

Sygn. akt KIO/UZP 534/09

WYROK
z dnia 7 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Ewa Jankowska
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Helpdesk plus s. c. Justyna Błaszczak, Sławomir Błaszczak, ul. Poznańska 119, 60 – 185 Skórzewo** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40 – 098 Katowice** protestu z dnia 6 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Helpdesk plus s. c. Justyna Błaszczak, Sławomir Błaszczak, ul. Poznańska 119, 60 – 185 Skórzewo

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Helpdesk plus s. c. Justyna Błaszczak, Sławomir Błaszczak, ul. Poznańska 119, 60 – 185 Skórzewo**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Helpdesk plus s. c. Justyna Błaszczak, Sławomir Błaszczak, ul. Poznańska 119, 60 – 185 Skórzewo**

U z a s a d n i e n i e

Helpdesk Plus Justyna Błaszczak, Sławomir Błaszczak spółka cywilna zs. w Skórzewie wykonawca uczestniczący w postępowaniu PN. : „Dostawa i montaż systemu kompleksowej obsługi sesji Rady Miasta Katowice”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu, którym jest Miasto Katowice, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych , zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez jego bezpodstawne zastosowanie, art. 26 ust. 3 poprzez jego nie zastosowanie, a także art. 24 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie względem Konsorcjum Provideo sp. z o.o. i EDO Studio Piotr Migatulski.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący ocenił czynność odrzucenia jego oferty za bezpodstawną i uznał za niezrozumiałą argumentację Zamawiającego, jakoby złożona oferta nie odpowiadała treści SIWZ, w konsekwencji nie ujęcia w ofercie marek, typów i modeli poszczególnych urządzeń składających się na oferowany system. Odwołujący wskazał, że zamieszczona dnia 17.02.2009 r. na stronie internetowej Zamawiającego specyfikacja nie przewidywała obowiązku wskazywania przez oferentów marek, typów i modeli poszczególnych urządzeń wchodzących w skład systemu. Gdyby nawet uznać, co w postępowaniu nie miało miejsca, że wyjaśnienie Zamawiającego z dnia 23.02.2009 r. stanowiło integralną część specyfikacji, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie do złożenia brakujących dokumentów i dotyczy to zarówno potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Brak tych działań nie może wywołać negatywnych skutków wobec wykonawcy tj. odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia z dnia 23.02.2009 r. dezaktualizowały się wskutek zmodyfikowania dnia 6.03.2009 r. treści SIWZ (zmiana załącznika nr 1). Zamawiający przy tej okazji nie uzupełnił specyfikacji o przedmiotowe elementy, a zmodyfikowana specyfikacja nie przewidywała konieczności uwzględnienia w ofertach marek, typów i modeli poszczególnych urządzeń wchodzących w skład systemu.

Odwołujący podkreślił na podstawie analizy protokołu postępowania oraz oferty Konsorcjum Provideo sp. z o.o. i EDO Studio Piotr Migatulski, że wykonawca składający tę ofertę podlega wykluczeniu. Zgodnie z cz. II ust. 13 pkt 2 c SIWZ wykonawca był zobowiązany złożyć wykaz wykonanych dostaw z montażem odpowiadających swoim rodzajem dostawie z montażem stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z min. czterema dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie. Wybrany wykonawca w wykazie dostaw przedstawił, że zrealizował dostawy systemu kongresowego marki Taiden w jednostkach sektora prywatnego, natomiast nie wskazał ani jednej dostawy, której przedmiotem był montaż kompleksowej obsługi sesji rady miasta lub powiatu. Powołał przy tym treść protokołu postępowania, w którym członek komisji przetargowej zgłosił zdanie odrębne wskazując na niezgodność wykazu wykonanych dostaw z montażem z przedmiotem zamówienia

Odwołujący wskazał również na przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powołaniem na orzecznictwo arbitrażowe stwierdzając, że

niezgodność oferty z SIWZ może zachodzić wyłącznie w stosunku do wymogów merytorycznych, a nie formalnych wskazanych w specyfikacji.

W toku rozprawy Odwołujący stwierdził, że brak wymaganego dokumentu jest nieistotnym uchybieniem nie mającym wpływu na ważność oferty. Wskazał, że jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena.

Wskazując zarzuty odwołująca się spółka wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zaniechanej czynności wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający uznał zarzuty protestu i odwołania za nieuzasadnione.

Stwierdził, że sam Odwołujący zauważył, że nie podał w swojej ofercie marek, typów i modeli poszczególnych urządzeń składających się na oferowany system. Zamawiający wskazał, że zmienił treść SIWZ w przedmiotowym zakresie zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Brak informacji dot. marek, typów i modeli nie jest w ocenie Zamawiającego niezgodnością oferty co do formy oferty, lecz co do jej treści. Wymagany wykaz jest zdaniem Zamawiającego istotnym dokumentem mającym potwierdzić, czy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Zamawiający zakwestionował też twierdzenie, że wyjaśnienia z dnia 23.02.09 r. zdezaktualizowały się na skutek zmodyfikowania w dniu 6.03.09 r. treści SIWZ wskazując, że zmianie uległa specyfikacja techniczna, a nie cała specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w stosunku do Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że nie mógł zastosować art. 26 ust. 3, gdyż zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagań została opublikowana tylko na stronie internetowej zamawiającego, nie została natomiast ujęta w ogłoszeniu o zamówieniu. Wskazał przy tym na treść art. 25 ustawy Pzp.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że nie wymagał, aby dostawcy realizowali wcześniej zamówienia tożsame z przedmiotem zamówienia, a jedynie zamówienia odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, gdyż nie ma dwóch identycznych zamówień. Wskazał, że specyfikacji oraz w ogłoszeniu o zamówieniu doprecyzował, że za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia będzie uważał dostawy z montażem systemu z funkcją intercomu, zarządzania głosowaniem, dyskusją i kamerami. Zamawiający stwierdził, że warunki udziału zostały wyraźnie określone w SIWZ oraz w ogłoszeniu i nie wynikało z nich, że należało wykazać się doświadczeniem w dostawie z montażem, której przedmiotem był system

kompleksowej obsługi sesji rady miasta lub powiatu. W ocenie Zamawiającego firma Provideo sp. z o.o. przedłożyła wszystkie wymagane dokumenty i nie podlega wykluczeniu, a Odwołujący nie wskazał czym się różni system kongresowy od systemu obsługi rady, ani w jakim zakresie doświadczenie wykazane przez wybranego wykonawcę wskazuje na nie spełnienie warunku określonego przez Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający zauważył, że w proteście nie zarzucono mu naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy, lecz przyznał, że nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lecz na swojej stronie internetowej poprzez określenie dokumentu, jakim wykonawcy powinni potwierdzić zgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, jednakże z uwagi na naruszenie art. 38 ust. 4a ustawy Zamawiający zauważył, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, w związku z czym zapowiedział unieważnienie postępowania.

W toku rozprawy odnosząc się do oferty Odwołującego stwierdził, że wymagany brakujący dokument jest istotnym dokumentem stanowiącym treść oferty.

W świetle powyższego wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż uwzględnienie podniesionych przez niego zarzutów daje mu możliwość uzyskania zamówienia publicznego w prowadzonym postępowaniu.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający pismem z dnia 23.02.09 r. stwierdził, że wymaga podania marki, typu lub modelu poszczególnych urządzeń wchodzących w skład system i nie wymaga dołączenie do oferty kart katalogowych urządzeń. Informacja ta została skierowana do wykonawców i zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego powyższy wymóg stanowił modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonaną w sposób przewidziany w SIWZ w cz. I pkt 8 i zawierał dodatkowy warunek odnoszący się do żądanej treści oferty.

Jak wynika z ustaleń dokonanych w toku postępowania Odwołujący nie zawarł w ofercie takiej informacji.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego, poprzez czynność odrzucenia oferty, art. 26 ust. 3 ustawy, uznał, że zarzut ten nie potwierdził się. W tym zakresie skład orzekający Izby uwzględnił stanowisko i argumentację Zamawiającego, który uznał, że żądana informacja stanowiąca treść oferty nie podlega uzupełnieniu w trybie

wskazanego przepisu. Zgodnie z tym przepisem zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawcy uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o których stanowi art. 25 ust. 1 ustawy. Chodzi więc o uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów lub oświadczeń potwierdzających, że określone dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają wymagania określone w SIWZ.

Informacja o marce, typie lub modelu poszczególnych urządzeń wchodzących w skład systemu dotyczy realizacji przedmiotu zamówienia i nie jest dokumentem, ani oświadczeniem, które wypełniałoby dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 ustawy. Nie jest to warunek podmiotowy, dotyczący posiadania określonych uprawnień, czy też potencjału osobowego, technicznego, czy finansowego, który kwalifikuje wykonawcę jako podmiot potencjalnie uprawniony i przygotowany do realizacji zamówienia. Nie jest to również warunek (dokument) który potwierdza, że objęte przedmiotem zamówienia dostawy, odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego. W tym bowiem zakresie należy odróżnić dokumenty i oświadczenia, które potwierdzają spełnianie tych warunków od samej treści oferty wykonawcy, która wskazuje – również zgodnie z wymogami SIWZ – w jaki sposób zostanie zrealizowany dany przedmiot zamówienia. Wykonawca składa w tym zakresie oświadczenie woli, które jest dla niego wiążące. O tym, że w trybie art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnieniu podlegają dokumenty, o których stanowią przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r., świadczy również delegacja ustawowa do wydania tego przepisu, określona w art. 25 ust. 2 ustawy.

W konsekwencji należy stwierdzić, że treść złożonej przez Odwołującego nie jest zgodna z treścią postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że czynność odrzucenia oferty nie naruszyła przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skład orzekający zauważa przy tym, że powołany przepis nakazuje odrzucić ofertę o treści niezgodnej z treścią SIWZ bez wskazania, że dotyczy on wyłącznie istotnych niezgodności.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*