

WYROK

z dnia 19 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Swegon Sp. z o.o., 62-080 Tarnowo Podgórne, ul. Owocowa 23** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, 61-704 Poznań, ul. Noskowskiego 12/14**

przy udziale wykonawcy **ATM Systemy Informatyczne S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Swegon Sp. z o.o., 62-080 Tarnowo Podgórne, ul. Owocowa 23** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Swegon Sp. z o.o., 62-080 Tarnowo Podgórne, ul. Owocowa 23** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Swegon Sp. z o.o., 62-080 Tarnowo Podgórne, ul. Owocowa 23** na rzecz **Instytutu Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, 61-704 Poznań, ul. Noskowskiego 12/14** kwotę **470 zł 00 gr** (słownie: czterysta siedemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę Krajowej Izby Odwoławczej oraz noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe w Poznaniu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie instalacji chłodniczej, elektrycznej, alarmowej i monitoringu wizyjnego dla zestawu kontenerowego.

Pismem z dnia 25 października 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”], odrzucił ofertę wykonawcy Swegon Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie Podgórnym. Zamawiający wskazał, iż wykonawca ten zaoferował klimatyzator precyzyjny typu międzyszybowego o wysokości niezgodnej z treścią SIWZ.

Wobec powyższych czynności w dniu 5 listopada 2012 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Swegon Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie Podgórnym zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż treść jego oferty odpowiada treści SIWZ;

oraz, z ostrożności procesowej:

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem – jako najkorzystniejszej – oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wnosil o

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i w konsekwencji dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, w tym ewentualnie:

2. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

W uzasadnieniu wskazywał, iż zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia jego oferty, gdyż złożył on ofertę w pełni zgodną z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ. Podnosił, iż w treści oferty złożył jednoznaczne oświadczenie, iż oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Z treścią tego oświadczenia nie stoi w sprzeczności treść załącznika nr 2 do formularza oferty, w szczególności kwestionowany przez zamawiającego punkt 3.4 tego załącznika dotyczący wysokości oferowanego klimatyzatora. Odwołujący przyznał, iż wskazana wysokość rzeczywiście podana została jako 200,2 cm, jednakże jest to wartość katalogowa podawana przez producenta jako średnia wysokość urządzenia. Odwołujący podnosił, iż istnieje możliwość regulacji wysokości urządzenia, co wyraźnie widać na rysunku technicznym dotyczącym oferowanego klimatyzatora Coolblade 30 załączonym do oferty. Odwołujący stwierdził, iż z treści jego oferty wynika jednoznacznie, że oferuje klimatyzator Coolblade 30 o regulowanej wysokości, którego uśredniona wysokość wynosi 200,2 cm, przy czym w trakcie instalacji zostanie ona dostosowana za pomocą standardowo mocowanych podstaw regulacyjnych do wymaganej przez zamawiającego wysokości 200 cm. Dodatkowo odwołujący podniósł, iż dowodem na okoliczność możliwości regulacji wysokości klimatyzatora jest szczegółowy rysunek techniczny oferowanego klimatyzatora uzyskany od producenta tego urządzenia a także katalog producenta. Ponadto odwołujący stwierdził, iż w treści SIWZ zamawiający nie zamieścił wymogu, aby w formularzu opisującym parametry oferowanego urządzenia stanowiącego załącznik nr 2 do oferty wykonawcy określili parametry docelowe, którymi będą się charakteryzowały urządzenia po ich instalacji u zamawiającego. W ocenie odwołującego wskazanie w załączniku nr 2 do oferty uśrednionej wysokości oferowanego urządzenia, nie stanowi o niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ, gdyż brak jest w SIWZ konkretnego wymogu, którego treść oferty nie spełnia. Jednocześnie odwołujący stwierdził, iż w sytuacji wątpliwości, co do rzeczywistej treści oferty w odniesieniu do wysokości oferowanego klimatyzatora zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, zamawiający mając na względzie treść oświadczenia zawartego w pkt 4 formularza, ale także rysunek techniczny klimatyzatora wskazujący na możliwość regulacji wysokości winien był wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wysokości oferowanego klimatyzatora po jego instalacji. Zdaniem odwołującego sam fakt podania w załączniku nr 2 do oferty wysokości klimatyzatora, tj. 200,2 cm, nie może stanowić niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdyż jest to średnia katalogowa wysokość

oferowanego urządzenia podawana przez jego producenta. Przyjmując jednak założenie, iż intencją zamawiającego, co w ocenie odwołującego nie wynika z treści SIWZ, było aby w treści załącznika nr 2 do oferty wykonawcy podali dokładne parametry techniczne oferowanych urządzeń odpowiadające ich parametrom docelowym, to zdaniem odwołującego należało uznać, iż wskazanie w pkt 3.4 w/w załącznika wysokość 200,2 cm, stanowiło inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w rezultacie zamawiający miał obowiązek poprawienia tej omyłki.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe w Poznaniu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie instalacji chłodniczej, elektrycznej, alarmowej i monitoringu wizyjnego dla zestawu kontenerowego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 sierpnia 2012 r., pod numerem 2012/S 160-267118.

Zgodnie z treścią SIWZ pkt I.3.1. przedmiotem zamówienia jest m.in. wykonanie projektu instalacji chłodniczej składającej się z agregatu chłodniczego, orurowania oraz klimatyzatorów precyzyjnych typu międzyrzędowego dla zestawu kontenerowego przeznaczonego do zainstalowania urządzeń komputerowych, który będzie posadowiony na należącej do zamawiającego nieruchomości położonej w Poznaniu przy ul. Jana Pawła II 12. Przedmiotem zamówienia jest również wykonanie instalacji, o której mowa powyżej wraz z dostawą niezbędnych urządzeń i materiałów (pkt I.3.4. SIWZ).

Zgodnie z pkt. I.6.7. w celu potwierdzenia, że oferowany agregat chłodniczy, wymiennik wody, klimatyzator typu międzyrzędowego odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego oraz spełnia minimalne wymogi, które określone zostały w specyfikacji technicznej, wykonawca zobowiązany był do przedłożenia karty katalogowej producenta urządzenia lub innej dokumentacji technicznej urządzenia. Zgodnie z treścią wzoru załącznika nr 2 do oferty wykonawcy zobowiązani byli do podania parametrów m.in. oferowanego przez wykonawcę klimatyzatora precyzyjnego typu międzyrzędowego w tym producenta, modelu, mocy chłodniczej, wysokości, szerokości i głębokości. Zgodnie z pkt IV.5 SIWZ Specyfikacją Techniczną Przedmiotu Zamówienia w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi dostawa dwóch klimatyzatorów precyzyjnych typu międzyrzędowego, które charakteryzują się następującymi właściwościami:

„(...)

9) wymiary urządzenia wraz z cokołem, na którym może zostać posadowiony nie mogą być większe niż:

- a) wysokość: 200 cm;
- b) szerokość 40 cm;
- c) głębokość 120 cm.”.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Qumak Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.443.282,00 zł;
- 2) Comfortlima G..... G..... z siedzibą w Mińsku Mazowieckim na kwotę 1.407.120,00 zł;
- 3) ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 942.057,00 zł;
- 4) Swegon Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie Podgórnym na kwotę 1.024.221,00 zł;
- 5) ATREM S.A. z siedzibą w Suchym Lesie na kwotę 1.214.871,00 zł;
- 6) GS Klima Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu na kwotę 1.258.536,00 zł.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca Swegon Sp. z o. o. zaferował klimatyzator precyzyjny typu międzyrzędowego firmy Swegon, model Coolblade 30. Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do oferty wykonawca ten podał następujące wymiary urządzenia:

- 1) wysokość - 200,2 cm,
- 2) szerokość – 30 cm,
- 3) głębokość – 101 cm.

Do oferty dołączył również dane techniczne producenta z których wynika, iż klimatyzator Coolblade 30 ma następujące wymiary:

- 1) długość – 300 mm
- 2) wysokość – 2002 mm
- 3) głębokość – 1010 mm.

Pismem z dnia 25 października 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucił ofertę wykonawcy Swegon Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie Podgórnym. Zamawiający wskazał, iż wykonawca ten zaferował klimatyzator precyzyjny typu międzyrzędowego o wysokości niezgodnej z treścią SIWZ.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 6 listopada 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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 Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego uznając działania zamawiającego za prawidłowe. Niewątpliwie odwołujący zaoferował precyzyjny klimatyzator typu międzyrzędowego, którego wysokość nie dopowiada wymogom zamawiającego postawionym w treści SIWZ. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ miałyby świadczyć przede wszystkim oświadczenie złożone w pkt 4 formularza ofertowego, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. W przypadku, gdy z treści oferty wynikają informacje dowodzące niezgodnych z wymaganiami SIWZ parametrów oferowanego urządzenia, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, stwierdzić należy materialną sprzeczność oferty z SIWZ, której, nie sanują ogólne deklaracje składane w innych częściach oferty. Bezspornie w treści załącznika nr 2 do oferty odwołujący podał, iż oferowany klimatyzator Coolblade 30 ma wysokość 200,2 cm. Znalazło to potwierdzenie w załączonych do oferty danych technicznych producenta. Wobec jednoznacznego stwierdzenia w treści SIWZ, że wymiary urządzenia wraz z cokołem na którym może zostać posadowiony nie mogą być większe niż: wysokość: 200 cm, zamawiający prawidłowo zastosował dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Nie sposób zgodzić się również ze stanowiskiem odwołującego, że zamawiający nie wymagał, aby w treści załącznika nr 2 do oferty podać dokładne parametry techniczne oferowanych urządzeń, a za wystarczające można było uznać podanie parametrów uśrednionych. Argumentacja ta nie znajduje żadnego uzasadnienia w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, należy wskazać, iż przyjęcie takiego stanowiska uniemożliwiłoby realną ocenę ofert pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ. W ocenie Izby,

niewątpliwie wykonawcy zgodnie z treścią załącznika nr 2 do oferty zobligowani byli do podania parametrów oferowanych urządzeń i to parametrów rzeczywistych a nie uśrednionych, przykładowych, czy też jednych z wielu możliwych jakby chciał tego odwołujący.

Wobec jednoznaczności treści oferty zarówno, co do załącznika nr 2 jak i danych wynikających z karty katalogowej producenta załączonej przez odwołującego brak było również podstaw do zwracania się do odwołującego o złożenie wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Trudno uznać, aby podstawą wątpliwości jak wskazuje odwołujący było oświadczenie z pkt 4 formularza ofertowego. Odwołujący sam przyznał, iż pomiędzy poszczególnymi dokumentami wchodzącymi w skład oferty nie zachodzą rozbieżności. W ocenie Izby podanie parametrów znacznie czy nieznacznie odbiegających od wymagań zamawiającego o ile nie ma wewnętrznej sprzeczności oferty nie rodzi po stronie zamawiającego obowiązku wyjaśniania takiej niezgodności. Przyjęcie odmiennego stanowiska (w sytuacji stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ) nakazywałoby zamawiającemu każdorazowo nawet przy braku wątpliwości, co do treści oferty zwracać się o złożenie przez wykonawcę wyjaśnień. Należy podnieść, iż wyjaśnienia złożone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp winny ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, dlatego też wobec jednoznaczności treści oferty odwołującego zamawiający nie miał potrzeby zwracać się o takie wyjaśnienia. Wątpliwości, co do treści oferty odwołującego nie mógł również powziąć zamawiający w oparciu o rysunek techniczny oferowanego klimatyzatora. Wbrew twierdzeniom pełnomocnika odwołującego podnoszonym na rozprawie, Izba badając oryginalną dokumentację przedmiotowego postępowania stwierdziła, iż oferta odwołującego nie zawierała żadnego rysunku technicznego oferowanego klimatyzatora, z którego miałyby wynikać możliwości jego regulacji. Ponadto treść oferty odwołującego nie zawierała żadnych informacji choćby sugerujących, iż podana wysokość klimatyzatora jest wartością uśrednioną oraz, że istnieje możliwość regulacji wysokości.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy wskazać, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie jeżeli niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki, a jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Odnosząc się do przedmiotowej sprawy w świetle wyraźnych postanowień SIWZ co do znaczenia i zawartości treści oferty w zakresie klimatyzatora brak było podstaw do poprawienia przez zamawiającego treści oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skoro odwołujący w załączniku nr 2 do oferty podał, iż oferowany przez niego klimatyzator ma wysokość 200,2 cm co potwierdzała również załączona do oferty karta katalogowa producenta oferowanego klimatyzatora to niewiadomo w oparciu o co zamawiający miałby poprawić taką ofertę. W ocenie Izby, zamawiający nie jest uprawniony

do zmiany danych urządzenia podawanych przez producenta. Dodatkowo należy wskazać, iż przy tak jednoznacznej treści oferty odwołującego nie sposób również mówić o omyłce. W ocenie Izby za omyłkę można by uznać każdą niedokładność, która nasuwa się bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. W niniejszej sprawie bez prowadzenia dodatkowych badań czy ustaleń zamawiający nie mógł poprawić treści oferty gdyż trudno wyobrazić sobie, aby zamawiający arbitralnie zmieniał parametry oferowanego urządzenia w stosunku do tego co wynika chociażby z karty katalogowej producenta urządzenia.

Powyższe przesądza również o niezasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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: