

Sygn. akt: KIO 1694/13

WYROK
z dnia 23 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Centrum Informatyki „ZETO” Spółka Akcyjna, ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok**

przy udziale wykonawcy **MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka komandytowo-akcyjna, ul. Reduta 5, 31-421 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Centrum Informatyki „ZETO” Spółka Akcyjna, ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Informatyki „ZETO” Spółka Akcyjna, ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok** 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 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 Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę sprzętu komputerowego i urządzeń sieciowych do gospodarstw domowych i szkół wraz z instalacją i szkoleniami”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Miasto Białystok (dalej „zamawiający”) wykonawca Centrum Informatyki „ZETO” S.A. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, iż istniały przesłanki do poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz.759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”),
2. naruszeniu art. 7 ust. 1 w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.), poprzez zaniechanie odtajnieniach niektórych elementów oferty złożonej przez wykonawcę MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna (dalej „przystępujący”) pomimo, iż brak jest przesłanek uzasadniających uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji utajnionych przez tego wykonawcę,
3. naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego ze względu na fakt, iż treść oferty tego wykonawcy nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
2. poprawienia w treści oferty odwołującego nazwy „RouterBoard GrooveA-5Hn/2Hn” jako oczywistej omyłki pisarskiej oraz poprawienie jako tzw. „innej omyłki” parametru modułu radiowego w pozycji o nazwie: „Moc w dBm dla prędkości 54 Mbps w standardzie 802.11a”,
3. odtajnienia zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty przystępującego,
4. powtórzenia czynności oceny złożonych ofert,

oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania wykonawcy z dnia 11 lipca 2013 r., odpowiedzi zamawiającego na to odwołanie z dnia 22 lipca 2013 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w zakresie części zarzutu nr 1, tj. wobec niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że zaoferował moduł radiowy, który nie spełnia wymagań zamawiającego co do pracy w standardzie 802.11a oraz którego podane parametry nie odpowiadają zaoferowanemu modułowi radiowemu, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie „Zbiornego zestawienia ofert”, sporządzonego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, co biorąc pod uwagę fakt, że cenie, zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ pkt 1, zamawiający przypisał 100% znaczenie, a zarzut zmierza do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji poddania jej ocenie z zastosowaniem kryterium ceny oznacza, że uwzględnienie odwołania w tym zakresie dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Zarzutem nr 1 odwołujący objął także odrzucenie jego oferty, pomimo iż istniały przesłanki do poprawienia parametru „moc w dBm dla prędkości 54 Mbps w standardzie 802.11a” z „21” na „19”.

Zarzut w tej części skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Skład orzekający Izby, na podstawie „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 1 lipca 2013 r., ustalił, że zarzucana zamawiającemu czynność odrzucenia oferty odwołującego dotycząca mocy dla prędkości 54 Mbps w standardzie 802.11a nie miała miejsca. Z ww. Informacji wynika, że wyłączną podstawą odrzucenia oferty odwołującego było zaoferowanie modułu radiowego, który nie spełnia wymagań zamawiającego co do pracy w standardzie 802.11a oraz którego podane parametry nie odpowiadają zaoferowanemu modułowi radiowemu (nie zaś parametrom oczekiwanym przez zamawiającego).

Skoro zatem zarzucana zamawiającemu czynność nie została przez zamawiającego

podjęta, to tym samym nie mógł zamawiający naruszyć z tego powodu interesu odwołującego, którego istnienie warunkuje wniesienie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił także, że odwołującemu nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu nr 2 i 3, tj. niezasadnego zaniechania odtajnienia niektórych elementów oferty przystępującego oraz zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wiąże możliwość korzystania z odwołania z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się poprzez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia. Skoro oferta przystępującego jest ofertą z ceną wyższą niż cena w ofercie odwołującego, to stwierdzić należy, że ewentualne uwzględnienie przez Izbę zarzutów podniesionych w odwołaniu wobec zaniechań zamawiającego co do oferty przystępującego nie dałoby odwołującemu szansy na uzyskanie zamówienia i związanych z uzyskaniem tego zamówienia korzyści. Innymi słowy – weryfikacja treści oferty przystępującego, na co powoływał się odwołujący, pozostaje bez wpływu na możliwość wyboru oferty odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przesądza to o braku po stronie odwołującego interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Zbiorczego zestawienia ofert,
2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”),
3. Oferty odwołującego,
4. Wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2013 r., skierowanego przez zamawiającego do odwołującego,
5. Odpowiedzi odwołującego z dnia 24 czerwca 2013 r. na ww. wezwanie,
6. Pisma odwołującego z dnia 29 czerwca 2013 r. zawierającego dodatkową odpowiedź na ww. wezwanie,
7. Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lipca 2013 r.,

a także złożone przez przystępującego na rozprawie wydruki ze strony internetowej Inter Projekt - opisy urządzeń: Mikrotik Groove A+2Hn, Mikrotik Groove 2Hn.

Skład orzekający Izby nie dopuścił w niniejszej sprawie wydruków ze strony internetowej producenta Mikrotik w języku angielskim, złożonych na rozprawie przez odwołującego oraz zamawiającego, ponieważ w przypadku dokumentów sporządzonych w języku obcym strony oraz uczestnicy postępowania mają obowiązek przedstawić ich tłumaczenie na język polski, czego nie uczyniono.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że zaoferował moduł radiowy, który nie spełnia wymagań zamawiającego co do pracy w standardzie 802.11a oraz którego podane parametry nie odpowiadają zaoferowanemu modułowi radiowemu nie potwierdził się.

Odwołujący, wypełniając sporządzony przez zamawiającego wzór załącznika nr 1b do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych” (stanowiący załącznik nr 2 do oferty), a w szczególności wypełniając kolumnę „Oferowane parametry techniczne / producent / typ / model urządzeń” (str. 10 i 11 oferty) zaoferował model modułu radiowego typu II: „RouterBoard Groove A-2Hn/2Hn” o następujących parametrach:

1. Możliwość pracy w standardzie 802.11a - „Tak”,
2. Moc w dBm dla prędkości 6 Mbps w standardzie 802.11a – „23”,
3. Czułość w dBm dla prędkości 6 Mbps w standardzie 802.11a – „-93”,
4. Moc w dBm dla prędkości 54 Mbps w standardzie 802.11a – „21”,
5. Czułość w dBm dla prędkości 54 Mbps w standardzie 802.11a – „-77”.

Wezwaniem do złożenia wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2013 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień m.in. co do modułu o nazwie „RouterBoard Groove A-2Hn/2Hn”, wskazując jednocześnie, że podane przez odwołującego parametry odnoszące się do tego modułu nie są zgodne ze specyfikacją urządzenia podaną na stronie producenta.

Odpowiadając na ww. wezwanie, pismem z dnia 24 czerwca 2013 r., odwołujący stwierdził: „W formularzu parametrów technicznych oferowanego sprzętu zamawiający zamieścił też opcjonalne parametry dla pracy w paśmie 2,4 GHz (standard 802.11g). Do przedstawienia w ofercie wszystkich w/w opcji modułów radiowych Zamawiający zamieścił tylko jedną tabelę, która staraliśmy się wypełnić zgodnie z wymaganiami – dlatego znalazły się w niej modele i parametry wszystkich oferowanych urządzeń, rozdzielonych znakami „/”.”

Odwołujący przedstawił także cztery tabele. W tabeli dotyczącej modelu modułu radiowego, co do którego wątpliwości miał zamawiający odwołujący podał, że jest to model: „RouterBoard Groove (kod produktu ze strony producenta RBGroove A5Hn)” o następujących parametrach:

1. Możliwość pracy w standardzie 802.11a - „Tak”,
2. Moc w dBm dla prędkości 6 Mbps w standardzie 802.11a – „23”,
3. Czułość w dBm dla prędkości 6 Mbps w standardzie 802.11a – „-93”,
4. Moc w dBm dla prędkości 54 Mbps w standardzie 802.11a – „21”,
5. Czułość w dBm dla prędkości 54 Mbps w standardzie 802.11a – „-77”,

Z powyższego wynika zatem, że odwołujący wskazał inne oznaczenie oferowanego modelu modułu radiowego, a jednocześnie parametry identyczne jak w załączniku nr 2 do

złożonej oferty, w tym co do mocy w dBm dla prędkości 54 Mbps w standardzie 802.11a.

Pismem z dnia 29 czerwca 2013 r. odwołujący dodatkowo wskazał: „Wyjaśniając zaistniałą rozbieżność wskazujemy, iż rzeczywiście wykonawca w odniesieniu do modułu RouterBoard Groove dla standardu 802.11a posłużył się rozszerzeniem 2Hn, z kolei ze szczegółowych parametrów urządzenia wskazanych w tabeli widać wyraźnie, iż parametry wskazano dla urządzenia RouterBoard Groove A 5Hn”, a nadto: „Wyjaśniamy, iż doszło w tym przypadku do oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. (...) moduł o nazwie RouterBoard Groove A 2Hn jest kompletnie innym urządzeniem stosowanym do zupełnie innej częstotliwości. Dla każdej osoby posiadającej podstawową wiedzę branżową jest to okoliczność oczywista i bezsporna. Co więcej, nie może budzić wątpliwości, iż intencją wykonawcy było zaoferowanie dla standardu 802.11a urządzenia o nazwie RouterBoard Groove A 5Hn, gdyż szczegółowe parametry w sposób oczywisty wskazywały na ww. moduł. Równie oczywistym dla każdej osoby posiadającej wiedzę specjalistyczną jest, iż w odniesieniu do modułu RouterBoard Groove A jedynym prawidłowym dla standardu 802.11a rozszerzeniem (zgodnym z podaną specyfikacją) jest rozszerzenie 5Hn”. Dodatkowo odwołujący wskazał, że w jego ofercie znalazła się inna omyłka, polegająca na tym, że wskazał wartość „21” zamiast „19” dla parametru „Moc w dBm dla prędkości 54 Mbps w standardzie 802.11a”.

W ocenie składu orzekającego Izby wskazanie w ofercie odwołującego modelu modułu radiowego typu II o nazwie „RouterBoard Groove A-2Hn” nie może zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp na model o nazwie „RouterBoard Groove A 5Hn”, ponieważ za nie budzącą wątpliwości, bezsporną, pewną, a zatem oczywistą nie może być uznana omyłka, której nie jest w stanie samodzielnie poprawić zamawiający, nawet po skorzystaniu z trybu wyjaśnień, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bez naruszenia zakazu zmiany treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, tj. jednego z modułów radiowych.

Przeszkodą ku temu są następujące okoliczności:

1. woli wykonawcy zaoferowania modelu modułu radiowego typu II o nazwie „RouterBoard Groove A 5Hn” nie sposób wyczytać z żadnej części oferty wykonawcy; przeciwnie, jak podnosił zamawiający, odwołujący w kolejnym załączniku, tj. załączniku nr 1c do SIWZ (załącznik nr 3 do oferty) konsekwentnie w pozycjach 4, 8, 12, 14, 16, 18 i 20 podawał, że oferuje urządzenie o nazwie „RouterBoard Groove A-2Hn”,
2. wbrew twierdzeniom odwołującego, podane w ofercie parametry nie odpowiadają wszystkim parametrom dla modelu RouterBoard Groove A-5Hn, ponieważ urządzenie to ma, (tak też twierdził sam odwołujący), moc w dBm dla prędkości

6 Mbps w standardzie 802.11a wynoszącą „19”, nie zaś „21” jak podano w ofercie; poprawienie rzekomej omyłki pisarskiej co do nazwy zaoferowanego modelu urządzenia wymagałoby uprzedniej zmiany parametru mocy, co odbiera omyłce charakter oczywisty; dostrzeżenia wymaga, że odwołujący wyjaśniając wątpliwości zamawiającego w piśmie z dnia 24 czerwca 2013 r. nie sygnalizował, że co do mocy oferowanego modułu w złożonej ofercie wystąpiła jakakolwiek omyłka,

3. brak podstaw do przyjęcia, że nazwa zaoferowanego przez odwołującego modelu modułu radiowego w części „RouterBoard Groove A” jest prawidłowa, a jedynie w pozostałej części (2Hn) wkradła się omyłka – nie przemawiają za tym żadne obiektywne okoliczności; jak wskazywał zamawiający na rozprawie: „producent urządzeń radiowych Mikrotik, którego urządzenia oferował również odwołujący ma na swojej stronie internetowej informacje o sześciu urządzeniach, z których cztery spełniają, w ocenie zamawiającego, postawione w SIWZ wymagania co do parametrów technicznych i mogłoby być zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu, a dwa z nich są w aktualnej ofercie tego producenta. (...) Zamawiający wyjaśnia, że wprowadzie cztery z owych sześciu urządzeń nie są już produkowane, jednak nie oznacza to, że nie są dostępne w sprzedaży”,
4. zastrzeżenia co do możliwości ustalenia treści oferty odwołującego (nazwy modelu) na podstawie danych parametrów urządzeń opisanych na stronach internetowych – strony te zawierać mogą błędy (na błąd taki wskazywał przystępujący, czego odwołujący nie kwestionował, w zakresie standardu pracy jednego z urządzeń opisanych na stronie Inter Projekt – podmiotu wskazanego przez odwołującego jako podmiotu, który realizować miał zamówienie w zakresie dostawy modułów radiowych (str. 29 oferty), mogą nadto zawierać dane nieaktualne albo mogą być, choćby czasowo (np. na czas badania i oceny ofert) niedostępne,
5. zastrzeżenia co do tego, z czyjej strony internetowej winny zostać zaczerpnięte dane w sytuacji, gdy dane te są inne, sprzeczne – ze strony producenta, czy też dostawcy, tj. podmiotu wskazanego przez wykonawcę jako podmiotu, który realizować będzie zamówienie,
6. uznaniu omyłki odwołującego co do nazwy modelu modułu radiowego typu II za oczywistą przeciwstawia się także to, że stwierdzenie jej wystąpienia, a także ustalenie sposobu jej naprawy wymagałoby ze strony zamawiającego uprzedniego podjęcia czynności porównawczych, a następnie w ich wyniku przyporządkowania / wyboru nazwy i parametrów modułu radiowego, które

spełniają wymagania zawarte w SIWZ; taki sposób naprawy oferty skład orzekający Izby uznaje za przeczący samej oczywistości omyłki; z oczywistym charakterem omyłki wiązać bowiem należy w konsekwencji „oczywisty” sposób jej poprawienia.

Poprawienie nazwy modelu modułu radiowego typu II nie jest także możliwe na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ treść SIWZ nie wskazywała konkretnego modelu – to wykonawcy w ramach składanej oferty mieli obowiązek skonkretyzować oferowane urządzenia m.in. poprzez wskazanie ich modelu. Nie sposób zatem, abstrahując nawet od tego, czy spowodowałyby to istotne czy nieistotne zmiany w treści oferty, „zastąpić” treści oferty treścią SIWZ, co doprowadziłoby do jej zgodności.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a 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).

Przewodniczący: