

WYROK
z dnia 9 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2011 r. przez wykonawcę **TELZAS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinku** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **ELTEK VALERE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **TELZAS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **TELZAS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinku**

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji we Wrocławiu – prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na modernizację systemów zasilania w KMP i KPP województwa dolnośląskiego dla potrzeb OST 112.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 1 września 2011 roku wykonawca TELZAS Sp. z o.o. w Szczecinku (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego się oraz
- 2) wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty ELTEK VALERE Sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w zakresie Części I, Zadania I w załączonych do oferty dokumentach zaproponował dla zamontowania Rozdzielni Głównej Węzła Teleinformatyki jedną, zintegrowaną, dwukomorową szafę o wymiarach: 1950 mm x 1050 mm x 275 mm.

Zgodnie z treścią SIWZ - Części I Załącznika Nr 1 do istotnych postanowień umowy (str. 5), Zamawiający postawił w tym zakresie następujące wymogi:

7. Wymiary i konstrukcja szaf:

- 1 Szafa o wymiarach: 2000x600x600mm /wys x szer x gł/ dla zamontowania siłowni inwertorowej o parametrach - moc min 15kVA w tym redundancja wraz z wyposażeniem.
- 1 Szafa o wymiarach: 2000x60()x600mm /wys x szer x gł/ dla zamontowania siłowni prostownikowej o parametrach - moc minimum 16kW + redundancja wraz z wyposażeniem.
- Maksymalnie 2 szafy o wymiarach: 2000x600x600mm /wys x szer x gł/ dla zamontowania Rozdzielni Głównej Węzła Teleinformatyki wraz z wyposażeniem.

Maksymalna wysokość szaf w przypadku zastosowania ewentualnych nóżek poziomujących i wsporników mocujących przewody nie może przekroczyć 2100 mm.

Zamawiający uznał, że zintegrowana szafa 1950mmx1050mmx275mm nie odpowiada treści SIWZ i na tej (i tylko tej) podstawie odrzucił ofertę Odwołującego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazano m.in., że:

- 1) Zamawiający rozumie ten wymóg w taki sposób, że mogą być 2 szafy lub 1 szafa, ale wyłącznie o wymiarach 2000x600x600mm, a zatem „maksymalnie” odnosi się tylko do ilości szaf, a nie ich wymiarów, które są podane bez tolerancji,
- 2) formułując powyższy wymóg Zamawiający chciał aby systemy zasilania Węzłów Teleinformatycznych Komend Miejskich Policji garnizonu wrocławskiego zbudowane zostały w 3 lub 4 jednakowych szafach,

W ocenie odwołującego się nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego. Przede wszystkim należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podstawa odrzucenia oferty zachodzi tylko i wyłącznie, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta powinna być zatem odnoszona jedynie do treści SIWZ, nie zaś chęci i życzeń Zamawiającego, którym nie dał on wyrazu w treści SIWZ. Odwołujący się powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2011 r. (KIO 218/11), zgodnie z którym aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, a niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SIWZ.

W ocenie odwołującego się treść SIWZ w żaden sposób nie daje podstaw do twierdzenia, że szafy siłowni prostownikowych, inwertorowych i rozdzielni głównych mają być jednakowe. Pomijając już aspekt, który jest przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, z całą pewnością w zgodzie z treścią SIWZ poszczególne szafy mogłyby się różnić kolorem, technologią wykonania, materiałem konstrukcyjnym, a w sytuacji dodania w niektórych szafach nóżek poziomujących, a w innych nie, również wysokością (np. bez jakiegokolwiek niezgodności z SIWZ jedna szafa mogłaby być biała, plastikowa, a druga metalowa, pomalowana na różowo i z nóżkami). A zatem argument, że szafy siłowni i rozdzielni miały być jednakowe, nie może się ostać w świetle treści SIWZ, z której wymóg taki absolutnie nie wynika. Dla oceny, czy w tym zakresie złożona oferta może być uznana za sprzeczną z SIWZ, należy wziąć również pod uwagę dalsze okoliczności. Zamawiający podał jedynie zewnętrzny wymiar szafy, bez określenia grubości ścianki, materiału ani pojemności szafy - zatem wymogi SIWZ spełnią również dwie szafy o wymiarach zewnętrznych 2000x600x600mm, wykonane ze ścian drewnianych o grubości 200mm (a więc niemal nie posiadające przestrzeni wewnętrznej). Nie chodziło więc o pojemność szafy ale o miejsce, jakie zajmuje.

W zakresie zadania wykonawcy leży nie tylko dostarczenie szafy/szaf Rozdzielni Głównej ale również (a właściwie przede wszystkim) wszelkiego wyposażenia rozdzielni, jego zamontowanie i uzyskanie określonych funkcjonalności, jakiegokolwiek zatem problemy w zakresie przestrzeni wewnętrznej szafy/szaf, są problemami wykonawcy, a nie Zamawiającego. Szafy są jedynie swego rodzaju „opakowaniem” dla dostarczanego i montowanego przez wykonawcę sprzętu. Wyłącznym celem szaf jest zamontowanie w nich sprzętu, co wprost wynika z treści SIWZ, a nie jakiegokolwiek samodzielne funkcje użytkowe czy estetyczne.

Zamawiający wyraźnie użył sformułowania maksymalnie 2 szafy o wymiarach: 2000x600x600mm /wys x szer x gł/. Skoro jest to wartość maksymalna, to dopuszczalne są mniejsze. Sformułowaniu temu nie można jednak przypisać takiego znaczenia, że jedynie "mniejsze" oznacza, że może być również 1 szafa, ale koniecznie o wymiarach 2000x600x600mm - rozumowanie takie byłoby absurdalne, bowiem w jednej szafie o dokładnie

takich wymiarach, przy aktualnym stanie techniki, nie byłoby możliwe pomieszczenie całego wymaganego wyposażenia. Jednocześnie należy założyć, że zamawiający używając słowa maksymalnie, zakładał istnienie stanów faktycznych, mieszczących się w tym pojęciu i nie zakładał, że jest to pojęcie z góry puste.

Przeciwko zaprezentowanej przez zamawiającego wykładni przemawia również dalsza część SIWZ - Części I Załącznika Nr I do istotnych postanowień umowy (str. 15), gdzie dla Zadania 3 Zamawiający postawił w tym zakresie następujące wymogi: 5. Wymiary i konstrukcja szafy:

- Maksymalnie 1 szafa o wymiarach: 2000x600x600mm /wys x szer x gł/ dla zamontowania siłowni inwerterowej o parametrach - moc min. 5kVA + redundancja wraz z wyposażeniem i siłowni prostownikowej o parametrach - moc minimum 6kW + redundancja wraz z wyposażeniem. Maksymalna wysokość szafy w przypadku zastosowania ewentualnych nóżek poziomujących i wsporników mocujących przewody nie może przekroczyć 2100mm. Jeżeli przyłożyć interpretację Zamawiającego, jakoby „maksymalnie” odnosiło się tylko do ilości szaf, a nie również ich wymiaru, do powyższego wymogu, musielibyśmy przyjąć, że jedyną wartością niższą od maksymalnej (a jednocześnie zgodną z SIWZ) jest całkowity brak szafy, co byłoby oczywistym absurdem. Jedyne wartości niezerowe, mniejsze od maksymalnych, mogą dotyczyć wyłącznie wymiarów szafy. Gdyby zaś zamiarem Zamawiającego było jedynie, aby przedmiotem zamówienia była w tym zakresie tylko 1 szafa 2000x600x600mm, użyłby takiego właśnie sformułowania, bez słowa „maksymalnie”, jak to uczynił w Zadaniu 1, odnośnie szaf siłowni. Zatem maksymalnie 1 szafa o wymiarach: 2000x600x600mm oznacza zarówno szafę 2000x600x600mm, jak i każdą szafę dowolnie mniejszą, która jest w stanie pomieścić we właściwy sposób wymagane wyposażenie siłowni.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w części 1 Załącznika do istotnych postanowień umowy wskazała następujące wymogi dotyczące szaf:

„7. Wymiary i konstrukcja szaf:

- 1 szafa o wymiarach: 2000x600x600 mm /wys x szer x gł/ dla zamontowania siłowni inwerterowej o parametrach – moc min 15 kVA w tym redundancja wraz z wyposażeniem
- 1 szafa o wymiarach: 2000x600x600 /wys x szer x gł/ dla zamontowania siłowni prostownikowej o parametrach – moc minimum 16 kW + redundancja wraz z wyposażeniem.
- Maksymalnie 2 szafy o wymiarach: 2000x600x600 mm /wys x szer x gł/ dla zamontowania Rozdzielni Głównej Węzła Teleinformatyki wraz z wyposażeniem.

Maksymalna wysokość szaf w przypadku zastosowania ewentualnych nóżek poziomujących i wsporników mocujących przewody nie może przekroczyć 2100 mm.

Odwołujący się dla zamontowania Rozdzielni Głównej Węzła Teleinformatyki wraz z wyposażeniem zaoferował szafę o wymiarach: 1950x1050x275 mm.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2011 roku zamawiający poinformował odwołującego się o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że wykonawca zaoferował dla zamontowania Rozdzielni Głównej Węzła Teleinformatyki szaf o wymiarach innych niż wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu decyzji wskazał, że formułując taki zapis chciał, aby systemy zasilania Węzłów Teleinformatycznych Komend Miejskich Policji garnizonu wrocławskiego zbudowane były w 4 lub 4 jednakowych szafach o wymiarach 2000x600x600 mm /wys x szer x gł/. W przypadku Rozdzielni Głównej Węzła Teleinformatyki wraz z wyposażeniem zawarty zapis – maksymalnie 2 szafy o wymiarach: 2000x600x600 mm /wys x szer x gł/ dotyczy tylko ich ilości, tzn. jednej lub dwóch. Wymiary szaf 2000x600x600 /wys x szer x gł/ są wymiarami podanymi bez tolerancji poza jednym przypadkiem, gdzie zamawiający dopuścił zastosowanie ewentualnych nóżek poziomujących i wsporników mocujących przewody, ograniczając wysokość szaf maksymalnie do wymiaru 2100 mm.

Zamawiający we wzmiankowanym piśmie poinformował, że w dniu 21 czerwca 2011 roku odwołujący się zwrócił się do zamawiającego z prośbą o dodatkowe wyjaśnienia treści SIWZ. Pytanie nr 5 dotyczyło możliwości zamontowania siłowni inwertorowej i siłowni prostownikowej wraz z wyposażeniem w jednej szafie o wymiarach korpusu szafy 2000x600x600 mm, a po uwzględnieniu nóżek poziomujących i wsporników mocujących przewody o daszku o całkowitej wysokości szafy <2080 mm. Zamawiający wyjaśniając treść SIWZ nie dopuścił instalacji tych urządzeń w jednej szafie oraz podtrzymał wymóg dotyczący wymiarów dla szaf. Dodatkowo taki sam wymóg odnośnie wymiarów dotyczył szafy lub dwóch szaf dla Rozdzielni Głównej Węzła Teleinformatyki wraz z wyposażeniem, co do którego firma Telzas nie prosiła o dodatkowe wyjaśnienia. Ponadto przy standardowych wymiarach szaf, tj. m.in. przy wymiarach 2000x600x600 mm /wys x szer x gł/ zamawiający dopuścił zainstalowanie Rozdzielni Głównej Węzła Teleinformatyki wraz z wyposażeniem w dwóch szafach, a wybór wymiarów szaf i ich ilości wynikał z możliwości zapewnienia potencjalnym wykonawcom odpowiedniej przestrzeni na instalację elementów rozdzielni opisanych w SIWZ nie znając dokładnych wymiarów elementów składowych.

Pismem z dnia 5 września 2011 roku wykonawca ELTEK VALERE Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istota sporu opiera się na interpretacji zapisu specyfikacji: „Maksymalnie 2 szafy o wymiarach 2000 x 600 x 600 mm”, a w szczególności na ustaleniu, czy sformułowanie „maksymalnie” dotyczy wyłącznie ilości szaf, czy też odnosi się również do maksymalnych wymiarów szafy.

W ocenie Izby nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że sformułowanie „maksymalnie” dotyczy wyłącznie ilości szaf. Wskazuje na to użyty w opisie szyk wyrazów, w którym wyrażenie „maksymalnie” usytuowano przed wskazaną ilością szaf. Gdyby zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania mniejszych szaf niż wskazane w opisie, sformułowałby zapis: „2 szafy o maksymalnych wymiarach: 2000 x 600 x 600 mm” lub „2 szafy o wymiarach maksymalnie: 2000 x 600 x 600 mm”. Umieszczenie wyrażenia „maksymalnie” wyłącznie przed ilością szaf nie pozwala na jego zastosowanie również do podanych wymiarów. Interpretacja odwołującego się jest w ocenie Izby zbyt daleko idąca i zaprzeczająca zasadom składni w języku polskim.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem przetargowym. Wykładnia jej postanowień dokonywana jest w oparciu o zasady wykładni tekstu prawnego, a zatem w pierwszej kolejności należy odwołać się do wykładni gramatycznej jako podstawowego rodzaju wykładni tekstu prawnego. Zgodnie z wytycznymi tej wykładni tekst należy interpretować dosłownie z jego brzmieniem. W rozpoznawanym przypadku brzmienie spornego zapisu SIWZ jest na tyle jasne, że nie wymaga odwoływania się do innych niż gramatyczna rodzajów wykładni.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego się, iż z treści SIWZ nie wynika, że szafy siłowni i rozdzielni miały być jednakowe, albowiem – oprócz rozmiaru – mogą one różnić się kolorem, technologią wykonania, materiałem konstrukcyjnym itp.

Analiza treści SIWZ w części dotyczącej szaf oraz pisma zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2011 roku pozwala na wniosek, że zamawiający posłużył się wyrażeniem „jednakowe” w odniesieniu do rozmiarów szaf, a nie ich innych cech. W załączniku nr 1 do istotnych postanowień umowy (pkt 7 str. 5) jedynymi wskazanymi parametrami jest rozmiar szaf i ich ilość. Wyłącznie rozmiar szaf wskazał zamawiający jako podstawę do odrzucenia oferty

odwołującego się. Interpretacja znaczenia wyrażenia „jednakowe” winna odnosić się do wskazanych parametrów, a nie do jakichkolwiek innych cech, o których nie było mowy w SIWZ.

W ocenie Izby nie trafna jest argumentacja odwołującego się twierdzącego, iż szafy są jedynie swego rodzaju „opakowaniem” dla dostarczanego i montowanego sprzętu i że wyłącznym celem szaf jest zamontowanie w nich sprzętu, a nie jakiegokolwiek samodzielne funkcje użytkowe czy estetyczne.

Należy zgodzić się z odwołującym się co do funkcji zamawianych szaf, niemniej jednak stanowią one – na równi z innymi elementami – przedmiot zamówienia. Oferowane przez wykonawców urządzenia muszą odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia bez względu na ich istotność czy użyteczność dla całego zamówienia. Wykonawcom – o ile nie zgadzają się z dokonany opisem przedmiotu zamówienia – przysługują przewidziane przepisami ustawy Pzp środki odwoławcze. W przypadku nie wniesienia odwołania wykonawcy obowiązani są respektować wymagania ustalone przez zamawiającego.

Skład orzekający Izby podziela ugruntowane w orzecznictwie Izby stanowisko, iż wątpliwości powstałe na tle SIWZ nie mogą rodzić negatywnych skutków dla wykonawców i powinny być rozstrzygane na ich korzyść, niemniej jednak z taką sytuacją nie mamy do czynienia w omawianym przypadku. W ocenie Izby sporny zapis SIWZ był sformułowany w sposób jasny i nie budzący wątpliwości. W sytuacji, gdy taki zapis został przez odwołującego się zinterpretowany inaczej niż wskazywałoby na to jego dosłowne brzmienie, ryzyko i ewentualne konsekwencje takiej interpretacji obciążają wyłącznie jego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten obejmuje swą dyspozycją sytuację, w której oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu przez zamawiającego. Wykonawca oferujący realizację zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, musi spotkać się z sankcją polegającą na odrzuceniu jego oferty. W ocenie Izby czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego się była zasadna i zgodna z prawem.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....