

Sygn. akt: KIO 410/16

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2016 r. przez wykonawcę **COVERTECH Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendant Stołeczny Policji z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **Perfect s.c. P. M. B. T. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **COVERTECH Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** 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 **COVERTECH Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **COVERTECH Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa – Komendant Stołeczny Policji z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Komendant Stołeczny Policji z siedzibą w Warszawie, ul. Nowolipie 2; 00-150 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Naprawa urządzeń i instalacji antenowych MOTOROLA MTR”.

Dnia 16 marca 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 21 marca 2016 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: COVERTECH Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Trakt Lubelski 275T/10; 04-667 Warszawa (lider konsorcjum), Biuro Projektowo - Inwestycyjne “AWEA” Spółka z o.o., ul. Promyka 93; 05-800 Pruszków (partner konsorcjum) (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) zaniechaniu czynności ewentualnego wezwania do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom zamawiającego, czym naruszono art. 26 ust. 3 ustawy oraz w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- 3) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty najmniej korzystnej, która przy dopuszczeniu do oceny oferty złożonej przez odwołującego, znalazłaby się na ostatnim miejscu w rankingu, to jest naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy,

W związku z powyższym odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności poczynawszy od badania i oceny ofert, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż lektura uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego wskazuje, że zamawiający nie tylko nie zbadał prawidłowo oferty odwołującego, ale także nie zinterpretował prawidłowo zapisów własnej s.i.w.z. z wyjaśnieniami do niej. Zamawiający w uzasadnieniu drugiego zarzutu popełnił ponadto błąd, gdyż wymaganym obciążeniem było 2100W a nie 2000W jak napisano w uzasadnieniu zarzutu. Odwołujący wskazał, że z treści s.i.w.z. nie wynikał obowiązek załączenia do oferty tabeli parametrów technicznych

oferowanych „materiałów”. Wszelkie parametry zamawiający miał wywnioskować z załączonych do ofert wykonawców folderów, stanowiących dokumenty potwierdzające, że oferowana usługa odpowiada wymaganiom zamawiającego. Jakkolwiek nie można odmówić tym materiałom charakteru kontraktotwórczego, to w każdym przypadku wątpliwości, zamawiający ma obowiązek skorzystać z możliwości wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1), a także z wezwania do uzupełnienia takich, uznanych za niepotwierdzające, że oferowana usługa odpowiada wymaganiom zamawiającego dokumentów (art. 26 ust. 3). Zamawiający nie wzywał odwołującego ani do wyjaśnień ani do uzupełnień. Wykorzystanie wskazanych narzędzi sanacyjnych doprowadziłoby zamawiającego do wniosku, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu. Podstawę odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wywiódł z folderu rezerwowego zasilacza UPS, zamieszczonego na stronach 40-42 oferty odwołującego. Pierwsza przesłanka faktyczna odrzucenia oferty dotyczyła czasu ładowania akumulatorów. Zdaniem zamawiającego, z załączonego do oferty folderu wynika, że czas ładowania do 90% wynosi 4 godziny, podczas gdy wymagał On czasu ładowania 2,5 godziny. Istotnie, w treści załączonego do oferty folderu zasilacza UPS zawarto zapis, że czas ładowania wynosi 4 godziny do 90 % po rozładowaniu (strona 41). Wskazany w treści folderu czas ładowania nie jest jednak tożsamy z czasem żądanym przez zamawiającego. W treści s.i.w.z. zamawiający żądał: „*Sr. czas ładowania 2,5 h.*”, a nie *"całkowity czas ładowania 2,5 h"*. Jest to zasadnicza matematyczna różnica. Z uwagi na lakoniczny zapis, jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem. Wyjaśniając zapisy s.i.w.z., pismem z dnia 25 lutego 2016 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 1 zamawiający zapisał: „Czas ładowania opisany w Rozdz. II pkt 3 ppkt 1) jest średnim czasem ładowania akumulatorów wykorzystywanych przez urządzenie. Za średni czas ładowania uznaje się czas, który jest średnią wszystkich czasów ładowania ogniwo od pełnego rozładowania do naładowania jak i od rozładowania np. 10% do pełnego naładowania ogniwo. Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ”.

Zdaniem odwołującego, powyższe wskazuje, że jedynym wnioskiem, jaki mógł wyciągnąć zamawiający względem folderu załączonego do oferty odwołującego był brak wykazania w treści tego folderu, jaki jest średni czas ładowania. Z drugiej strony, wyjaśnienie wprowadza na tyle dowolną interpretację średniego czasu ładowania, że zamawiającemu może być trudno podważyć którykolwiek z czasów zaoferowanych przez wykonawców. Z treści wyjaśnienia wynika, iż zamawiający posługuje się pojęciem średniej arytmetycznej. Obliczenia są prostymi działaniami arytmetycznymi, które zamawiający mógł dokonać z łatwością samodzielnie, jeśli jednak nie mógł z różnych powodów tego zrobić, pozostawało konieczne wezwanie do uzupełnienia folderu lub złożenia wyjaśnień.

Nieco odmiennie rzecz ma się w odniesieniu do drugiej przesłanki faktycznej odrzucenia oferty odwołującego, a odnoszącej się do nie wykazania czasu podtrzymania 10 minut.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie zauważył bowiem, że na drugiej stronie załączonego do oferty folderu jest zapisane, że zaoferowany zasilacz rezerwowy UPS będzie wyposażony w sześć dodatkowych akumulatorów (str. 42). Zważywszy, że w wyposażeniu podstawowym jest ich również sześć (str. 41), i że czas podtrzymania przez 5 min wskazany jest dla tej podstawowej liczby sześciu akumulatorów, łatwo zorientować się że czas podtrzymania po dwukrotnym zwiększeniu pojemności akumulatorów wydłuży się o 100% do 10 minut, czyli wartości zgodnej z s.i.w.z. Jest to rozwiązanie dopuszczone odpowiedzią na pytanie nr 2 opublikowaną za pismem z dnia 23 lutego 2016 roku. Pismem tym zamawiający dopuścił podtrzymanie za pomocą akumulatorów wewnętrznych i zewnętrznych.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w wyniku niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, a także w wyniku pominięcia przez zamawiającego nakazanych prawem czynności. W przypadku działania zgodnego z prawem, oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, dlatego wniesienie niniejszego odwołania jest uzasadnione i konieczne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy Perfect s.c. P. M., B. T. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi 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.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika

postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Jak wynika z treści rozdziału II pkt 1 specyfikacji przedmiotem zamówienia jest naprawa urządzeń i instalacji antenowych w skład, których wchodzi 13 zestawów- retransmisyjnych MOTOROLA MTR 2000 oraz 2 zestawy retransmisyjne MOTOROLA MTR 3000 mieszczące się na obiektach radiowych Komendy Stołecznej Policji, zwana w dalszej części s.i.w.z. „naprawą”. Z pkt 3 rozdziału II specyfikacji wynika, że do naprawy urządzeń, o których mowa w pkt. 1 będzie niezbędne wykorzystanie m.in. materiałów spełniających następujące parametry techniczne:

Zasilacz rezerwowy UPS. Zasilacz o minimalnej mocy wyjściowej 3000VA/2100 W, zabezpieczenie przepięciowe. Śr. czas ładowania 2.5 h. Złącza komunikacyjne LS232, RJ-45, zarządzanie przez sieć Ethernet. Przystosowany do zamontowanie w szafie Rack 19”, Min. moc [W] 2100, Minimalna moc pozorna [VA] 3000, Napięcie wejściowe [V] 230., Napięcie wyjściowe [V] 230, Czas podtrzymania 10 min przy obciążeniu 100%, Czas przełączania <10 ms, Zabezpieczenia Przeciwwzakłóceniami RFI/EMI Przepięciowe, Zimny start, przewody elektryczne do podłączenia do 6 urządzeń – kabel IEC320C14/IEC320C13 3mb (w przypadku gniazd wejściowych IEC320/c13).

Zdaniem zamawiającego z treści oferty wynika, że odwołujący zaoferował zasilacz rezerwowy UPS o nazwie PowerWalker VI 3000 RT LCD (str. 40-42 oferty), który nie spełnia następujących wymagań:

- czas ładowania wynosi 4 h do 90% po rozładowaniu, zamiast 2,5 h;
- czas podtrzymania baterii wewnętrznych urządzenia UPS został podany dla 5 min. do obciążenia, natomiast zamawiający wymagał UPS z czasem podtrzymania 10 min. przy obciążeniu 100%, czyli przy obciążeniu 2100W.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, jak i przystępującego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Zatem, aby zamawiający mógł zastosować instytucję odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający w pierwszej czynności musi ustalić, czy popełnione w ofercie wykonawcy omyłki, które stanowią o jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, są omyłkami nieistotnymi, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca złożył swoją ofertę, która jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób istotny, a charakter omyłek nie ma charakteru nieistotnego. Za powyższymi przemawiają następujące okoliczności.

Zamawiający podał, zgodnie z twierdzeniem odwołującego, że ocena zgodności oferowanego sprzętu będzie dokonywana na podstawie załączonych do oferty folderów producenta oferowanego rozwiązania. Jak wynika z treści załączonego przez odwołującego folderu, zdaniem Izby, nie jest wiadomym *de facto*, co jest przedmiotem oferty. Jak bowiem podał na rozprawie sam odwołujący, folder załączony do oferty posługuje się dwoma oznaczeniami produktu. W jednym miejscu (strona 40 oferty) urządzenie zostało opisane jako PowerWalker VI 3000RT LCD, a w innym miejscu (na tej samej stronie) urządzenie zostało opisane jako PowerWalker VI 1500RT LCD. Już tylko ten fakt przemawia za jednoznacznym stwierdzeniem niezgodności treści oferty z s.i.w.z., gdyż zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych. A z całą pewnością takie sporządzenie oferty, stanowi o wariantowości oferty. Kolejnym elementem stanowiącym o niezgodności treści oferty z s.i.w.z. jest okoliczność zaoferowania zasilacza rezerwowego UPS o czasie podtrzymywania 5 minut dla obciążenia 2000 W, przy wymogu zamawiającego 10 minut dla obciążenia 2100 W.

Obie wskazane wyżej niezgodności oferty z s.i.w.z. nie są omyłkami dającymi się sanować w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wady oferty nie dają się również poprawić na podstawie zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż procedura wynikająca z tego przepisu doprowadziłaby do niedozwolonych negocjacji treści oferty. Wniosek taki wypływa bowiem z faktu, że w przypadku zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający z odwołującym *de facto* ustalałby ostateczną treść przedmiotu oferty. Takie zachowanie ocenić należałoby negatywnie. W ocenie Izby odwołujący składając swoją ofertę, sporządził ją w sposób daleko odbiegający od profesjonalizmu. Izba odniosła wrażenie, że odwołujący sam nie wie, co jest przedmiotem jego oferty, bądź też złożone dokumenty zostały sporządzone i przedłożone do oferty w sposób świadomy, w ten sposób, iż w zależności od sytuacji oferty (pozycjonowanie w rankingu), wykonawca podejmie określone działania. Nie sposób bowiem zrozumieć argumentacji odwołującego, że w przypadku wezwania zamawiającego do uzupełnienia oferty, czy też wyjaśnienia jej treści pozyska stosowne dokumenty producenta w celu wyjaśnienia ewentualnych rozbieżności. Wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24

ust. 1. Skoro zatem odwołujący, na dzień składania ofert nie był w stanie, w sposób jasny i precyzyjny skonstruować swojej oferty, która potwierdzałaby spełnienie wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to nie sposób następnie uznać, że procedura wyjaśniania treści oferty i uzupełniania dokumentów doprowadziłaby do sanacji błędów oferty. Nie jest albowiem możliwe, aby po dniu składania ofert, wykonawca na nowo budował treść swojej oferty.

Podniesienia i zauważenia wymaga również okoliczność, iż odwołujący wnosząc odwołanie i stawiając zarzuty winien je udowodnić. Odwołujący na etapie odwołania, jak i na samej rozprawie nie powołał żadnego dowodu opierając się jedynie na oświadczeniach własnych i argumentacji, często wewnętrznie sprzecznej. Nadto na pytanie Izby, odwołujący stwierdził, że nie jest w posiadaniu dokumentów producenta, które potwierdzałyby słuszność stawianych zarzutów, a dopiero na wezwanie zamawiającego miałby się o nie starać. Takie zachowanie dalekie jest od profesjonalizmu uczestnika obrotu gospodarczego. Jak bowiem stanowi przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody 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.

Rekapitulując, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie potwierdził się żaden ze stawianych przez odwołującego zarzutów, dlatego też biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: