

Sygn. akt: KIO 1388/12

**WYROK**  
z dnia 18 lipca 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum ANTEL** składające się z wykonawców: **ANMIT s.c. Teresa Wróblewska, Bartosz Wróblewski oraz „SPT TELGOM” sp. z o.o., ul. Szarotki 3, 71-604 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Szczecin - Miejski Ośrodek Sportu Rekreacji i Rehabilitacji, ul. Jarowita 2, 70-501 Szczecin,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych MVB Sylwester Krzywiec Sp. j., ul. Widuchowska 19, 71-718 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum ANTEL składające się z wykonawców: ANMIT s.c. Teresa Wróblewska, Bartosz Wróblewski oraz „SPT TELGOM” sp. z o.o., ul. Szarotki 3, 71-604 Szczecin i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum ANTEL składające się z wykonawców: ANMIT s.c. Teresa Wróblewska, Bartosz Wróblewski oraz „SPT TELGOM” sp. z o.o., ul. Szarotki 3, 71-604 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum ANTEL składające się z wykonawców: ANMIT s.c. Teresa Wróblewska, Bartosz Wróblewski oraz „SPT TELGOM” sp. z o.o., ul. Szarotki 3, 71-604 Szczecin** na rzecz **Gminy Miasto Szczecin - Miejski Ośrodek Sportu Rekreacji i Rehabilitacji, ul. Jarowita 2, 70-501 Szczecin** kwotę **1867 zł 56 gr** (słownie: tysiąc osiemset sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu, zakwaterowania oraz sporządzenia opinii przez biegłego.

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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin -Miejski Ośrodek Sportu, Rekreacji i Rehabilitacji, ul. Jarowita 2; 70-501 Szczecin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę istniejącego systemu monitoringu wizyjnego i przebudowa kanalizacji technicznej z wykonaniem przyłączy do nowoprojektowanych kamer oraz przebudowa instalacji zasilania na Stadionie Miejskim w Szczecinie przy ul. Karłowicza 28” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 maja 2012 roku pod pozycją 178700.

Zamawiający dnia 28 czerwca 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dnia 3 lipca 2012 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum ANTEL składające się z wykonawców: ANMIT s.c. Teresa Wróblewska, Bartosz Wróblewski oraz „SPT TELGOM” sp. z o.o., ul. Szarotki 3; 71-604 Szczecin (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) Uwzględnienie odwołania,
- 2) Unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
- 3) Powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie jej zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, tj. z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Nadto odwołujący wniósł o:

- przeprowadzenie dowodów z przedłożonych dokumentów, w szczególności oświadczenia Christiana W. z dnia 02-07-2012,
- opinii Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego w Szczecinie z dnia 03.07.2012 r. na okoliczność, iż treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a twierdzenia zamawiającego zawarte w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego są chybione,

- przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony Pana Bartosza W. na okoliczność, iż treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a twierdzenia zamawiającego zawarte w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego są chybione,
- przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, iż treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tzn. że oferowane przez odwołującego rozwiązania i sprzęty są równoważne i spełniają wymagania zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem oferta odwołującego była korzystniejsza z punktu widzenia kryteriów jej oceny ustalonych przez zamawiającego w s.i.w.z., tzn. „ceny” oraz „terminu”. Gdyby zatem zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, wówczas to oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący podniósł, iż na skutek bezprawnych czynności zamawiającego nie uzyskał zamówienia, co stanowi niewątpliwie jego uszczerbek majątkowy. Uzyskanie zamówienia skutkowałoby uzyskaniem wynagrodzenia, wymiernego zysku. Jego brak oznacza zatem szkodę w postaci utraconych przez odwołującego korzyści. Wysokość tej szkody odpowiada wysokości wynagrodzenia, które odwołujący uzyskałby, gdyby jego oferta nie została odrzucona, lecz wybrana jako najkorzystniejsza zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 3 lipca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 4 lipca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 6 lipca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych MVB Sylwester Krzywiec sp.j., ul. Widuchowska 19; 71-718 Szczecin.

Zamawiający dnia 12 lipca 2012 roku (pismo z dnia 11 lipca 2012 r.) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 187 ust. 2 pkt 2 i 7 ustawy Pzp, a w przypadku nie uwzględnienia przedmiotowego wniosku, wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

KIO nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentu - oświadczenia Chrystiana W. z dnia 2 lipca 2012 roku stwierdzając, iż jest to dowód

bezzprzedmiotowy, stanowiący oświadczenie prywatnej osoby, nie wpływający na ustalenie stanu faktycznego sprawy.

KIO nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z Opinii Technicznej Laboratorium Badań Jakości Osprzętu i Urządzeń Telekomunikacyjnych Wydziału Elektrycznego Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego w Szczecinie wskazując, że stanowi ona dokument prywatny mogący jedynie popierać argumentację odwołującego wskazującą na zasadność stawianych zarzutów.

KIO nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego stwierdzając, że dowód ten powołany został jedynie dla zwłoki, a dokumenty z opinii technicznych znajdujących się w aktach sprawy, jak też stanowiska stron przedstawione na rozprawie pozwalają na ustalenie stanu faktycznego sprawy i wydanie orzeczenia.

KIO nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Bartosza W. stwierdzając, że dowód ten powołany został jedynie dla zwłoki.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp stwierdzając, że odwołanie i kopia odwołania przekazana zamawiającemu zawierają jednakową treść. Izba ustaliła, że odwołanie wniesione do Prezesa KIO, jak i kopia odwołania przekazana zamawiającemu nie zawierały załącznika w postaci Opinii Technicznej z dnia 2 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzając, że dopuszczalne jest, w myśl obowiązujących przepisów, uzupełnianie braków formalnych odwołania, w tym również wadliwych pełnomocnictw.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący odnosząc się do stanowiska zamawiającego, zawartego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej/odrzuceniu ofert z dnia 28 czerwca 2012 roku, gdzie zamawiający wskazał na elementy oferty odwołującego, w których oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdził, że ustalenia zamawiającego są błędne wskazując, że oferowane przez niego rozwiązanie (odpowiednio oprogramowanie, system, serwer) posiada wymaganą i wyspecyfikowaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia funkcjonalność.

W powyższym zakresie odwołujący powołał się na Opinię Techniczną (na temat zgodności oferty złożonej przez Konsorcjum Antel z s.i.w.z. „System monitoringu wizyjnego imprez masowych” Stadionu Pogoni w Szczecinie) z dnia 2 lipca 2012 roku, sporządzoną przez pracowników Laboratorium Badań Jakości Osprzętu i Urządzeń Telekomunikacyjnych Wydziału Elektrycznego Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego w Szczecinie.

Wskazać należy, że dowód powyższy stanowi dokument prywatny. Niemniej odnosząc się do jego treści, gdyż strona odwołująca powoływała się na jego treść, przyjmując wnioski tam zawarte jako stanowisko strony Izba stwierdziła, co następuje.

Przedmiotowa opinia opracowana została w oparciu o materiały źródłowe, takie jak: specyfikacja istotnych warunków zamówienia, oferta odwołującego, uzupełnienia dokumentów, kosztorys ofertowy, informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, oświadczenie Chrystiana W. z dnia 2 lipca 2012 r., dokument licencyjny oprogramowania Milestone XProtect Corporate, karta katalogowa systemu, ogólna specyfikacja oprogramowania Milestone XProtect Corporate w wersji 5.0, instrukcja obsługi programu klienckiego, Instrukcja obsługi zdalnego programu klienckiego, Instrukcja Administratorów systemu Milestone XProtect Corporate, Instrukcja startowa Administratorów systemu Milestone XProtect Corporate, Instrukcja obsługi klawiatury Geutebruck, korespondencja elektroniczna z producentem oprogramowania.

Ponadto sporządzający opinię wskazali, że ze względu na interdyscyplinarny charakter projektu i inwestycji badania poparli: konsultacjami ze specjalistami danych branż w tym praktykami i przedstawicielami producentów analizowanych rozwiązań, urządzeń i oprogramowania, specyfikacjami technicznymi udostępnionymi w języku polskim, specyfikacjami technicznymi w oryginale (zazwyczaj w języku angielskim), testami empirycznymi udostępnionego przez producenta oprogramowania Milestone XProtect Corporate w wersji 5.0a zaoferowanej przez konsorcjum Antel.

Przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu

zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób w jaki nakazuje przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Odwołujący w swojej ofercie zaoferował rozwiązanie, które w jego ocenie stanowiło rozwiązanie równoważne.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący nie udowodnił, że oferowane przez niego rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym opisanemu przez zamawiającego przedmiotowi zamówienia.

Okolicznością determinującą takie stanowisko jest ustalenie niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie możliwości współpracy oferowanego przez odwołującego oprogramowania Milestone XProtect Corporate z klawiaturą sterującą MBeg/GCT-3X-LAN oraz brak zaoferowania dysków o odpowiedniej pojemności.

W powyższym zakresie Izba za wiarygodne uznała oświadczenie producenta klawiatury – firmy Geutebruck GmbH z siedzibą w Windhagen, który oświadczył, że *„nasza klawiatura MBeg/GCT-3X-LAN (Nr: 0.50507), tak jak wszystkie jej poprzednie wersje, wykorzystuje specjalny protokół Geutebruck. Wszystkie stosowane protokoły są specjalnie opracowane przez Geutebruck w celu zapewnienia prawidłowego działania po połączeniu do systemu Geutebruck. W przypadku korzystania z oprogramowania Milestone XProtect Corporate, nie ma technicznej możliwości podłączenia klawiatury MBeg/GCT-3X-LAN do tego oprogramowania z wykorzystaniem wszystkich jej funkcji.”*

Przedmiotowe oświadczenie precyzuje okoliczność braku możliwości współpracy oferowanych przez odwołującego: klawiatury z oprogramowaniem, co wyklucza możliwość uznania takiego rozwiązania za równoważne względem przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które taką współpracę opisuje jako bezwzględnie konieczną.

Odnosnie zaś braku zaoferowania przez odwołującego dysków o odpowiedniej pojemności, to stwierdzić należy, iż odwołujący w swojej ofercie zaoferował pojemność systemu (bazy danych, dysków) jedynie 8 TB, przy wymaganej przez zamawiającego pojemności ustalonej na 32 TB.

Powyższe dwa ewidentne przypadki niezgodności treści oferty odwołującego ze s.i.w.z. bezsprzecznie dyskwalifikują ofertę odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

W odniesieniu do pozostałych elementów oferty, które w ocenie zamawiającego sprzeczne są z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił stanowiska przeciwnego. Wskazać bowiem należy, że w treści odwołania odwołujący jedynie stawia w opozycji twierdzenia zamawiającego, nie opisując jednakowoż dlaczego stanowisko zamawiającego jest błędne. Ponadto odwołujący w treści odwołania stwierdza jednoznacznie, iż przedmiotem jego oferty jest system Milestone XProtect Corporate w wersji 8.0a. Tymczasem, jak to wskazano wcześniej Opinia Techniczna sporządzona przez pracowników Laboratorium Badań Jakości Osprzętu i Urządzeń Telekomunikacyjnych Wydziału Elektrycznego Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego w Szczecinie opierała się na innej wersji systemu, a mianowicie na ogólnej specyfikacji technicznej oprogramowania Milestone XProtect Corporate w wersji 5.0. Testy empiryczne natomiast wykonywane były na oprogramowaniu Milestone XProtect Corporate w wersji 5.0a. Ta oczywista niezgodność dyskredytuje przedmiotową opinię zarówno jako dowód w sprawie, jak też jako stanowisko strony, które pozostaje wewnętrznym sprzeczne.

Wskazać również należy, że w myśl przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że oferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie jest faktycznie rozwiązaniem równoważnym w odniesieniu do przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego. W powyższym zakresie wykonawca wszelkimi możliwymi środkami dowodowymi musi przedstawić jasne, precyzyjne i nie powodujące żadnych wątpliwości stanowisko, które u zamawiającego winno wywołać skutek w postaci nie powodującej żadnych wątpliwości pewności, co do prawidłowości złożonej oferty, w tym jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i prawidłowego skonfigurowania przedmiotu oferty równoważnej.

Odwołujący uchybił temu obowiązkowi konstruując swoją ofertę w taki sposób, który nie pozwalał na ustalenie jej właściwej, ostatecznej treści. Ponadto możliwość opcjonalizacji rozwiązań przedstawionych w ofercie spowodowała sytuację, w której zamawiający nie mógł być pewien faktycznej treści oferty oraz rozwiązań w niej przyjętych przez odwołującego.

Powyższa sytuacja uniemożliwiła zamawiającemu dokonanie oceny oferty odwołującego w sposób pozwalający na stwierdzenie jej równoważności z przedmiotem zamówienia opisanym przez zamawiającego. W ocenie Izby odwołujący nie dołożył należytej staranności przy sporządzaniu oferty.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, dlatego też orzeczono jak w sentencji.





O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty zamawiającego poniesione z tytułu dojazdu, zakwaterowania oraz sporządzenia opinii przez biegłego w łącznej wysokości 1 867,56 zł.

**Przewodniczący:** .....