

Sygn. akt: KIO/UZP 1232/09

WYROK

z dnia 19 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **CES Centrum Elektroniki Stosowanej Sp. z o.o., 30-347 Kraków, ul. Wadowicka 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Politechnika Śląska, 44-100 Gliwice, ul. Akademicka 2A** protestu z dnia 7 sierpnia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzyć czynność oceny oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Politechnikę Śląską, 44-100 Gliwice, ul. Akademicka 2A

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **CES Centrum Elektroniki Stosowanej Sp. z o.o., 30-347 Kraków, ul. Wadowicka 3,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Politechnikę Śląską, 44-100 Gliwice, ul. Akademicka 2A** na rzecz **CES Centrum Elektroniki Stosowanej Sp. z o.o., 30-347 Kraków, ul. Wadowicka 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 3 038 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **CES Centrum Elektroniki Stosowanej Sp. z o.o., 30-347 Kraków, ul. Wadowicka 3.**

U z a s a d n i e

Odwołujący – „Centrum Elektroniki Stosowanej CES” Sp. z o. o. w Krakowie uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę jednego zasilacza bezprzerwowego true on-line 40 kVA (UPS), służącego do podtrzymania zasilania infrastruktury IT, zarzucił Zamawiającemu, którym jest Politechnika Śląska w Gliwicach naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego i unieważnienie postępowania.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie powtórzenia analizy złożonych przez niego dokumentów, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty – w zakresie załącznika nr 2 do oferty, zwrócenie się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów w zakresie punktu V.A.3 SIWZ, uchYLENIE decyzji o unieważnieniu postępowania i powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty w zakresie odrzucenie jego oferty Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisem SIWZ Zamawiający oczekiwał urządzenia FLEXUS FT-H 40 lub

równoważnego. Powołując się na zasady rozsądnej oceny dowodów i racjonalnego działania Odwołujący uznał, że Zamawiającemu znane są wszystkie parametry danego typu urządzenia. Stwierdził, że zaoferował właśnie urządzenie FLEXUS FT-H 40 i wypełnił załączoną do oferty Tabelę Parametrów Technicznych zgodnie z dyspozycjami SIWZ.

W szczególności potwierdził:

- w poz. 9 Tabeli możliwość pracy równoległej do 6 jednostek – poprzez wpisanie słowa TAK,
- w poz. 29 Tabeli zgodność UPS oraz oprogramowania monitorującego i zarządzającego z posiadanym przez Zamawiającego systemem zarządzania OpenEye/NET – poprzez wpisanie słowa TAK,
- w poz. 30 Tabeli dostarczenie w ramach dostawy oprogramowania OpenEye/NET umożliwiającego włączenie urządzenia do centralnego systemu zarządzania – poprzez wpisanie słowa TAK.

Odwołujący stwierdził, że skoro zaoferował urządzenie FLEXUS FT-H 40, to ma ono możliwość pracy równoległej do 6 jednostek, a skoro przedmiotem dostawy jest również oprogramowanie OpenEye/NET, to jest ono zgodne z posiadanym przez Zamawiającego systemem zarządzania OpenEye/NET, gdyż jest to ten sam system oprogramowania.

Tym samym uznał brak podstaw do zastosowania przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 Pzp. Powołał wyrok KIO/UZP 62/09 dotyczący art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdzie stwierdzono, iż o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego w SIWZ.

Uzasadniając zarzuty w zakresie wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołujący stwierdził, iż wobec bezprzedmiotowości odrzucenia jego oferty, Zamawiający winien był w trybie art. 26 ust. 3 zwrócić się do niego o przedłożenie oczekiwanych dokumentów.

Wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, a wymóg wskazany w rozdziale V cz. A pkt 3. 2 dotyczy nie dostawy urządzenia UPS lecz serwisu urządzenia wykraczając poza zakres zamówienia. Stwierdził, że niewątpliwie dla serwisowania urządzeń UPS wymagane są kwalifikacje SEP, a Zamawiający nie wskazał w SIWZ przedłożenia jakich konkretnie dokumentów oczekuje od wykonawców. Wskazał, że sformułowanie SIWZ dotyczące wykazania dokumentami „dysponowania minimum 2 osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia” nie stanowi wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia w rozumieniu § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia PRM z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Odwołujący stwierdził, że jeżeli Zamawiający, niezależnie od kwestii wykroczenia żądanych dokumentów poza zakres zamówienia i nie sprecyzowania tego w SIWZ, powinien, zakładając, że są to dokumenty wymagane, zastosować przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający uznał zarzuty za bezprzedmiotowe stwierdzając, że poprawienie w ofercie innych omyłek dotyczy sytuacji, gdy posiada taką możliwość tzn. z treści oferty wynika, iż istotnie wykonawca popełnił taką omyłkę i nie budzi żadnych wątpliwości sposób, w jaki Zamawiający powinien omyłkę poprawić. Zamawiający stwierdził, że nie mógł poprawić omyłek w ofercie Odwołującego, która zawierała niezgodności z treścią SIWZ w wielu punktach, o czym informował w piśmie z dnia 31.07.2009 r. o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert.

Zamawiający wskazał, że na str. 20 SIWZ punkt 1 b (Tabela Parametrów Technicznych – opis wypełniania tabeli) zapisano: „w kolumnie nr 3 należy wpisać pełny opis oferowanych parametrów, zgodny z wymaganiami zawartymi w rozdz. II pkt 1 SIWZ (nawet jeżeli parametry są identyczne jak wymagane, określone w kolumnie nr 2, charakteryzujące konkretne oferowane urządzenie, przy czym skreślenie słowa „Tak” lub „Nie” możliwe jest tylko w podanych miejscach (brak spełnienia któregośkolwiek z wymaganych minimalnych parametrów spowoduje odrzucenie oferty”. Jednocześnie na stronie 9 SIWZ (R. V Warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane dokumenty, pkt G wpisano: „Zamawiający dokona sprawdzenia czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Brak któregośkolwiek z dokumentów i załączników lub złożenie ich w niewłaściwej formie (ww. tabeli 5.2 i 5.3) będzie skutkowało odrzuceniem oferty na mocy art. 89 ust. 1 ustawy (z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy).”

Na podstawie powyższego Zamawiający stwierdził, że Tabela Parametrów Technicznych określona jako pkt 5.1 jest ofertą i złożenie jej o treści niezgodnej z SIWZ powoduje jej odrzucenie. Zamawiający zauważył, że Odwołujący w Tabeli Parametrów Technicznych – str 6 i 7 oferty wpisał słowo „TAK” w pozycjach 8, 9, 11-13, 17-19, 21-24, 28-30 i dodatkowo załączył „Instrukcję użytkownika” – str 8-31 oferty, w której Zamawiający znalazł potwierdzenie w postaci opisu słownego tylko do niektórych z ww. pozycji tabeli.

W załączonych materiałach Zamawiający nie znalazł potwierdzenia dla:

Poz. 8 – Obwód PFC – wysoki współczynnik mocy zapobiegający odkształceniom na wejściu,

Poz. 9 - Możliwość pracy równoległej do 6 jednostek,

Poz. 29 – Zgodność UPS oraz oprogramowania monitorującego i zarządzającego z posiadanym przez Zamawiającego systemem zarządzania OpenEye/NET,

Poz. 30 – Licencja na oprogramowanie OpenEye/NET umożliwiająca włączenie urządzenia do centralnego systemu zarządzania.

Uzasadniając podstawy wykluczenia oferty Odwołującego Zamawiający powołał art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i wymóg SIWZ str 8 R. V cz. A pkt 3, gdzie wymagał złożenia dokumentu potwierdzającego: „Posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...): „Dysponowanie minimum 2 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. posiadającymi doświadczenie w obsłudze, serwisie i naprawie urządzeń typu UPS.” Zamawiający wskazał, że w wykazie osób Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek, gdyż nie potwierdził, iż wyznaczone osoby do obsługi posiadają doświadczenie w obsłudze, serwisie i naprawie urządzeń typu UPS, a przywołano jedynie kwalifikacje SEP w zakresie eksploatacji urządzeń o napięciu nie wyższym niż 1 kV.

W świetle art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia brakującego dokumentu, ponieważ oferta Odwołującego została odrzucona.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść oferty złożonej przez Odwołującego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznaje, że Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż uwzględnienie zarzutów daje Odwołującemu realną możliwość ubiegania się o udzielenie mu zamówienia publicznego.

Skład orzekający po przeanalizowaniu zarzutów stwierdza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że oferta Odwołującego zawiera wymagane elementy, w tym w szczególności Tabelę Parametrów Technicznych zawierającą wypełnioną kolumnę 3 przeznaczoną na opis parametrów urządzenia oferowanego przez wykonawcę. Należy jednak zauważyć, że w niektórych pozycjach, w tym poz. 8, 9, 29 i 30, których opis stał się przyczyną odrzucenia oferty, Odwołujący opis parametru ograniczył do stwierdzenia „TAK”, co uchybiało sposobowi opisu oferowanych parametrów, jakiego żądał Zamawiający w instrukcji wypełnienia stwierdzając m. in. „należy wpisać pełny opis oferowanych parametrów” ... „nawet jeżeli parametry są identyczne jak wymagane, określone w kolumnie nr 2, charakteryzujące konkretne oferowane urządzenie”. Uchybienie powyższe nie jest jednak w ocenie Izby wadą skutkującą odrzuceniem oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Można je uznać co najwyżej za uchybienie formalne. W sposób oczywisty sformułowanie „TAK” jest potwierdzeniem tożsamości parametru oferowanego z parametrem opisanym przez Zamawiającego jako wymagany. Natomiast w sytuacji wątpliwości dotyczących opisu w ofercie, Zamawiający jest uprawniony

do zastosowania instytucji żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Izba nie widzi tym samym przeszkód zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec uznania za nieuzasadnioną czynność odrzucenia oferty Odwołującego stwierdza się, że Zamawiający nie jest uprawniony do wykluczenia wykonawcy z postępowania bez uprzedniego zastosowania trybu wezwania do złożenia brakujących dokumentów na potwierdzenie posiadania niezbędnego doświadczenia i dysponowania osobami zdolnym do wykonania zamówienia, na warunkach określonych w SIWZ. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji na str 8 w R. V cz. A pkt 3, Zamawiający przedstawił wymóg:

„Dysponowanie minimum 2 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. posiadającymi doświadczenie w obsłudze, serwisie i naprawie urządzeń typu UPS.” W złożonym wykazie osób Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek, gdyż nie potwierdził, iż wyznaczone osoby do obsługi posiadają doświadczenie w obsłudze, serwisie i naprawie urządzeń typu UPS, a przywołano jedynie kwalifikacje SEP w zakresie eksploatacji urządzeń o napięciu nie wyższym niż 1 kV. W świetle powyższego w toku ponownego badania i oceny powinien zastosować postępowanie przewidziane w art. 26 ust. 3 ustawy, tj. wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakującego dokumentu. Kwestia nieadekwatności żądanego dokumentu stosunku do przedmiotu zamówienia podnoszona przez Odwołującego, nie podlega w niniejszej sprawie rozpatrzeniu, gdyż jako odnosząca się do treści SIWZ, nie może być oceniona, jako wniesiona po terminie.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. stosownie do wyniku sprawy. Nie zaliczono do kosztów postępowania odwoławczego kosztów wnioskowanych przez Odwołującego wobec nie przedstawienia do akt sprawy rachunków stosownie do postanowień § 4 ust. 1 pkt 2 a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128, poz. 886 ze zm.)

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*