

Sygn. akt: KIO 1862/15

WYROK

z dnia 17 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia br. przez wykonawcę CPD SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonce w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie

przy udziale wykonawcy Qumak spółka akcyjna w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża CPD SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonce i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez CPD SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonce 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 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa serwerowni dla Centrali ZUS przy ul. Szamockiej 3,5 w Warszawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15 października 2014 r., poz. 342872-2014. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa).

W dniu 26 sierpnia 2015 r. CPD SYSTEM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonce (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość „czynności Zamawiającego podjętych w prowadzonym postępowaniu, polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego” i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7, art. 94, art. 179, art. 182 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, art. 181 ust. 2 Prawa zamówień publicznych - przez uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w piśmie SKYLINE TELEINFO S.A. (dalej: SKYLINE), złożonym po dokonaniu wyboru oferty Odwołującego przez Zamawiającego, bez wymaganego Ustawą interesu w jego wniesieniu oraz po upływie terminów na wniesienie przewidzianych Ustawą; w tym miejscu wskazać należy, iż przepisy Ustawy nie przewidują w tym względzie możliwości unieważnienia czynności dokonanego wyboru oferty przez Zamawiającego z własnej inicjatywy czy też wymagania przez Zamawiającego po dokonaniu wyboru oferty jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień oferty, celem usprawiedliwienia uchylania się przez Zamawiającego od zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą. Działania Zamawiającego w tym względzie jako dokonane bez podstawy prawnej naruszają dodatkowo obowiązek zawarcia umowy i stanowią uchylanie się od jej zawarcia oraz naruszają zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, gdyż w sposób nierówny traktują Wykonawców oraz naruszają tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy oraz inne przepisy powołane w treści odwołania - przez błędne

jego zastosowanie w sytuacji, gdy oferta Odwołującego wbrew twierdzeniom Zamawiającego jest zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) a ewentualne wątpliwości lub niezgodności Zamawiający mógł usunąć w trybie przepisu art. 87 ust. 1 lub 2, lub art. 26 ust. 3 Ustawy, których niezastosowanie również z ostrożności zarzucamy.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty Odwołującego;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia i powtórzenia czynności oceny ofert;
- z ostrożności, jeżeli dwa pierwsze wnioski nie zostaną uwzględnione - o nakazanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Qumak spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

W drugiej kolejności Izba badała zakres dokumentów koniecznych do rozpatrzenia odwołania, i podlegających ujawnieniu stronom i uczestnikowi postępowania (Przystępującemu). Odwołujący utajnił merytoryczne uzasadnienie odwołania (przekazał je wyłącznie Izbie i Zamawiającemu), i wnosił o wyłączenie jawności rozprawy. Dla rozstrzygnięcia tej kwestii, Izba ustaliła na podstawie pisma Zamawiającego z 21 sierpnia 2015 r. (opisującego przesłanki faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego; przedmiotowe pismo i inne dokumenty przywołane w uzasadnieniu w aktach sprawy, w odpisach), że Zamawiający w tymże piśmie na str. 4 i następnych, podał, jakie urządzenia, jakiego producenta, zostały zaoferowane w ofercie Odwołującego (jaką zaoferowano kabinę, klimatyzator i skraplacz). Wobec okoliczności, że Zamawiający ujawnił elementy oferty

Odwołującego, których dotyczy odwołanie, Izba stwierdziła, że załączone do odwołania, w części tajnej, dokumenty dotyczące oferowanych rozwiązań w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu podlegają ujawnieniu stronom uczestnikowi postępowania, który do tej pory nie miał możliwości zapoznania się z pełną argumentacją odwołania. W konsekwencji, na podstawie §23 Rozporządzenia w sprawie Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Izba podjęła decyzję o dopuszczalności udostępnienia uczestnikowi postępowania (Przystępującemu) treści dokumentacji załączonej do odwołania, a oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, skoro ujawniono podstawowe parametry oferowanych urządzeń, to argumenty przemawiające za zgodnością tych parametrów z treścią SIWZ, wraz z dokumentami na ich poparcie, również stają się jawne.

Następnie Izba zbadała, jakie zarzuty, spośród podniesionych w odwołaniu, podlegają rozpoznaniu, zarówno z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia, jak i sposób sformułowania zarzutów. Wartość postępowania oszacowano poniżej tzw. progów unijnych, dlatego zakres podnoszonych zarzutów nie mógł wykraczać poza enumeratywnie wymienione przez art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych czynności, możliwe do zaskarżenia: wykluczenia Odwołującego z postępowania bądź odrzucenia jego oferty.

Odwołujący w części wstępnej odwołania kwestionował swoje wykluczenie, jednak w uzasadnieniu faktycznym nie prezentował argumentacji na poparcie tak sformułowanego zarzutu. Zamawiający w decyzji z dnia 21 sierpnia 2015 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, faktycznie nazwał podjętą przez siebie czynność wykluczeniem. Jednak z analizy podstawy faktycznej uzasadnienia decyzji z dnia 21 sierpnia 2015 r. wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną ze SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Izba rozpatrywała, w granicach odwołania, tak określony zarzut (naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych). Izba nie mogła rozpoznać zarzutu w odniesieniu do „art. 7, art. 94, art. 179, art. 182 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, art. 181 ust. 2 Prawa zamówień publicznych - przez uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w piśmie SKYLINE TELEINFO S.A. (dalej: SKYLINE), złożonym po dokonaniu wyboru oferty Odwołującego przez Zamawiającego, bez wymaganego Ustawą interesu w jego wniesieniu oraz po upływie terminów na wniesienie przewidzianych Ustawą; w tym miejscu wskazać należy, iż przepisy Ustawy nie przewidują w tym względzie możliwości unieważnienia czynności dokonanego wyboru oferty przez Zamawiającego z własnej inicjatywy czy też wymagania przez Zamawiającego po dokonaniu wyboru oferty jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień oferty, celem usprawiedliwienia uchylania się przez Zamawiającego od zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą. Działania Zamawiającego w tym względzie jako dokonane bez podstawy prawnej naruszają dodatkowo obowiązek zawarcia umowy i stanowią

uchylanie się od jej zawarcia oraz naruszają zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, gdyż w sposób nierówny traktują Wykonawców oraz naruszają tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego”. Tak określone zarzuty w ocenie Izby wykraczają poza dopuszczalne podstawy opisane w art. 190 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. W ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu, jak doszło do podjęcia decyzji przez Zamawiającego (Zamawiający ponownie przeanalizował treść oferty Odwołującego po informacji wykonawcy już skutecznie wykluczonego z postępowania). Zamawiający może podjąć decyzję o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert niezależnie od pochodzenia informacji, która wywołała konieczność podjęcia takiej czynności. Źródło pochodzenia tej informacji nie ma wpływu na ważność czy skuteczność decyzji Zamawiającego, a rozstrzygnięciu przez Izbę podlega wyłącznie okoliczność, czy decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była uzasadniona, tj. czy rzeczywiście treści oferty Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ.

W konsekwencji Izba nie mogła badać również, czy oferta Odwołującego została prawidłowo częściowo odtajniona w decyzji o odrzuceniu oferty (odtajnienie nie miało związku z podjętą przez Zamawiającego decyzją o odrzuceniu oferty; używając odtajnionych parametrów Zamawiający dokonał opisu przesłanek odrzucenia oferty). Ponieważ z uwagi na brzmienie art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Izba nie mogła podjąć rozstrzygnięcia w tym zakresie, w uzasadnieniu odwołania odniesiono się do parametrów podanych w ofercie Odwołującego w sposób opisowy, bez wskazania skonkretyzowanych zaoferowanych urządzeń.

Odnosząc się do kluczowego zarzutu odwołania – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, analizując prawidłowość decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego była zgodna z przepisami Prawa zamówień publicznych. W odniesieniu do skraplacza (w tabeli nr 3 w ofercie Odwołującego) dla wymogu określonego przez Zamawiającego jako „wentylator komutowany elektronicznie EC” Odwołujący wypełnił rubrykę, podając parametry równoważnego systemu wpisując określenie „AC”. Zasadniczo nie było sporne, że istnieją dwa różne systemy – EC i AC. Gdyby Odwołujący wpisał inną kombinację literową – CE, EO itp., można byłoby brać pod uwagę możliwość popełnienia przez niego oczywistej omyłki pisarskiej. Jednak wyraźnie Odwołujący wskazał inny, istniejący na rynku, system, niż wymagany przez Zamawiającego. O ile z innego miejsca oferty (dokumentów dotyczących oferowanego systemu, np. karty katalogowej ze strony 72 oferty) wynikałoby jednoznacznie, że oferowane urządzenie posiada system EC dla wentylatora skraplacza – to Zamawiający mógłby doszukiwać się podstaw do wyjaśnienia treści oferty. Jednak takiej rozbieżności w ofercie Odwołującego nie można było stwierdzić – karta katalogowa ze strony 72 oferty nie zawierała informacji odnośnie systemu EC dla wentylatora skraplacza. Odwołujący w odwołaniu (na stronie 5

w części niejawniej, ujawnionej przez Izbę uczestnikowi postępowania odwoławczego) podnosił fakt popełnienia omyłki pisarskiej w przedmiotowej kwestii, wskazując, iż „parametr 0,64 kW oznacza wentylator typu EC”. Jednak takiego argumentu w żaden sposób nie udowodnił. Niezależnie od powyższego, Izba zauważyła, że zgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, strona, która się powołuje na dokument sporządzony w języku obcym, powinna przedstawić tłumaczenie na język polski, czego Odwołujący nie uczynił.

Izba podzieliła również stanowisko Zamawiającego odnośnie innych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego – zarówno co do certyfikatu na panele ściennie i sufitowe dla kabiny IT ROOM, jak i parametrów zaoferowanego systemu klimatyzacji. Odwołujący wraz z ofertą nie wykazał, że zaoferowane urządzenia spełniają określone wymogi. Oświadczenia co do właściwości sprzętu podanego w tabelach różniły się od parametrów, wynikających z karty doborowej ze strony 72 oferty. Nie ma znaczenia, że załączenie karty doborowej było fakultatywne, ponieważ obowiązkiem wykonawcy było wykazanie, że oferowany przez niego system równoważny spełnia wymogi Zamawiającego. Odnośnie niektórych rozbieżności można byłoby rozważać ewentualność ich wyjaśnienia, jednak nie było to konieczne, skoro stwierdzono wcześniej, że oferta podlegała odrzuceniu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podlegających rozpatrzeniu nie można było stwierdzić naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, mających wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....