

Sygn. akt: KIO 1884/11

WYROK
z dnia 14 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2011 r. przez wykonawcę Kenbit Koenig i Wspólnicy Sp. J., 01-014 Warszawa, ul. Żytnia 15 lok. 22 w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową Nr 2305, 04-520 Warszawa, ul. Marsa 80

przy udziale wykonawcy Trecom Sp. z o.o. S.K.A., 00-641 Warszawa, ul. Mokotowska 4/6 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1884/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Kenbit Koenig i Wspólnicy Sp. J., 01-014 Warszawa, ul. Żytnia 15 lok. 22 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Kenbit Koenig i Wspólnicy Sp. J., 01-014 Warszawa, ul. Żytnia 15 lok. 22 tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Jednostkę Wojskową Nr 2305 na *dostawę urządzeń sieciowych z wyposażeniem – zadanie nr 1* (numer postępowania 27/2011), wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej „Tecom Sp. z o.o.” S.K.A., wykonawca Kenbit Koenig i Wspólnicy Sp. J. wniósł w dniu 1 września 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1884/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 1 września 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia przekazanego faksem w dniu 23 sierpnia 2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwoty określone w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy.

W odwołaniu postawione został zarzut dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie odpowiadającej treści siwz. Odwołujący w szczególności wskazał, jako naruszające przepisy ustawy uznanie za ważną oferty niekompletnej, nie odrzucenie oferty niezgodnej z zapisami siwz, dokonanie przez zamawiającego istotnych zmian w treści oferty i przyjęcie za wiążące wyjaśnień wykonawcy, pomimo uzyskania wiedzy o ich niezgodności z prawdą.

W uzasadnieniu, odwołujący odniósł się do okoliczności mającej wskazywać na niekompletność oferty Tecom Sp. z o.o., a wynikającej z zaoferowania zamienników modułu Cisco SFP, dla których to produktów, oferowanych jako rozwiązanie równoważne nie załączono dokumentów potwierdzających ich równoważność względem opisanego w zamówieniu modelu. Pomimo zastrzeżenia o odrzuceniu ofert w przypadku nie złożenia lub złożenia w niewłaściwej formie któregokolwiek z oświadczeń lub dokumentów (pkt VII.4 siwz), zamawiający przyjął ofertę jako ważną. Zamawiający zaniechał również wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Okoliczność potwierdzającą niezgodność oferty Tecom Sp. z o.o. z zapisami siwz, wskazaną przez odwołującego, stanowi błąd ilościowy w pozycji 20 specyfikacji cenowej. Wykonawca uwzględnił 1 kpl., podczas gdy zamawiający wymagał 2 kpl. Niezgodność ta ma stanowić podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał poprawienia niezgodności, uznając ją za omyłkę pisarską, co doprowadziło do zmiany istotnej treści oferty, która nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wyrażone przez zamawiającego oczekiwanie na zgodę wykonawcy na dokonanie zmiany w jego ofercie, w ocenie odwołującego oznacza przejście do trybu niedozwolonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, negocjacji z jednym wykonawcą.

Za niezgodne z treści siwz, odwołujący uznał określenie w treści oferty zasad gwarancji: „*gwarancja 36 miesięcy, zgodna z warunkami równoważności z siwz*”. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie dopuścił oferowania usług równoważnych wymaganej przez niego „gwarancji Smartnet”, pomimo tego zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień. Zamawiający przyjął za wiążące wyjaśnienia wykonawcy, który nie potwierdził w sposób jednoznaczny, że oferowana gwarancja jest gwarancją „Smartnet” (który jest programem gwarancji Cisco), a tym samym zamawiający nie ma pewności, że otrzyma usługę serwisową wynikającą z gwarancji jakiej wymagał.

W świetle powyższych działań, zdaniem odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów ustawy, w tym także naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosil o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 5 września 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – Trecom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie, Izba nie stwierdziła wystąpienia okoliczności mogących prowadzić do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym i rozpoznała zarzuty merytorycznie. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się w dążeniu do uznania jego oferty jako najkorzystniejszej w części 1 przedmiotu zamówienia.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza w zadaniu nr 1, która w ocenie odwołującego winna być odrzucona, jako niekompletna i niezgodna z zapisami siwz.

Izba uznała, iż podnoszone przez odwołującego okoliczności dotyczące poprawności oferty Trecom Management Sp. z o.o. S.K.A. (zwanej dalej Trecom) nie wypełniały

przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, a zatem odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W szczególności, Izba uznała, iż nie potwierdziły się twierdzenia odwołującego o niekompletności oferty wybranej, w której wykonawca załączył dokumenty zawierające informacje o parametrach oferowanego urządzenia równoważnego, opisanemu przez zamawiającego w części III, tabela nr 1, lp. 3 i 4 – GLC-LH-MM; GLC-LH-SM. Wykonawca załączył specyfikację techniczną produktu XGIGA XGSF-1312-10 oraz XGIGA XGSF-T12-02-1 wskazującą na typy interfejsu (SFP), przepustowość (1.25 Gbs i 1000Mbps), długość fali (1300 nm), maksymalną długość przewodu (10 km i 100 m), dopuszczalną temperaturę pracy (0-70 °C), typ złącza (Dual SC/PC i RJ-45). Odwołujący w odwołaniu nie kwestionował tych parametrów, jako potwierdzających równoważność produktu, formułując jedynie twierdzenie o niekompletności oferty. W ocenie Izby, twierdzenie to należało ocenić jako gołosłowne i nie odpowiadające rzeczywistej zawartości oferty, na podstawie której zamawiający ocenił oferowane produkty produkcji XGIGA, jako równoważne opisanym produktom Cisco (str. 129 i 132 oferty). Izba uznała, iż podnoszone dopiero na rozprawie okoliczności dotyczące braku potwierdzenia parametru modułu optycznego, tj. trybu pracy „multi mode”, stanowiły o rozszerzeniu zakresu zarzutów, poprzez wskazanie nowej podstawy do odrzucenia oferty Trecom. Ponieważ w odwołaniu odwołujący nie kwestionował żadnego z parametrów oferowanych modułów, Izba uznała podnoszenie nowych okoliczności na obecnym etapie postępowania za spóźnione. Ponieważ do oferty wykonawca załączył dokument – zestawienie produktów z jego parametrami, Izba uznała, iż pozwalały one na ustalenie właściwości urządzeń, a tym samym ocenę ich równoważności. Na marginesie Izba wskazuje, iż zamawiający w siwz nie sprecyzował w oparciu o jakie parametry będzie oceniał równoważność oferowanych urządzeń, w tej sytuacji, skoro zamawiający uznał, iż urządzenie będzie współpracować z siecią, należało przyjąć, iż urządzenie spełnia cechy konieczne do zapewnienia prawidłowej pracy sieci. Jeżeli zamawiający oczekiwałby zapewnienia konkretnych parametrów, winien oczekiwanie te wyrazić w treści siwz. Izba wskazuje, iż dopuszczenie rozwiązań równoważnych z założenia oznacza dopuszczenie zaoferowania urządzenia innego niż wskazane przez zamawiającego, a zatem różniące się pod pewnymi względami. Oczekiwanie, iż produkt równoważny będzie identyczny z opisanym przez zamawiającego z góry opatrzone jest błędem. W oparciu o powyższe Izba uznała, że nie potwierdził się podnoszony w odwołaniu zarzut niekompletności oferty Trecom.

Oddalając zarzut zaniechania odrzucenia oferty Trecom, jako niezgodnej z treścią siwz, Izba uznała, iż zamawiający w sposób prawidłowy dokonał poprawienia treści w formularzu ofertowym. Podanie błędnej ilości kompletów w pozycji 20, stanowiło niezgodność oferty z siwz, podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy,

której poprawienie nie prowadziło do istotnej zmiany treści oferty. Zamawiający mógł samodzielnie dokonać poprawienia treści oferty, bez konieczności uzyskania dodatkowych informacji od wykonawcy, co zaprzeczało twierdzeniu odwołującego o prowadzeniu niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Konieczność zaoferowania dwóch kompletów wynikała z treści siwz, co stanowiło wytyczną wiążącą wszystkich wykonawców składających ofertę. Po stronie wykonawców leżało natomiast określenie ceny oferty, w tym ceny jednostkowej, która stanowiła element istotny oferty. Poprawienie ilości pozycji oczywiście wpłynęło na cenę ostateczną oferty, co jednak nie oznaczało, iż błąd dotyczył istotnej treści oferty. Ewentualne konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek są dopuszczalne (choćby przy poprawieniu omyłek rachunkowych) i nie stanowią o przyczynie, która nie dotyczyła sposobu ustalenia ceny jednostkowej. Samo zwrócenie się do wykonawcy o zgodę na poprawienie omyłki w treści oferty, stanowiło o wypełnieniu obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 87 ust. 2 ustawy, a nie prowadzeniu niedozwolonych negocjacji. W oparciu o powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba oddaliła również zarzut dotyczący niezgodności oferowanej w poz. 3 i 4 formularza oferty, gwarancji. Izba uznała oświadczenie wykonawcy o zaoferowaniu gwarancji zgodnej z warunkami równoważności za wiarygodne, mając na uwadze ustalone w toku rozprawy okoliczności. Zamawiający wymagał „gwarancji Smartnet”, która stanowi produkt dedykowany dla urządzeń Cisco. Nie było sporne pomiędzy stronami, iż oferując urządzenia Cisco jedynie dostępną na rynku gwarancją jest gwarancja Smartnet. Jednocześnie przeciwnicy sporu, tj. odwołujący i przystępujący zgodnie oświadczyli, iż Trecom jest partnerem handlowym producenta urządzeń Cisco, mogącym dostarczać urządzenia wraz z usługą gwarancji. Odwołujący kładł nacisk na interpretację zapisu oferty, w której wykonawca oświadczył, iż oferuje „gwarancja 36 miesięcy, zgodna z warunkami równoważności z siwz” (str. 2 oferty poz. 3 i 4 tabeli). Mając na uwadze zapisy siwz – część III uwaga pod tabelą (str. 4), w której zamawiający zamieścił uwagę dotyczącą wymaganej gwarancji, aby przedmiot zamówienia był objęty 36-miesięcznym okresem gwarancji licząc od dnia dostawy, oświadczenie wykonawcy było zgodne z siwz. Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia na gwarancje Smartnet 8x5xNBD – 3 lata dla WS-C3750G-12S-S (poz. 3) oraz dla WS-C3560G-24PS-S (poz.4). Opis produktu wskazuje na pakiet gwarancji umożliwiający korzystanie ze wsparcia firmy Cisco przez osiem godzin przez pięć dni w tygodniu, zapewniającego reakcję w następnym dniu roboczym. Izba uznała za wiarygodne oświadczenia Trecom złożone w toku rozprawy, iż przyczyna dla której nie określił wprost w ofercie dostępnej dla niego obsługi serwisowej Smartnet SNB, wynikała z ochrony informacji handlowej, która wskazuje na jego statut jako partnera handlowego producenta urządzeń Cisco. Ponieważ Trecom zaoferowało urządzenie Cisco, do którego dedykowana jest gwarancja producenta urządzenia, w ocenie Izby, nadmiernym było twierdzenie

odwołującego, iż wykonawca oferuje jakieś nieistniejące rozwiązanie. Izba uwzględniła również odpowiedź Trecom z dnia 16.08.2011 r. na pytanie zamawiającego dotyczące spełniania wymagań właściwych dla gwarancji Smartnet, w którym potwierdził, iż oferowana gwarancja spełnia wymienione przez zamawiającego wymagania. Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, Izba uznała, iż zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią siwz.

Oddalając odwołanie Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PrZamPubl, a także § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego.

Przewodniczący: