznanie kosztów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz w pismach procesowych, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający opracowując s.i.w.z. wskazał, iż wykonawcy składając swoją ofertę winni wypełnić załącznik Nr 2, gdzie w części II dotyczącej wymagań technicznych i kalkulacji cenowej należało podać parametry oferowanego rozwiązania wraz z jego wyceną.

W wyniku przeprowadzonych czynności badania oferty, Zamawiający powziął wątpliwości dotyczące spełniania przez zaoferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem zaoferowania w poz. 1.11. „aplikacji do administracji systemu opartej o windows w pełni zgodnej z aplikacją główną (certyfikowana przez producenta aplikacji głównej), gwarantującą wymaganą funkcjonalność systemu wraz z niezbędnym sprzętem dostosowanym do pracy ciągłej 24/7 i licencjami - jeżeli są wymagane do instalacji aplikacji (...). Natomiast w poz. 1.12. Zamawiający wymagał zaoferowania „aplikacji do taryfikacji oparta o WINDOWS w pełni zgodnej z aplikacją główną (certyfikowana przez producenta aplikacji głównej), gwarantującą wymaganą funkcjonalność systemu wraz z niezbędnym sprzętem dostosowanym do pracy ciągłej 24/7 i licencjami - jeżeli są wymagane do instalacji aplikacji (...).

Odwołujący zaoferował w poz. 1.11. „Aplikację do zarządzania stanem łączy - Zarządzanie i diagnostyka stanu łączy SZ DGT" w cenie 548,58 złotych brutto, jednocześnie powtarzając w kolumnie „parametr oferowany” zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia z kolumny „parametr wymagany”. Natomiast w poz. 1.12. Odwołujący zaoferował: „Oprogramowanie taryfikacyjne INTAR2" w cenie 803,19 złotych brutto, kopiując do kolumny „parametr oferowany” zapis s.i.w.z. z kolumny „parametr wymagany”.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Pismem z dnia 30 maja 2011 roku, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy z prośbą o podanie dodatkowych informacji dotyczących parametrów funkcjonalno - użytkowych serwera aplikacyjnego oraz ewentualnych wymagań sprzętowych dla dodatkowych aplikacji wyszczególnionych w poz. 1.11. i 1.12. Załącznika nr 2 do s.i.w.z.

W odpowiedzi z dnia 30 maja 2011 roku Odwołujący wymienił aplikacje, jakie zostaną zainstalowane na przedmiotowym serwerze, tj.:

- oprogramowanie Jednostka Sterująca Media Gateway'a,
- aplikacja do nadzoru systemu w czasie rzeczywistym (KBDed Konsola) - pkt. 1.13.,
- Serwer Usług Dodatkowych (SUD) - serwer zawiera licencje na aplikacje centralnej książki telefonicznej, modułu provisioning'u, serwer VPN, Asystent DGT oraz moduł Poczty Głosowej,

oraz poinformował iż do prawidłowego funkcjonowania aplikacji określonych w poz. 1.11. i 1.12. przewidziano dodatkowy sprzęt - komputer PC, będący standardowo w wyposażeniu Media Gateway'a (pkt. 1.2.).

W ofercie z dnia 26 maja 2011 roku, Odwołujący w żadnej z kolumn „parametr oferowany” dla poz. 1.11. oraz 1.12. Załącznika nr 2 do s.i.w.z. nie wpisał, iż do prawidłowego działania aplikacji konieczny jest dodatkowy sprzęt.

W związku z powyższym, Zamawiający powtórzył czynności badania oferty w zakresie wskazanym w wyjaśnieniach, w szczególności parametrów oferowanych urządzenia określonego w poz. 1.2. Załącznika nr 2 do s.i.w.z.

W ofercie z dnia 26 maja 2011 roku, Odwołujący w poz. 1.2. Załącznika nr 2 do s.i.w.z., zaoferował: „ Serwer DGT IPnova”, przy czym w kolumnie „parametr oferowany” Odwołujący nie podał wśród parametrów oferowanych, żadnych danych dotyczących komputera klasy PC, o którym mowa w wyjaśnieniach z dnia 30 maja 2011 roku, a ograniczył się jedynie do przepisania parametrów z kolumny „parametr wymagany”.

W uwagach do Załącznika nr 2 do s.i.w.z. Zamawiający postawił wymóg podania w kolumnie „parametr oferowany” parametrów technicznych zaoferowanego przedmiotu zamówienia, co oznacza, iż wykonawca winien podać wszystkie oferowane parametry przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym pismem z dnia 31 maja 2011 roku, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o odpowiedzi na następujące pytania dotyczące zaoferowanego przedmiotu zamówienia: *Czy zaoferowany komputer klasy PC potrzebny do instalacji aplikacji określonych w poz. 1.11. i 1.12. Załącznika Nr 2 do s.i.w.z., a będący „standardowo w wyposażeniu” media gateway jest instalowany w media gateway czy w szafie rack 19" i jest przystosowany do pracy w systemie ciągłym 24/7; Czy oba oferowane media gateway'e są standardowo wyposażone w komputer klasy PC? Jaki system operacyjny jest zainstalowany w komputerze klasy PC?*

W odpowiedzi z dnia 31 maja 2011 roku Odwołujący oświadczył, że *zaoferowany komputer klasy PC potrzebny do instalacji aplikacji określonych w poz. 1.11. i 1.12. Załącznika nr 2 do s.i.w.z. jest przystosowany do pracy w systemie ciągłym 24/7. W zależności od ustalanych na etapie realizacji indywidualnych potrzeb Zamawiającego, komputer ten jest dostarczany w wykonaniu wolnostojącym i instalowany na wskazanym stanowisku lub w wersji rack 19" i instalowany na stojaku. W komputer klasy PC standardowo wyposażone są oba oferowane media gateway'e. Na komputerze PC jest zainstalowany system operacyjny Windows.*

W ocenie Izby, twierdzenie Odwołującego, jakoby komputer klasy PC stanowił standardowe wyposażenie Media Gateway'a (pkt. 1.2. Załącznika nr 2 do s.i.w.z.) nie znajduje oparcia w treści oferty - *vide* parametry oferowane. Tym samym oferta złożona przez Odwołującego, pierwotnie nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, a tym samym nie uwzględnia wszystkich składników cenotwórczych - brak wyceny dla dodatkowego sprzętu do instalacji aplikacji z poz. 1.11. i 1.12. Trudno bowiem uznać - w oparciu o parametry oferowane dla przedmiotu zamówienia wskazanego w poz. 1.2 oraz w świetle postępowania wyjaśniającego prowadzonego w trybie art. 90 ustawy, iż cena urządzenia obejmuje również dodatkowe komputery klasy PC niezbędne do instalacji aplikacji dodatkowych, notabene nie wymieniony w żadnej pozycji załącznika nr 2 do s.i.w.z.

Skoro bowiem Odwołujący przewidział rozwiązanie w skład, którego wchodzi komputery PC, to taka informacja powinna jednoznacznie wynikać z treści oferty. W przeciwnym wypadku Zamawiający nie mając pewności, co do całkowitego kształtu oferty, w tym w szczególności, co do zaoferowanych rozwiązań technicznych miał podstawy sądzić, iż oferta zawiera rozwiązanie niekompletne, nieobejmujące całego przedmiotu zamówienia.

W tym względzie zachodzi więc przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niemniej Zamawiający korzystając ze swojego uprawnienia wynikającego w przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp próbował uzyskać informację pozwalającą mu na jednoznaczne stwierdzenie o prawidłowości złożonej oferty. Potwierdzenia takiego nie otrzymał.

Z treści złożonej przez Odwołującego oferty nie wynika jednoznacznie jakie rozwiązanie techniczne oferuje Odwołujący, aby spełnić wymagania Zamawiającego. Treść oferty jest jednostronnym oświadczeniem woli, z którego powinien wynikać zakres świadczenia. Zakres świadczenia powinien być całościowy i wyczerpujący, tj. taki aby nie pozostawiał wątpliwości co faktycznie obejmuje.

Niejednoznaczność i niekompleksowość złożonej oferty potwierdził Odwołujący, który w wyniku wezwania Zamawiającego doprecyzował treść swojej oferty. Konsekwencją doprecyzowania była próba udowodnienia Zamawiającemu, że oferowane rozwiązanie jest kompletne i zawiera wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego funkcjonowania przedmiotu zamówienia.

Treść kolumny 4 pkt 1.11 i 1.12 ewidentnie wskazuje na zaoferowanie tylko i wyłącznie stosownego oprogramowania. Skoro bowiem Odwołujący wskazując, iż dedykowane oprogramowanie będzie między innymi instalowane na dodatkowych komputerach, to winien tę okoliczność wykazać przez dokonanie stosownego opisu lub odniesienia wskazując na ten fakt.

Następce wyjaśnienia ze wskazaniem nowych elementów nie jest dopuszczalne, gdyż prowadzić może do modyfikacji treści złożonej oferty po jej złożeniu i otwarciu, a to z kolei nie jest dopuszczone przepisami prawa, za wyjątkiem przypadków określonych przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zakres wyjątków określonych przepisem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania.

Postępowanie odwoławcze toczony przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, iż strony, które wywodzą określone skutki prawne winny poprzeć je stosownymi dowodami. Przepis art. 190 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi istotny nakaz dla stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący, do czasu zamknięcia rozprawy żadnego dowodu nie powołał.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę w wysokości 693,00 zł.

Przewodniczący: