

Sygn. akt: KIO 893/15

WYROK

z dnia 18 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Opolu, ul. Korfantego 2, 45-077 Opole**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SILTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Elizy Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa (lider)** i **Aksel Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, ul. Lipowa 14 44-207 Rybnik** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 893/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Trakt Lubelski 275T/10, 04-667 Warszawa tytułem wpisu od odwołania**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Opolu, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę oraz instalację sprzętu do rozbudowy systemu DMR w komendzie Wojewódzkiej Policji w Opolu.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 marca 2015 r., nr 2015/S 044-075881.

W dniu 20 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę COVERTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia podał m.in., że wskazane w ofercie kable – PMKN4016B i PKMN4012B – nie spełniają wymogów punktu 5.1.2. OPZ, ponieważ brak jest możliwości zaprogramowania radiotelefonów przewoźnych przez złącze mikrofonowe wskazanymi kablami. W złożonej ofercie brak jest informacji, że kabel PMKN4016B będzie uzupełniony o adapter (wynika to dopiero z przesłanych wyjaśnień z dnia 14 kwietnia 2015 r.). Proponowany „specjalny adapter” jest rozwiązaniem proponowanym przez wykonawcę i nie znajduje się w ofercie producenta radiotelefonów. A ponieważ wyjaśnienia oferty składane przez wykonawców mają na celu wytłumaczenie treści oświadczenia woli a nie jego uzupełnienie zamawiający uznał, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W dniu 30 kwietnia 2015 r. (pismem z dnia 29 kwietnia 2015 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 29 kwietnia 2015 r.) wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a także art. 26 ust. 3 ustawy Pzp
2. zaniechaniu czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom zamawiającego, czym naruszono art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
3. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej, która przy dopuszczeniu do oceny oferty złożonej przez odwołującego, znalazłaby się na drugim miejscu w rankingu to jest naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności zamawiającego począwszy od badania i oceny ofert,
2. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego
lub
3. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom zamawiającego lub/i ewentualnego poprawienia innej omyłki;
4. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż posiada wieloletnie doświadczenie zawodowe i jest w stanie zaproponować rozwiązania niestandardowe, które ułatwiają pracę przy programowaniu radiotelefonów, ograniczając przy tym liczbę, np. kabli, które serwisant musi mieć ze sobą. Za pomocą zaoferowanego przez niego zestawu kabla "PMKN4016B" zamawiający będzie w stanie zaprogramować radiotelefony przewoźne w sposób wymagany w Rozdziale 1, tabela 5, pkt 1.2 OPZ. Będzie to również przedmiotem odbioru jakościowego zgodnie z rozdz. IV załącznika nr 1 do umowy.

Tak więc zamawiający błędnie przyjął, że z uwagi na fakt, iż zaproponowany przez niego adapter (złączka) umożliwiająca programowanie radiotelefonu poprzez złącze mikrofonowe za pomocą kabla produkcji firmy MOTOROLA (który pierwotnie, bez adaptera (złączki) nie daje takiej możliwości) jest produkcji odwołującego - treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W SIWZ zamawiający nie żądał, aby wszystkie zastosowane elementy były wyprodukowane przez producenta radiotelefonów, lecz aby zaoferować rozwiązanie umożliwiające programowanie radiotelefonów przez złącze mikrofonowe, co odwołujący uczynił.

Odwołujący podniósł także, że na zadane przez zamawiającego pytanie czy kablem o symbolu katalogowym PMKN4016B można zaprogramować radiotelefon przez złącze mikrofonowe (od przodu) udzielił odpowiedzi, że tak, gdyż w komplecie zaoferował adapter (złączka), czyli wtyczkę pasującą do złącza z przodu. Co istotne, zamawiający pismem nr WS-Z.2380. 3.397.2015 z dnia 10 kwietnia 2015 zadał odwołującemu więcej podobnych pytań. Do odpowiedzi na pozostałe pytania nie zgłosił żadnych wątpliwości, podczas gdy odwołujący pojawiające się wątpliwości wyjaśnił w podobny sposób to znaczy wskazał, że dostarczy różne elementy, które nie były wprost wymienione w „Wykazie”. Brak jest racjonalnych podstaw, które uzasadniałyby stanowisko zamawiającego oparte na wyekspozowaniu „istotnej roli” tego konkretnego adaptera (złączki), przy całkowitym

pominięciu innych okoliczności podniesionych przez odwołującego w wyjaśnieniach z 14 kwietnia 2015 roku.

Odwołujący nadto dodał, iż SIWZ nie zawiera wymogu, aby „zestaw kabli do programowania” pochodził od producenta dostarczanego sprzętu. Fakt, iż zamawiający ma wiedzę, że w znanej dotychczas zamawiającemu wersji wspomniany kabel nie umożliwia realizacji funkcjonalności programowania od przodu, nie oznacza, iż może na tej podstawie odrzucić rozwiązanie z wykorzystaniem adaptera (złączki), które zaoferował odwołujący, gdyż w świetle kryteriów funkcjonalności wymaganych Rozdz. 1, tabela 5, pkt 1.2 OPZ jest ono tożsame z zaoferowaniem oddzielnego kabla, czego zapewne zamawiający domyślnie oczekiwał. W SIWZ (OPZ) użyto sformułowania „zestaw kabli” a nie „kabel szt. 1, 2 czy 3”. Adapter (złączka) stanowi osprzęt dodatkowy, akcesorium, w stopniu identycznym, jakim w zaoferowanym radiotelefonie doręcznym (noszonym) jest np. pokrywa złącza akcesoryjnego, a w samochodowym np. uchwyt do mocowania w samochodzie. Z punktu widzenia odwołującego oczywistym jest, że zaoferował „zestaw kabli do programowania”, w komplecie którego znajduje się adapter, tak jak w powyższych przykładach znajdują się inne elementy. Takie rozwiązanie pozwala na ekonomizację oferty oraz poprawienie modelu niezawodnościowego poprzez uniknięcie stosowania dodatkowego przewodu. Co nie mniej istotne, zamawiający nie żądał wymienienia wszystkich elementów wchodzących w skład zestawu. Wskazany w „Wykazie” zestaw kabli jest autorskim rozwiązaniem odwołującego łączącym w sobie rozwiązanie Motoroli oraz jego własnej modyfikacji/adaptacji, która nie jest zabroniona przez SIWZ i za której poprawność działania bierze odpowiedzialność. Z samego faktu, iż nie jest to oczekiwane przez zamawiającego oryginalne rozwiązanie producenta nie można wywodzić jego niezgodności z wymaganiami SIWZ.

W dniu 30 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawcy otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 4 maja 2015 r. (pismem z dnia 4 maja 2015 r.) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SILTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) i Aksel Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, zwani dalej „konsorcjum SILTEC”, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 9 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” podał, iż w celu spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 8 SIWZ, winien wraz z ofertą złożyć następujące dokumenty i oświadczenia „(...) V. Dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego:

1) Wykaz sprzętu proponowanego do dostawy, składny w formie oświadczenia, wraz z potwierdzeniem spełnienia wymagań zapisów OPZ”.

W rozdziale 14 „Opis sposobu przygotowania oferty” zamawiający także wskazał, że „c) oferta ma zawierać (...)

Dokumenty wymienione w pkt. 9 niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym: wypełniony i podpisany wykaz sprzętu (pkt. 9.V SIWZ) potwierdzający, że oferowany przez wykonawcę sprzęt spełnia wymagania określone przez zamawiającego, według wzoru załączonego do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”.

Zamawiający w punkcie 5.1.2. OPZ podał, wskazując „cechy wymagane przez zamawiającego” „komplet kabli pozwalających na programowanie wszystkich dostarczonych radiotelefonów i stacji retransmisyjnych. Dla radiotelefonów przewoźnych, o ile producent przewidział taką możliwość, kable do programowania przez złącze akcesoriów i złącze mikrofonowe”.

Odwołujący w „Wykazie sprzętu proponowanego do dostawy – załącznik do oferty” (str. 8-9 oferty”, w punkcie 5 „Zestaw do programowania radiotelefonów”, tiret drugi „zestaw kabli pozwalający na zaprogramowanie wszystkich dostarczonych radiotelefonów i stacji

retransmisyjnych” podał: „producent – MOTOROLA”, „Typ/nazwa – MAP PROGRAMMING/TEST CABLE PORTABLE PROGRAMMING CABLE”, „Oznaczenie producenta pozwalające na identyfikację sprzętu (np. symbol) - PMKN4016B PMKN4012B” i „Potwierdzenie spełnienia wymagań zapisów OPZ (wpisać TAK/NIE) – TAK”.

Zamawiający, pismem z dnia 10 kwietnia 2015 r., wezwał odwołującego, działając na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia treści oferty, wskazując m.in., iż w „poz. 5 wykazu/zestawu kabli – proponowany do dostawy kabel do programowania radiotelefonów PMKN4016B, według wiedzy zamawiającego nie pozwala na programowanie radiotelefonu przewoźnego DM4601 bezpośrednio przez przednie złącze mikrofonowe, co było wymagane w OPZ”. W związku z powyższym wezwał odwołującego do wyjaśnienia czy uwzględnił wszystkie wymagania wynikające z opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy, a w szczególności „poz. 5 wykazu/zestawu kabli – czy kabel PMKN4016B umożliwia programowanie radiotelefonu przewoźnego bezpośrednio przez złącze mikrofonowe?”

Odwołujący, odpowiadając na powyższe, podał m.in.: „oświadczamy, iż za pomocą zaferowanego przez nas zestawu kabla oznaczonego, jako „PMKN4016B” Zamawiający będzie w stanie zaprogramować zaferowane radiotelefony przewoźne DM40601 w sposób wymagany w Rozdz. 1 tabela 5 pkt 1.2 OPZ. Zwracamy uwagę, że będzie to również przedmiotem odbioru jakościowego zgodnie z rozdz. IV załącznika nr 1 do umowy.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający w punkcie 5.1.2. OPZ wskazał, jakie są jego wymagania dotyczące zestawów do oprogramowania, w tym przypadku w stosunku do zestawu kabli, a mianowicie „komplet kabli pozwalających na programowanie wszystkich dostarczonych radiotelefonów i stacji retransmisyjnych. Dla radiotelefonów przewoźnych, o ile producent przewidział taką możliwość, kable do programowania przez złącze akcesoriów i złącze mikrofonowe”. Jednocześnie żądając podania w „Wykazie sprzętu proponowanego do dostawy” następujących informacji dotyczących wyspecyfikowanych w nim produktów: producenta, typu/nazwy, oznaczenia producenta pozwalającego na identyfikację sprzętu (np. symbol) oraz potwierdzenia spełnienia wymagań zapisów OPZ. Informacje te, jak wynika z powyższego zestawienia, miały również dotyczyć „zestawu kabli pozwalającego na zaprogramowanie wszystkich dostarczonych radiotelefonów i stacji retransmisyjnych”. Informacje te należało także zestawzić z OPZ i zawartym tam wymogiem dostarczenia „kabl do programowania przez złącze akcesoriów i złącze mikrofonowe”. Dopiero zestawienie tych dwóch informacji wskazywało bowiem, jaki jest wymóg zamawiającego w tym właśnie zakresie. Tak więc należało podać oferowany produkt, tj. kable i o ile jest to konieczne i „o ile producent przewidział taką możliwość” także odpowiednie kable do programowania przez złącze akcesoriów i złącze mikrofonowe.

Odwołujący w treści oferty wskazał m.in. kabel o nazwie PMKN4016B, którego producentem jest MOTOROLA. Tym samym zidentyfikował produkt, który oferuje. Podał bowiem wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje, które pozwoliły na ustalenie tego co wykonawca faktycznie oferuje a także na ustalenie czy ten produkt spełnia jego wymogi. Kabel ten (wskazany przez odwołującego w wykazie), co jest bezsporne, nie pozwala na programowanie radiotelefonów przez przednie złącza mikrofonowe a jedynie przez złącze akcesoriów. Z powyższego już więc wynika, iż w tym właśnie zakresie oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Wykonawca nie zaoferował bowiem, gdyż okoliczność ta nie wynika z treści jego oferty, odpowiedniego kabla do programowania przez złącze akcesoriów i złącze mikrofonowe, pochodzącego od tego samego producenta, tj. MOTOROLA, bądź też od innego producenta, które pozwalałyby na osiągnięcie jednej z wymaganych funkcjonalności a mianowicie programowania przez przednie złącze mikrofonowe. Informacja taka nie wynika bowiem z treści oferty odwołującego. Informacja o zaoferowaniu określonego kabla do programowania przez złącze akcesoriów i złącze mikrofonowe, a więc kabla pozwalającego na osiągnięcie tej funkcjonalności, wskazana została dopiero w treści wyjaśnień odwołującego. Wykonawca ten zaoferował – jak konsekwentnie podkreślał - złącze (adapter) będące jego autorskim produktem – produktem firmy COVERTECH, który dotychczas nie jest znany ani też nigdzie nie był stosowany. Odwołujący co prawda okazał Izbie oraz zamawiającemu i przystępującemu ten produkt. Niemniej jednak, jak słusznie zauważył zamawiający, na produkcie tym znajdowało się logo „MOTOROLA”, mimo iż miał to być autorski produkt odwołującego, tj. firmy COVERTECH. Odwołujący zapewniał, że jest to jego produkt oparty na produktach „MOTOROLA”. Niemniej jednak nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, w tym dokumentów, potwierdzających fakt produkowania tego typu złącza do kabli. Jego wyjaśnieniom w tym zakresie nie można więc dać wiary. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

W tym stanie faktycznym, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie można zastosować art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z treści oferty wynika, co jest niewątpliwe, jej niezgodność z treścią SIWZ. Niemniej jednak poprawy treści jego oferty nie dałoby się przeprowadzić bez udziału odwołującego, który konsekwentnie twierdzi, iż w tej pozycji zaoferował adapter własnej produkcji, a więc produkt nikomu nieznan, a nie kabel produkcji „MOTOROLA”, który taką właśnie funkcję spełnia i jest właściwy dla osiągnięcia funkcjonalności wymaganej przez zamawiającego. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak słusznie podniósł przystępujący, winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Tymczasem, w tym stanie faktycznym, jest to niemożliwe.

Odnośnie charakteru wymaganego przez zamawiającego „Wykazu sprzętu proponowanego do dostawy – załącznik do oferty” stwierdzić należy, iż dokument ten – jak

wynika z rozdziału 9 SIWZ, punkt V – miał potwierdzać, że oferowany sprzęt spełnia wymagania określone przez zamawiającego. Dokument ten odnosi się do przyszłego zobowiązania tego wykonawcy, gdyż wskazuje to co wykonawca ten faktycznie oferuje. Tym samym stanowi część jego oferty rozumianą jako oświadczenie woli wykonawcy. Wobec czego dokument ten nie może podlegać uzupełnieniu.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: