

Sygn. akt: KIO 2433/13

WYROK
z dnia 30 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2013 r.** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 15 października 2013r. przez wykonawcę **CTMC Sp. z o.o., ul. Miła 17, 26-600 Radom**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Głusk, ul. Głuska 140, 20-385 Lublin**,

przy udziale wykonawcy **"KONCEPT" Sp. z o.o., ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2433/13 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – CTMC Sp. z o.o. z Radomia, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – CTMC Sp. z o.o. z Radomia, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Głusk, ul. Głuska 140, 20-385 Lublin, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na *dostarczenie, instalację i uruchomienie 95 sztuk zestawów komputerowych, w tym 11 sztuk zestawów komputerowych dla osób niepełnosprawnych - składających się z komputera stacjonarnego wraz z monitorem i zainstalowanym oprogramowaniem systemem operacyjnym, pakietem biurowym, przeglądarką internetową, programem do obsługi poczty internetowej, programem zabezpieczającym przed niebezpiecznym oprogramowaniem oraz wyposażenie wszystkich gospodarstw domowych 35 sztuk i wskazanych przez Zamawiającego sześciu jednostek organizacyjnych gminy w ilości 60 zestawów komputerowych w sprzęt i łącza internetowe wraz z dostosowaniem pomieszczeń.*

Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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.

W postępowaniu zostały złożone oferty dwóch wykonawców. Obie oferty zostały przez zamawiającego odrzucone z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawcy:, tj KONCEPT" Sp. z o.o., ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków wniósł w dniu 15 października 2013 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). Odwołanie zostało w dniu 29 października przed otwarciem posiedzenia Izby cofnięte, co spowodowało umorzenie postępowania w zakresie tego odwołania.

Drugi z wykonawców, który złożył ofertę w tym postępowaniu CTMC Sp. z o.o., ul. Miła 17, 26-600 Radom, zwany dalej „odwołującym” w wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp polegających na niezasadnym wykluczeniu/odrzuconiu jego oferty co pośrednio skutkowało unieważnieniem postępowania Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust 1; art. 26 ust. 3 i 4; art. 89 ust. 1 pkt 2; art. 24 ust. 2 pkt 4; art. 93 ust 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazał na fakt, że w trakcie postępowania zamawiający dwukrotnie skierował do wykonawcy wezwania tj. pismem z dnia 17 września 2013 roku i pismem z dnia 3 października 2013 roku do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów oferty. Sposób sformułowania tych pism był na tyle nieczytelny, że trudno było wywieść z ich treści co było

celem zamawiającego, czy wezwanie do uzupełnienia dokumentów, czy też udzielenie wyjaśnień w zakresie tych pism. W trakcie rozprawy odwołujący cofnął zarzuty co do nieprecyzyjnej treści pism kierowanych do odwołującego wymienionych od strony 5 odwołania, czyli pkt 1.2 odwołania dot. dokumentów.

Odnosząc się do prawidłowości złożonej oferty podniósł iż o tym jaki komputer został zaoferowany wynika w szczególności ze specyfikacji technicznej. Zgodnie z przygotowaną przez zamawiającego tabelą – specyfikacja techniczna, wykonawca w kolumnie trzeciej tabeli miał wpisać dane/różnice w oferowanym sprzęcie w stosunku do wymagań zamawiającego, wskazanych w kolumnie drugiej tabeli. Tym samym tam gdzie oferowany sprzęt był zgodny z opisem wymagań zamawiającego, to jest z kolumną drugą, brak było potrzeby wpisywania w kolumnie trzeciej jakichkolwiek uwag czy informacji. Odwołujący podał nazwę oferowanego komputera i tam gdzie w kolumnie trzeciej nie zamieszczał uwag to jego zdaniem, zamawiający winien był uznać, że oferowany komputer spełnia w pełni wymagania SIWZ- specyfikacji technicznej.

Wykazując spełnienie tego wymagania powołał się na Decyzję Komisji Europejskiej z dnia z dnia 16 czerwca 2009r. określającą stanowisko Wspólnoty w odniesieniu do decyzji podmiotów zarządzających na mocy Umowy między rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki a Wspólnotą Europejską w sprawie koordynacji programów znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych, dotyczącej zmiany specyfikacji komputerów zawartej w części VIII załącznika C do Umowy. Z treści tej decyzji wywodził, że nie złożył odpowiedniego dokumentu dla zaoferowanego komputera, gdyż według niego nie są podawane badaniom w zakresie energochłonności komputery w każdej możliwej konfiguracji, lecz tylko wg danej grupy. Wskazał, że producent takiego komputera składa do testów i badania dany model komputera o maksymalnej największej konfiguracji i tylko dla takiego modelu są określane parametry energochłonności. Stwierdził, że zaoferowany zamawiającemu komputer nie był w konfiguracji maksymalnej, a tym samym zużycie energii nie przekraczało 160 kWh. Na tą okoliczność złożył również oświadczenia Fujitsu Technology z którego miało wynikać, że załączony do oferty przez wykonawcę firmę CTMC Sp. z o.o. wydruk ze strony www.eu-energystar.org przedstawia najwyższą możliwą konfigurację z rodziny produktów Fujitsu Esprimo E520 E85+ i tym samym konfiguracja zaoferowanego komputera nie podlegała osobnym certyfikacjom.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że zgodnie z pkt 7.7 SIWZ pkt 1 wymagał zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, jednakże odwołujący takiego dokumentu nie złożył. Ponadto w formularzu Specyfikacji Technicznej (zał. nr 4 do SIWZ) w pkt 1 tabeli pn. Certyfikaty, standardy, normy, wymagania gwarancyjne -

zamawiający żądał wydruku ze strony internetowej http://www.energystar.gov./index.cfm/fuseaction=find_a_product.showProductGroup&pgw_code+CO

lub http://www.eu-energystar.org/en/database/?cmd=selectform; table=ce_desktop - dla **zaoferowanego komputera**, podając jednocześnie, że wartość parametru TEC musi wynosić maksymalnie 160 kWh dla kategorii D przy zasilaniu napięciem 230V.

Odwołujący CMTC sp. z o.o. składając ofertę w dniu 12.09.2013 r. nie złożył wymaganych certyfikatów, norm oraz dokumentów, które szczegółowo opisano w specyfikacji technicznej (załącznik nr 4 do SIWZ). Nadto w odpowiedzi na wezwanie dnia 23.09.2013 r. wykonawca uzupełnił dokumenty o - wydruk ze strony Energy Star dla komputera FUJITSU ESPRIMO E520 E85+, kategoria D, parametr TEC 130, model procesora Intel Core i7, pamięć systemowa 32 GB, system operacyjny Windows 8.

Zdaniem Zamawiającego nie był to dokument wymagany w SIWZ - wydruk ze strony Energy Star [www.eu-energystar.org/en/\(...\)](http://www.eu-energystar.org/en/(...)), ponieważ nie dotyczył zaoferowanego komputera.

Przystępujący do postępowania, po stronie zamawiającego wykonawca KONCEPT" Sp. z o.o., ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków, zwany dalej „przystępującym” poparł stanowisko i twierdzenia zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Dodatkowo podał, że kolumnie trzeciej specyfikacji technicznej przy pozycji komputer wskazano, iż wykonawca winien podać nazwę producenta, model oraz nr oferowanego produktu. Tym samym miał być wskazany być komputer o konkretnych parametrach, a nie jak to uczynił odwołujący wskazując nie konkretny komputer, lecz komputer przynależny do określonej rodziny produktów.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Tym samym podstawą odwołania mogą być tylko czynności zamawiającego wskazane w treści przepisu art. 180 ust.2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem z odwołania. Izba

ustaliła również, że wniesienie środków ochrony prawnej /odwołania i przystąpienia/ nastąpiło z zachowaniem terminów na ich wniesienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia.

Izba nie odnosiła się do interesu przystępującego w tym postępowaniu, ze względu na brak opozycji stron co do zgłoszonego przystąpienia wykonawcy KONCEPT" Sp. z o.o., po stronie zamawiającego. Interes przystępującego w sytuacji kiedy zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia wydaje się być, zdaniem Izby, wątpliwy.

Przed odniesieniem się Izby do treści zarzutu odwołującego wskazać należy w oparciu o informacje o unieważnieniu postępowania iż w protokole postępowania wskazano, że zamawiający dokonał zarówno wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak i odrzucenia jego oferty, w obu przypadkach wskazując jako podstawę na te same okoliczności prawne i faktyczne.

Odnosząc się do oceny prawnej takiej czynności zamawiającego wskazać należy iż jest to czynność nieprawidłowa, gdyż od „warunków podmiotowych” określonych w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 i 2 ustawy należy odróżnić „warunki przedmiotowe”, odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu, ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Te drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne, ich nie spełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie można zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych /konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania jest **uznanie** jego oferty za odrzuconą – tak więc oferta ta nie jest już badana pod kątem jej zgodności z opisem przedmiotu zamówienia/ i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych. Tym samym zamawiający nie mógł z tego samego powodu wykluczyć wykonawcy z postępowania i dokonać odrzucenia jego oferty. Z analizy stanu faktycznego jednoznacznie wynika, że zarzut zamawiającego co do złożonej oferty dotyczył nie załączenia do oferty wymaganego dokumentu przedmiotowego mającego potwierdzać zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego podanymi w SIWZ.

Wskazać należy iż osią sporu pomiędzy stronami jest kwestia czy z dokumentów załączonych do oferty przez odwołującego zamawiający miał możliwość dokonania oceny zaoferowanego komputera, a w szczególności czy spełnia wymóg aby jego energochłonność - zużycie energii elektrycznej w skali roku, nie przekraczało 160 kWh.

Izba dokonując oceny stanowiska zamawiającego, będącego podstawą uznania oferty odwołującego za niespełniającą wymagań SIWZ skutkującej jej odrzuceniem, uznaje go za uzasadnione.

Poza sporem między stronami był fakt, że zamawiający wraz z ofertą żądał załączenia wydruku ze strony internetowej http://www.energystar.gov./index.cfm/fuseaction=find_a_product.showProductGroup&pgw_code+CO lub <http://www.energygystar.org/en/database/cmd=selectform>; table=ce_desktop – dla zaoferowanego komputera, czego odwołujący nie załączył. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia brakującego dokumentu przesłał wydruk z żądanej strony, z tym iż nie dotyczył on zaoferowanego komputera – w zaoferowanej konfiguracji. Odwołujący zaoferował komputer stacjonarny opisany w pkt 1 Specyfikacji Technicznej o modelu komputera FUJITSU ESPRIMO E520 E85+ i następującej konfiguracji: procesor Intel i5-4570, pamięć operacyjna 8 GB, system operacyjny Microsoft Windows 7 Pro, a dołączony do oferty wydruk ze strony internetowej dotyczy komputera o modelu zaoferowanym, lecz w dużo wyższej konfiguracji.

Według odwołującego obecnie najwyższą konfiguracją tej rodziny komputerów jest komputer z procesorem i7 , a wykazany jego pobór energii dla tej konfiguracji nie przekraczał 160 kWh. Tym samym każdy komputer z tej rodziny komputerów w niższej konfiguracji, winien być uznany jako komputer zużywający mniejszą ilość energii niż ww..

Zdaniem Izby niezasadne- jako nie udowodnione, jest wywodzenie iż każdy komputer o wyższej niż w konfiguracji, zaoferowanej w postępowaniu będzie miał wyższe zużycie energii. Wskazać należy, że na zużycie energii elektrycznej przez komputer ma wpływ nie tylko rodzaj procesora, ale także moc zainstalowanego zasilacza, rodzaj karty graficznej, wielkość pamięci itp. W tym zakresie zwrócić uwagę należało również na treść pkt 14.4 SIWZ w którym to zamawiający w sposób jednoznaczny wskazywał, iż dane z wydruku Energy Star będą wpisywane do formuły oceny danej oferty. Bez tych danym nie było możliwości dokonania bezstronnej oceny oferty odwołującego. Powoływanie się w oparciu o wskazywane dowody pośrednie iż zaoferowany komputer nie przekroczy parametru granicznego zużycia energii, byłoby zawsze tylko „domniemywaniem” iż zaoferowany komputer spełnia wymagania SIWZ. Potwierdza to również stanowisko zamawiającego który stwierdził, że w bazie danych ENERGY STAR komputer FUJITSU ESPRIMO E520 E85+ widnieje również w kategorii C, a także w kategorii B i tutaj zużycie energii jest inne niż wielkość sugerowana przez odwołującego.

Niewątpliwe jest również, że zgodnie z wymogiem specyfikacji technicznej wykonawca winien wykazać konkretna wartość zużywanej energii, a nie jej rząd wielkości. Fakt ten uniemożliwiał zamawiającemu dokonanie oceny złożonej oferty w kryterium wskazanym w pkt 14.4.2 dot. kryterium oceny ofert, gdzie kryterium 'energooszczędność

komputera” stanowiła 20% kryterium oceny ofert. Niewątpliwym w sprawie jest również fakt, że zamawiający żądał złożenia w celu wykazania powyższego parametru określonych dokumentów, których odwołujący nie złożył. Tym samym zamawiający nie mając pewności co do parametrów zaoferowanego komputera zasadnie ofertę odwołującego odrzucił.

Izba nie stwierdziła również, by zamawiający prowadząc postępowanie naruszył przepisy wskazane w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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). Izba nie zasądziła zwrotu kosztów dotyczących wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, gdyż nie spełniono w tym zakresie wymogu z § 3 pkt 2 b) ww. rozporządzenia, dotyczącego obowiązku przedłożenia w tym zakresie rachunku lub faktury.

Przewodniczący