

**WYROK**

**z dnia 5 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2013 r. przez wykonawcę **CEZAR C..... M..... i P..... G..... Sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez **Morską Służbę Poszukiwania i Ratownictwa, ul. Hryniewickiego 10, 81-340 Gdynia,**

**orzeka:**

1. uwzględnienia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Części nr I – dostawa urządzeń komputerowych oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy - **CEZAR C..... M..... i P..... G..... Sp. j. z Radomia** i powtórzenie czynności badania i oceny z uwzględnieniem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy;
2. Kosztami postępowania obciąża **Morską Służbę Poszukiwania i Ratownictwa, ul. Hryniewickiego 10, 81-340 Gdynia** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CEZAR C..... M..... i P..... G..... Sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa, ul. Hryniewickiego 10, 81-340 Gdynia** na rzecz wykonawcy **CEZAR C..... M..... i P..... G..... Sp.j., ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [ dalej ustawa Pzp] przez Morską Służbę Poszukiwania i Ratownictwa z Gdyni [Zamawiający], którego przedmiotem jest „Dostawa urządzeń komputerowych i oprogramowania dla Morskiej Służby Poszukiwania i Ratownictwa”. Zdaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy - „CEZAR” C..... M..... i P..... G..... Sp. j. z Radomia [Odwołujący] Zamawiający naruszył art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 82 ust.3 ustawy Pzp, albowiem bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego uznając jej treść za nieodpowiadającą specyfikacji. Wskazał również - z ostrożności procesowej – na naruszenie art. 87 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wyjaśniania treści jego oferty, a tym samym prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji przejawiającej się w zaniechaniu korzystania z uprawnień i wykonania ustawowych obowiązków wskazanych powyżej. W uzasadnieniu podał, że Zamawiający w dniu 17 maja br. poinformował Odwołującego o wyborze ofert najkorzystniejszych, w tym w części I oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], ze względu na niespełnianie przez zaoferowane urządzenie - router CISCO 892(FSP) wymagań Zamawiającego tj. brak funkcjonalności xDSL na porcie WAN. Podał również, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (III.5) i specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądał złożenia wraz z formularzem ofertowym charakterystyki urządzeń komputerowych zgodnej z zał. nr 9 do siwz dla części nr 1 (X.3.1). Taki formularz został przez wykonawcę złożony, w którym w kolumnie 3. zostały potwierdzone – zgodnie z formularzem - wymagania z użyciem takich wyrazów jak np.: „ spełnia”, „tak”, „ zawiera”, „zapewniam” lub przepisanie wymagania Zamawiającego określonego w kolumnie 2. Charakterystyka dotyczyła sprzętu z pkt 11: Router- szt. 1: producent: Cisco model: 892-K9 + Rack Mount Kit. Zamawiający zatem miał wiedzę na temat oferowanego sprzętu i wiele możliwości w celu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości, co nie mogło prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie potwierdzić, że oferowane urządzenie (router] spełnia wymagania

Zamawiającego. Dopiero pewność Zamawiającego, że poszczególne parametry czy chociażby jeden z wielu, powodowałyby obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał przysługującym mu uprawnienia wyjaśniania wszelkich wątpliwości, które mogą się pojawić w trakcie prowadzenia postępowania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w takich sytuacjach Zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejasnych części oferty z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Stwierdził również, że art. 87 ust. 1 zdanie 2. ustawy Pzp należy interpretować tak, że dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne. Poza tym, biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, należy odczytywać nie tylko, jako czyste uprawnienie zależne od uznania zamawiającego, lecz raczej, jako kompetencję zamawiającego, a zatem prawo do żądania wyjaśnień połączone z obowiązkiem ich zażądania w celu zachowania należytej staranności w przeprowadzeniu badania i oceny oferty”. Zatem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może być wykorzystany przez Zamawiającego w celu uzyskania wyjaśnień - wykładni autentycznej oświadczenia woli stanowiącego ofertę. „Stosownie do art. 87 ust. 1 Pzp zamawiający może żądać wyjaśnień treści oferty. Możliwość żądania wyjaśnień przeradza się w obowiązek wówczas, gdy treść oferty budzi wątpliwości, zawiera sprzeczne lub niejasne oświadczenia bądź informacje”. Dalej podał, że twierdzenie Zamawiającego zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie znajduje oparcia ani w ustawie, bowiem nakłada obowiązek odrzucenia oferty, kiedy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem obowiązku Zamawiającego wynikającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazując na orzecznictwo Izby podkreślił, że „niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) oraz dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie”. Może również polegać (...) na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania, co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz)”. Stwierdził także, że w takim przypadku (...)

możliwe być winno wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz". Wykonawca kwestionując twierdzenie Zamawiającego przywoływane w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia podniósł, że Zamawiający informacje o wymaganych parametrach routera – jak sam stwierdził] pozyskał ze strony producenta urządzenia CISCO i wyłącznie na tej podstawie stwierdził, że oferowane urządzenie nie posiada funkcjonalności x DSL na porcie WAN. W tym przypadku podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że co do zasady „informacje zamieszczone w Internecie posiadają niską wartość dowodową, gdyż treści zawarte w Internecie nie mają charakteru wyczerpującego. Stanowią one określony materiał reklamowy służący zwykle przedstawieniu pewnych informacji w oznaczonym zakresie. Ich celem jest rozpowszechnienie wiedzy na określony temat, w taki sposób, żeby użytkownik Internetu, poszukując wiadomości w tym przedmiocie powziął wiedzę o produkcie w takim zakresie, aby zachęcić go do jego nabycia. Informacje ze stron internetowych nie mają cech dokumentu. a ponadto nie ma pewności, co do ich aktualności jak również nie ma pewności, kto i w jakim celu dokonał ich tam zamieszczenia". Wskazał również, że na sprawdzanej przez Zamawiającego stronie internetowej w wierszu 2 tabeli nr 3 znajdują się informacje, których Zamawiający zapewne poszukiwał. Niezależnie od tego Zamawiający miał możliwość zwrócenia się do składającego ofertę o stosowne wyjaśnienia, mógł również wyjaśniać kwestię bezpośrednio z producentem urządzenia. Nie skorzystał z tej możliwości, natomiast a priori wywiódł negatywny dla Odwołującego skutek wyłącznie po pobieżnym sprawdzeniu strony internetowej. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego, jako niezgodną, co do treści ze specyfikacją, a tym samym wpłynął na wynik prowadzonego postępowania. W związku z powyższym Odwołujący żąda uwzględnienia odwołania w całości, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części i powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Tak jak stwierdziła Izba przedmiotem tego zamówienia jest dostawa, której wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot [stanowi kwotę 101.000 zł, co stanowi równowartość 25.126, 88 euro] i Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w niniejszej sprawie ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej reki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego.

Czynnością zaskarżoną, w niniejszym odwołaniu jest przede wszystkim czynność bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca wskazał również na naruszenie art. 82 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzając, że jego oferta odpowiada specyfikacji, a zatem zaniechanie chociażby wyjaśnienia jej treści narusza art. 87 ust.1 ustawy Pzp a także art. 7 ust.1 ustawy Pzp, albowiem zaniechanie korzystania z uprawnień oraz nie wykonanie ustawowych obowiązków nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji. W toku rozprawy wskazywał również na procedurę wyjaśnień podjętą wobec wybranej oferty Komputronik S.A. z Poznania.

Izba przede wszystkim stwierdza, że mając na uwadze wskazany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie jest możliwe skuteczne podnoszenie zarzutów wobec czynności badania jak również wyboru oferty innego wykonawcy, w tym przypadku Komputronik S.A. z Poznania. Jednakże wykonawca mimo takiego ograniczenia prawnego, co do podnoszenia zarzutów tylko do jego oferty, w tych konkretnych okolicznościach faktycznych ma możliwość powoływania się na interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wnoszenia odwołania, albowiem złożył najkorzystniejszą ofertę cenową [cena jedynym kryterium wyboru] i tym samym uwzględnienie zarzutu, co do

braku podstaw odrzucenia jego oferty umożliwia temu wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 190 ust.1 i 7 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontrydiktoryjności, która dominuje również w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń i tym samym Izba *de facto* nie ma bezwzględnego obowiązku ustalenia prawdy materialnej, albowiem żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakazuje składowi orzekającemu dążyć do takiego ustalenia. Izba podkreśla, że obowiązek przedstawiania dowodów umożliwiających stwierdzenie faktów, dotyczy strony postępowania odwoławczego, a skład orzekający dokonuje oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania,.

Rozpoznając zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz uwzględniając treść zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 maja 2013 r. - Izba ustaliła, że Zamawiający w podstawach odrzucenia oferty wskazał na dwie wymagane dla routera cechy, a mianowicie: (1) ilość portów WAN: 1 szt; 10/100/1000 Mb/s, Cable /xDSL (RJ45), oraz (2) ilość portów LAN: 4 szt; 10/100/1000 base-Tx RJ45, stwierdzając, że pierwsza z nich charakteryzuje się następującymi właściwościami: ilość portów WAN: 1 port GE, 1 port FE, a druga - ilość portów LAN: 8, 10/100 Mbps managed switch. Ta ocena – jak wskazano w zawiadomieniu - oparta została na informacjach zawartych na stronie Producenta Cisco. W zawiadomieniu tym Zamawiający podał również, że w specyfikacji określił wymagane maksymalne przepływności portu LAN na 1GB/s., zaś zaoferowany router nie spełnia tego wymagania. Stwierdził także, że nawet (...) gdyby przyjąć, że Wykonawca w charakterystyce oferowanych urządzeń popełnił omyłkę, mając na myśli wyższy model routera z serii 892 (892FSP) to i on nie spełnia w/w wymagań ze względu na brak funkcjonalności xDSL na porcie WAN” oraz, (...) że routery z serii

800 są urządzeniami o stałej konfiguracji sprzętowej, uniemożliwiającej zmianę konfiguracji portów fizycznych. Dotyczy to także ewentualnych aktualizacji oprogramowania, która nie wpływa na funkcjonalność sprzętową routera”. Na podstawie takich ustaleń oferta wnoszącego odwołanie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W toku rozprawy Zamawiający przedłożył dodatkowo oświadczenie firmy Cotton House J..... Sp. J. [oznaczonej jako partner firmy Cisco w Polsce] w którym stwierdzono, że router Cisco 892 FSP nie posiada, ani nie ma możliwości rozbudowy o interfejs Cable/xDSL (RJ45)”. Wskazano, że (...) Interfejs taki posiada natomiast router Cisco 896 VA”. Tak jak wynika z oferty Odwołującego, wykonawca w ofercie przedstawił model routera Cisco 892, oznaczając jednocześnie wymagane cechy wg pkt 11 załącznika nr 9 do siwz, związane z bezpieczeństwem i mocowaniem [-K9+rack Mount Ki]. Na potwierdzenie spełniania wymagań, wykonawca zgodnie z wytycznymi potwierdzania cech oferowanego urządzenia, w spornych pozycjach: ilość portów WAN [z opisem wymaganej cechy] w kolumnie „opis oferowanego sprzętu” zaznaczył „Zawiera”, a w odniesieniu do drugiego wymagania - ilość portów LAN – zaznaczył w tej kolumnie „Zapewniam”. Na rozprawie przedłożył dodatkowo oświadczenie producenta Cisco Systems Poland sp. z o.o. z Warszawy z dnia 24.05.2013 r. kierowane do Zamawiającego, w którym potwierdza, że router Cisco 892 spełnia minimalne wymagania, a mianowicie podał dla ilości portów WAN: 1 szt; 10/100/1000 Mb/s, Cable /xDSL (RJ45), oraz dla ilości portów LAN: 4 szt; 10/100/1000 base-Tx RJ45. Te ustalenia, zdaniem Izby, bezspornie wskazują, że Odwołujący przedstawił przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w postępowaniu przed Izbą nie kwestionował prawdziwości oświadczenia producenta Cisco i tym samym oświadczenie firmy Cotton House J..... Sp. J. ze statusem partnera firmy Cisco w Polsce, odnoszące się tylko do modelu router Cisco 892 FSP – niewskazanego wprost w ofercie - nie może być uznane za dowód w niniejszej sprawie. Jak podkreśla się w orzecznictwie ciężar udowodnienia spoczywa na tej stronie, która z faktu będącego przedmiotem dowodu wywodzi skutki prawne. Tak jak już podniesiono, postępowanie przed Izbą jest kontrydiktoryjne i to strony mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń. Stąd też Izba – mając na uwadze zebrany materiał dowodowy uznała, że wskazywane przez Zamawiającego ustalenia odnośnie niezgodności treści oferty Odwołującego ze specyfikacją [informacje ze strony



internetowej producenta Cisco i oświadczenie firmy Cotton House J..... Sp. J.] nie mogą stanowić samodzielnej i wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że informacje zamieszczone w Internecie, co do zasady, posiadają niską wartość dowodową, stanowią one bowiem przede wszystkim określony materiał reklamowy służący zwykle przedstawieniu pewnych informacji w oznaczonym zakresie oraz nie mają cech dokumentu, a ponadto nie ma pewności, co do ich aktualności. Izba również uznaje, że Zamawiający – w przypadku wątpliwości, co do informacji zamieszczonych w ofercie [w tym przypadku Wykazu potwierdzającego wymagane cechy urządzenia] - w pierwszej kolejności powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia, do czego uprawnia go przepis art. 87 ust.1 ustawy Pzp, a w przypadku dalszych wątpliwości – np. co do prawdziwości już uzyskanych informacji od wykonawcy – może zwrócić się bezpośrednio do producenta precyzując jednoznacznie zapytanie w przedmiocie cech urządzenia, co do których nie dał wiary składającemu oświadczenie wykonawcy. W konkluzji Izba stwierdza, że a priori – tak jak w niniejszej sprawie – nie można wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków de facto wyłącznie w oparciu o informacje ze strony internetowej. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawniony – z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 82 ust.3 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, jako niezgodną, co do treści ze specyfikacją, z pominięciem procedury wyjaśnienia wątpliwości na podstawie wskazanego art. 87 ust.1 ustawy Pzp i w związku z takim ustaleniem również zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp, wobec zaniechania – w okolicznościach niniejszej sprawy - wykonania ustawowych obowiązków jest zasadny.

Uwzględniając odwołanie Izba miała na uwadze przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego, co tym samym miało wpływ na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając 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).

.....