

WYROK
z dnia 9 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.I.W. CAMCO ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Tomaszowie Mazowieckim ul. I. Mościckiego 40/42, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** protestu z dnia **30 października 2008 r.**

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

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **P.I.W. CAMCO ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **P.I.W. CAMCO ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 436 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **P.I.W. CAMCO ul. Broniewskiego 59a, 01-865 Warszawa.**

Uzasadnienie

W przetargu nieograniczonym na dostawę i instalację zasilaczy UPS w Inspektoratach ZUS w Opcznie i Skierniewicach oraz w Biurze Terenowym w Rawie Maz. P.I.W. CAMCO Sp. z o.o. (dalej odwołujący) złożył protest na czynność zamawiającego, polegającą na bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zarzucił ofercie odwołującego niespełnianie warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) w trzech elementach, tj:

1. zbyt duża moc zasilaczy UPS w stosunku do wymaganej przez zamawiającego,
2. przekroczenie dopuszczalnych wymiarów UPS,
3. brak dokumentów firmowanych przez producenta odnośnie opisu technologii synchronizacji napięć wyjściowych jednostek oraz opisu algorytmu ładowania nieciągnącego.

Stwierdził, że złożona przez niego oferta spełnia wymagania zawarte w SIWZ, za czym przemawia to, że:

1. zaoferowane zasilacze UPS są większej mocy niż wymagane przez zamawiającego, co oznacza, że zamawiający otrzyma produkt lepszy, ponieważ będzie mógł podłączyć pod rezerwowe zasilanie więcej urządzeń, zaś odrzucenie oferty, w której wykonawca oferuje produkt lepszy niż opisany w SIWZ byłoby nonsensem i niezgodne intencją ustawy,
2. zamawiający nie określił ściśle, jakie wymiary będą podstawą odrzucenia oferty, zawarł jedynie sugestie, że wymiary oferowanych jednostek nie powinny przekraczać podanych granicznych wartości; podanie konkretnych gabarytów zasilaczy byłoby znacznym utrudnieniem uczciwej konkurencji, gdyż tak ściśle określenie wymiarów wskazywałoby na preferowanie przez zamawiającego tylko jednej marki urządzeń; podał, że pracownicy odwołującego dokonali wizji lokalnej w lokalizacjach instalacji UPS-ów i na podstawie tych oględzin stwierdził, że oferowane przez niego urządzenia w kwestiach technologii, jak i cech fizycznych w pełni spełniają wymagania tych pomieszczeń i instalacja ich będzie możliwa, w tym pod względem wymiarów szerokości i głębokości,
3. opis, który odwołujący dołączył do oferty jest materiałem producenta przetłumaczonym jedynie na język polski i dodatkowo potwierdzony przez prezesa zarządu firmy, która jest wyłącznym przedstawicielem tegoż producenta na rynku polskim;

Odwołujący zażądał zmiany decyzji zamawiającego o odrzucenie oferty i dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący wniósł odwołanie od oddalenia protestu poprzez jego nierozstrzygnięcie przez zamawiającego wskazując, że zamawiający nie rozstrzygnął protestu odwołującego w terminie 10 dni od upływu terminu określonego w przepisie art. 183 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - zwanej dalej ustawą, w związku z czym, zgodnie z art. 184 ust. 3 ustawy, brak rozstrzygnięcia protestu uznaje się za jego oddalenie.

Dodał, że pismo z dnia 10.11.2008r., w którym zamawiający informuje o powtórzonej czynności badania i oceny ofert nie jest rozstrzygnięciem protestu, gdyż nie odnosi się do zarzutów podniesionych w proteście.

Wskazał, że zamawiający nie miał podstaw faktycznych do uznania, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu, a błędne ustalenie stanu faktycznego doprowadziło do wadliwego zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Zwrócił uwagę, że zamawiający, nie dokonując rozstrzygnięcia protestu odwołującego, dokonał jednak ponownego badania i oceny ofert wskutek przystąpienia innego wykonawcy do postępowania po stronie zamawiającego. Podał, że wskutek powtórzonej czynności badania i oceny ofert, zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1) ustawy. Stwierdził, że czynność ta także jest obciążona wadą i stanowi przedmiot odrębnego protestu odwołującego. Stwierdził, nadto, że w związku z zaistniałą sytuacją, nie jest pewne, czy zamawiający w dalszym ciągu podtrzymuje swoją decyzję co do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Wykazując swój interes prawny odwołujący wskazał, że jego oferta zawiera najniższą cenę, wobec czego naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy spowodowało uszczerbek interesu prawnego odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Dodał, że późniejsze wykluczenie go z udziału w postępowaniu nie stanowi o braku interesu prawnego po stronie odwołującego z uwagi na wniesiony na czynność wykluczenia protest.

Zażądał:

1. unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem swojej oferty,
3. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert.

Odwołujący ponowił swoją argumentację zawartą uprzednio w proteście odnośnie braku podstaw do odrzucenia złożonej przez siebie oferty.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, oferty odwołującego, pisma zamawiającego z dnia 30.10.2008r., przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, zatwierdzonego przez Dyrektora Wniosku komisji przetargowej o wykluczenie wykonawcy z dnia 10.11.2008r., pisma zamawiającego z dnia 10.11.2008r. oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 04.11.2008r. (pismem z dnia 30.10.2008r.), tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych (tj. po dacie 24.10.2008 r.).

Skład orzekający Izby ustalił również, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu odwołania. Oferta odwołującego została przez zamawiającego odrzucona w wyniku działania zamawiającego, któremu to działaniu odwołujący zarzuca naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy. Odwołujący, w wyniku bezprawnych - w ocenie odwołującego - czynności, został pozbawiony szans na uzyskanie niniejszego zamówienia, ponieważ w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert była cena, odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uznania, że czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego przestała być ważna w związku z późniejszym wykluczeniem odwołującego z udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby, opierając się na treści art. 183 ust. 5 ustawy, uznaje, że zamawiający winien powstrzymać się z powtórzeniem lub wykonaniem czynności zaniechanej w czasie przewidzianym na rozstrzygnięcie protestu. Skład orzekający Izby podziela przy tym stanowisko odwołującego, zaprezentowane na rozprawie co do tego, że było to ze strony zamawiającego działanie naganne i naruszające przepisy ustawy.

Jednocześnie jednak skład orzekający Izby stwierdza, że brak jest w ustawie Prawo zamówień publicznych przepisu, który obarczałby takie działanie zamawiającego sankcją nieważności, co oznacza, że czynność wykluczenia odwołującego jest ważna i podlega, jak każda inna czynność zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, zaskarżeniu. Brak jest także w ustawie Prawo zamówień publicznych przepisu, który kazałby traktować czynność odrzucenia oferty za niebyłą wobec późniejszego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszej sprawie mamy do czynienia z nową czynnością zamawiającego dokonaną w dniu 10.11.2008r., polegającą na ponownej ocenie ofert w ograniczonym zakresie, w wyniku której odwołujący został wykluczony. Z dokumentacji postępowania jednoznacznie wynika, że czynność zamawiającego została podjęta na skutek informacji zawartej w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego firmy FHU POWER SUPPLY. Z treści tego przystąpienia wynika, że FHU POWER SUPPLY w pełni zgadza się z decyzją zamawiającego co do zasadności odrzucenia oferty odwołującego, a dodatkowo wskazuje na istnienie podstaw do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1) ustawy („Ponadto informuję zamawiającego, że w związku ze złożeniem przez PIW CAMCO Sp. z oo oferty do w/w przetargu zostało złamane prawo i ZUS Oddział w Tomaszowie Mazowieckim powinien (...) wykluczyć PIW CAMCO Sp. z oo z postępowania”).

W ocenie składu orzekającego Izby jedynie przez pryzmat tej nowej informacji należy postrzegać czynność zamawiającego.

Brak jest wreszcie podstaw do uznania, że nowa czynność zamawiającego zastąpiła niejako czynność rozstrzygnięcia protestu, przez co można by uznać, że zamawiający uwzględnił protest, a następnie wykonał czynność ponownego badania ofert.

Rozkład czynności podejmowanych przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu wskazuje jednoznacznie, że zamawiający uchybił terminowi na rozstrzygnięcie protestu złożonego przez odwołującego. Zgodnie z art. 183 ust. 1 pkt 3) ustawy, zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z ewentualnymi decyzjami o wykluczeniu wykonawców z postępowania oraz odrzuceniu ofert. Czyni to w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. W ocenianym przez skład orzekający Izby postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego termin ten - w związku z poinformowaniem przez zamawiającego o wynikach postępowania obu wykonawców, którzy złożyli oferty, w dacie 30.10.2008r. - upływał w dniu 17.11.2008 r. Odwołujący złożył protest w ustawowym terminie, wynikającym z treści art. 180 ust. 2 ustawy, w dacie 04.11.2008r. Skoro do dnia 17.11.2008r., tj. upływu ustawowego terminu, zamawiający nie dokonał czynności rozstrzygnięcia protestu, stosownie do dyspozycji art. 183 ust. 3 ustawy protest został *ex lege* oddalony.

Mając zatem z jednej strony domniemanie prawne o rozstrzygnięciu protestu *ex lege*, z drugiej działanie zamawiającego, polegające na ponownym badaniu ofert, skład orzekający Izby daje pierwszeństwo skutkowi, o którym mowa w art. 183 ust. 3 ustawy, nie zaś sprzeczemu z prawem zachowaniu zamawiającego.

Nadto, jak sam wskazał odwołujący w treści odwołania, pismo z dnia 10.11.2008r., w którym zamawiający informuje o powtórzonej czynności badania i oceny ofert nie odnosi się do zarzutów podniesionych w proteście, a zatem z tego także powodu nie może być uznane za rozstrzygnięcie protestu.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego jest skuteczna. Zamawiający podjął wprawdzie nową czynność, ale w zakresie ograniczonym, tj. pod kątem informacji zawartej w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Odnosząc do zarzutów niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że nie zasługują one na uwzględnienie.

W Części II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 2 zamawiający wskazał wymagane parametry wyjściowe zasilaczy bezprzerwowych UPS, tj. zażądał (lit. a) mocy wyjściowych: 30 kVA dla 2 sztuk urządzenia UPS oraz 20 kVA dla 1 sztuki urządzenia UPS.

W pkt. 2 lit. m) zamawiający zażądał: „Całkowite wymiary pojedynczego zasilacza nie powinny przekraczać następujących długości: szerokość maks. 500 mm, głębokość maks. 800 mm, wysokość maks. 1700 mm”.

W Części I SIWZ „Instrukcja dla Wykonawców” w § 3 (Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) w pkt. 8 i 9 zamawiający zażądał załączenia do oferty:

1. Opisu technologii synchronizacji napięć wyjściowych jednostek równoległych stosowanej w oferowanych urządzeniach.
2. Opisu algorytmu ładowania nieciągnięgo baterii. W opisie miały znaleźć się informacje nt. trwania okresów ładowania forsującego, konserwującego i okresu spoczynkowego, przy czym zamawiający wskazał, że okres spoczynkowy nie może być krótszy niż 14 dni.

Żądaniem zamawiającego było, aby oba opisy były materiałem firmowanym producenta lub przez niego potwierdzonym.

W złożonej ofercie odwołujący zaoferował:

1. zasilacze PYRAMID DSP/PDS 340 o mocy 40kVA (str. 3, 27, 28 oferty) o szerokości 520 mm i głębokości 900 mm (str. 28 oferty),
2. zasilacz PYRAMID DSP/PDS 330 o mocy 30 kVA (str. 3, 27, 28 oferty).

W ocenie składu orzekającego Izby, wymagania zamawiającego odnośnie mocy i wymiarów zasilaczy były jednoznaczne. W przypadku mocy, zamawiający zażądał parametru określonego sztywno, bez możliwości odstępstw, tj. bez możliwości zaoferowania zasilaczy o mocy mniejszej lub większej. Zaoferowanie zatem przez odwołującego zasilaczy o mocy 40 i 30 kVA, których moc jest większa od wielkości żądanych przez zamawiającego, tj. 30 i 20 kVA oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, przy czym skład orzekający Izby za gołosłowne uznał twierdzenie odwołującego wskazane na rozprawie, że „urządzenia o większej mocy nie wymagają większego chłodzenia, o ile do urządzeń tych nie są podłączone urządzenia wymagające mocy większej niż w przypadku żądanym przez zamawiającego”. Twierdzenie zamawiającego było przeciwne („większa moc zasilacza oznacza dla Zamawiającego konieczność zwiększonego poboru energii w celu schłodzenia tych zasilaczy”). Biorąc po uwagę przepis art. 6 kodeksu cywilnego i art. 188 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy wskazujących, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał, że większa moc zasilacza pozostaje bez wpływu na pobór energii.

W przypadku wymiarów, zamawiający zażądał parametrów określonych w sposób maksymalny. Zaoferowanie zatem przez odwołującego zasilacza PYRAMID DSP/PDS 340 o szerokości 520 mm i głębokości 900 mm, którego wymiary są większe od wielkości żądanych przez zamawiającego, tj. odpowiednio 500 i 800 mm, oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Skład orzekający Izby uznaje przy tym, że użycie w treści pkt 2 lit. m) sformułowania: „wymiarów pojedynczego zasilacza nie powinny przekraczać” oznacza powinność (obowiązek) dla wykonawców, a nie jedynie sugestię, poddaną pod rozagę wykonawcom, jak twierdził odwołujący. Dokonanie przez odwołującego wizji lokalnej w miejscach, gdzie mają być zainstalowane zasilacze i ustalenie przez odwołującego, że oferowane przez niego urządzenia w chwili obecnej można w pomieszczeniach do tego przeznaczonych zainstalować nie może zmieniać brzmienia postanowień SIWZ. Nadto odwołujący musi respektować prawo zamawiającego do planowanych zmian zagospodarowania pomieszczeń, na które zamawiający się powoływał na rozprawie.

Dodatkowo jedynie skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut, iż podanie konkretnych gabarytów zasilaczy byłoby znacznym utrudnieniem uczciwej konkurencji, nie może zostać rozpoznany, ponieważ jest zarzutem spóźnionym, który winien być podniesiony w terminie, o którym mowa w art. 180 ust. 3 pkt 1) ustawy.

Odnosnie braku dokumentów firmowanych przez producenta skład orzekający Izby uznał, że zarzut odwołującego w tym zakresie jest bezprzedmiotowy.

W piśmie z dnia 30.10.2008r. zamawiający poinformował odwołującego, że z mocy art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy oferta złożona przez odwołującego została odrzucona, ponieważ zaoferowane zasilacze PYRAMID DSP/PDS 340 posiadają moc 40kVA zamiast 30 kVA, a zasilacz PYRAMID DSP/PDS 330 posiada moc 30 kVA zamiast 20 kVA. Nadto zamawiający podał, że zasilacz PYRAMID DSP/PDS 340 przekracza maksymalne wymiary, tj. jest szerokości 520 mm, podczas gdy wymóg SIWZ wskazywał 500 mm oraz jest głębokości 900 mm, podczas gdy wymóg SIWZ wskazywał 800 mm.

Zamawiający zauważył także, że do oferty odwołującego załączono dokumenty wymagane w § 3 pkt 8 i 9 SIWZ, które zostały podpisane przez prezesa firmy odwołującego („W tym miejscu Zamawiający pragnie zauważyć, iż (...)\”).

W podsumowaniu pisma zamawiający wskazał: „Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż zaoferowane przez waszą firmę zasilacze UPS posiadają parametry odbiegające od określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem oferta firmy podlega odrzuceniu z mocy cytowanego przepisu”.

Analiza treści pisma zamawiającego z dnia 30.11.2008r. prowadzi do wniosku, że oferta odwołującego została odrzucona z powodu zaoferowania przez odwołującego zasilaczy, których parametry nie odpowiadają żądanym przez zamawiającego, wykonawca nie został natomiast wykluczony / oferta nie została odrzucona z powodu braku żądanych w § 3 pkt 8 i 9 SIWZ dokumentów. Świadczy o tym:

1. użycie sformułowania „Zamawiający pragnie zauważyć”, wskazującego na to, że zamawiający stwierdził dodatkowe błędy w ofercie odwołującego, ale bez wpływu tego ustalenia na status oferty,
2. powołanie się przez zamawiającego w podsumowaniu pisma jedynie na rozbieżność parametrów zaoferowanych zasilaczy w stosunku do żądań zamawiającego wyrażonych w SIWZ i wniosek, że to właśnie te rozbieżności były podstawą odrzucenia oferty.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego Izby, pismem z dnia 30.10.2008r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazując niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie mocy i wymiarów zasilaczy.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, wobec czego orzekł 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 na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....