

Sygn. akt: KIO 2360/13

WYROK
z dnia 21 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2013 r. przez wykonawcę **Intaris Sp. z o. o., 03-885 Warszawa, ul. Księcia Ziemowita 53** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji, 00-060 Warszawa, ul. Królewska 27**

przy udziale wykonawcy **APIUS Technologies Sp. z o.o., 31-523 Kraków, ul. Moniuszki 50**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Intaris Sp. z o. o., 03-885 Warszawa, ul. Księcia Ziemowita 53** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Intaris Sp. z o. o., 03-885 Warszawa, ul. Księcia Ziemowita 53** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest modernizacja sieci LAN Ministerstwa.

Pismem z dnia 24 września 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę APIUS Technologies Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie [dalej także, jako „Apius”]. 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) [dalej także, jako „Pzp”], odrzucił ofertę wykonawcy INTARIS Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”].

Wobec powyższych działań zamawiającego w dniu 4 października 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca INTARIS Sp. z o. o. zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że treści oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji, że podlega ona odrzuceniu.
- 2) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty odwołującego – w zakresie dotyczącym elementów oferty, co, do których zamawiający miał wątpliwości, co do ich zgodności z SIWZ,
- 3) art. 91 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy APIUS, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu,
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami poprzez dokonanie wyboru oferty z naruszeniem przepisów Pzp oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego będącej najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Odwołujący wnosił m.in. o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, jak też nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert oraz wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący podnosił, iż wobec jego oferty nie zachodziła przesłanka niezgodności oferty z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt

2 Pzp. Odwołujący wskazywał, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, opartych na informacjach zawartych na bliżej nie określonej stronie internetowej producenta, zaoferowana przez niego szafa Rack Dell Poweredge 4220 posiada wymagany parametr dotyczący szerokości tj. min. 750 mm. W zakresie dotyczącym zaoferowanego czujnika temperatury AP0335T odwołujący stwierdził, iż spełnia on wymóg zamawiającego zasilania z sieci Ethernet (z portu PoE). Ponadto odwołujący podnosił, iż decyzję o odrzuceniu jego oferty zamawiający oparł wyłącznie na jakichś danych znajdujących się na stronach internetowych producenta, których to stron zamawiający nie wskazał, uniemożliwiając mu weryfikację i dokładniejsze ustosunkowanie się do znajdujących się tam informacji. Odwołujący wskazywał, iż zamawiający pomimo swoich wątpliwości czy zaoferowany sprzęt spełnia wymogi SIWZ zaniechał wezwania go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, naruszając w ten sposób dyspozycję art. 87 ust. 1 Pzp. Ze swoimi wątpliwościami zamawiający nie zwrócił się również do producenta celem potwierdzenia prawdziwości danych zawartych na stronach internetowych. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie dopełnił obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny ofert, pod kątem zgodności z treścią SIWZ, a odrzucenie oferty odwołującego było bezpodstawne i w oczywisty sposób naruszało przepisy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Skarb Państwa – Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest modernizacja sieci LAN Ministerstwa.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2013 r., pod numerem 2013/S 139-241208.

Zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 do SIWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 5 „(...) do prawidłowego wdrożenia infrastruktury sieciowej niezbędne będzie dostarczenie czterech szaf rackowych 42U wraz z osprzętem (w tym PDU) zgodnie z poniższym opisem:

- 1) szerokość – min. 750 mm,
- 2) głębokość – min. 1070 mm,
- 3) nośność statyczna - min. 1100kg,
- 4) waga - min. 150 kg,
- 5) wysokość – 42U,
- 6) funkcje dostępu – wyjmowane tylne wsporniki ułatwiające prowadzenie okablowania, podwójne tylne drzwiczki z pojedynczym zatrzaskiem, odwracane

przednie drzwiczki, wyjmowane drzwiczki z przodu i z tyłu, obrotowe tylne kółka, łatwo dostępna stopka poziomująca,

- 7) chłodzenie/kontrola obiegu powietrza – plastikowe zaślepki 2U 15 szt., plastikowe zaślepki 1U 10 szt., zamawiający dopuszcza też inne materiały wykonania zaślepek,
- 8) zasilanie – minimum dwie jednostki dystrybucji zasilania montowane po bokach szafy niezajmujące przestrzeni użytkowej,
- 9) gwarancja – min. 36 miesięcy.”

W pkt. 6, pozycja nr 5 tabeli, Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia zamawiający wskazał, iż wymaga dostarczenia następujących kabli i pach kordów: „Termometry Ethernet do monitoringu temperatury w szafach LPD. Musi wspierać pobieranie temperatury poprzez protokół SNMP, oraz powinny być zasilane z portu PoE.”

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Apius Technologies Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie na kwotę 1.389.900,00 zł brutto,
- 2) Intaris Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.220.346,96 zł brutto,
- 3) Trecom Sp. z o. o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.845.000,00 zł brutto,
- 4) Konsorcjum firm: Integrated Solutions Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 2.018.388,22 zł brutto,
- 5) T-Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu na kwotę 1.998.536,62 zł brutto,
- 6) RCS IT Advisor Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.420.626,63 zł brutto.

Ponadto, Izba ustaliła, że wykonawca Intaris Sp. z o. o. zaoferował m.in. szafy Rack DELL PowerEdge 4220 oraz termometry APC Temperature Sensor (AP9335T) NetBotz Rack Monitor 200 (with 120/240V Power Supply) (NBRK0201).

Pismem z dnia 24 września 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę APIUS Technologies Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie. Tym samym pismem zamawiający poinformował również, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucił m.in. ofertę wykonawcy INTARIS Sp. z o. o. z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, iż wykonawca Intaris Sp. z o. o. zaoferował szafę Rack DELL, Poweredge 4220, która według specyfikacji zawartej na stronie internetowej producenta nie posiada parametrów oczekiwanych przez zamawiającego gdyż ma szerokość 600 mm, podczas gdy wymagano min. 750 mm. Ponadto wskazał, iż zaoferowany w pkt 9

formularza ofertowego (kable i inne części wymagane przez zamawiającego), produkt AP9335T wraz z centralką NBRK0201 nie spełnia wymagań zamawiającego dotyczących zasilania z sieci Ethernet (PoE) co znalazło potwierdzenie w specyfikacji zawartej na stronie internetowej producenta.

Czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jak również czynność odrzucenia oferty wykonawcy Intaris Sp. z o. o. leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 7 października 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca APIUS Technologies Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, stając się uczestnikiem 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 oraz dowody 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 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.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego uznając, iż zaistniały podstawy do odrzucenia jego oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Opierając się na dowodach przedłożonych przez strony i uczestnika postępowania na rozprawie należało dojść do przekonania, iż odwołujący zaoferował szafę Rack firmy DELL, PowerEdge 4220, która w zakresie parametru szerokości nie odpowiada wymogom SIWZ. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż z treści jego oferty można było odczytać, iż chodzi o inny model szafy a oznaczenie 4220 wskazuje wyłącznie na „rodzinę” szaf. Zarówno z dowodów przedkładanych przez przystępującego ale i również odwołującego wynika, iż producent

rozdziela szafy Rack PowerEdge na m.in. 4220, 4220W i 4220D, tj. standardowe, szerokie i głębokie. Wynika to w szczególności z przedłożonych przez odwołującego faktur, jak również oferty handlowej stanowiącej załącznik do przedłożonego przez odwołującego oświadczenia przedstawiciela producenta z dnia 17.10.2013 r., gdzie przedstawiciel producenta w obrocie handlowym sam rozdziela szafę 4220 od szafy 4220W określanej również, jako szeroka. Z treści oferty odwołującego nie sposób odczytać, iż przedmiotem jego oferty była szafa szeroka, 4220W. Izba wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie, zamawiający nie byłby uprawniony, czy to w drodze wyjaśnień, czy poprawienia omyłki do zastąpienia jednego oferowanego elementu innym, w taki sposób, aby doprowadzić do zgodności oferty odwołującego z SIWZ, gdyż byłaby to istotna zmiana jej treści. Izba podkreśla również, iż oświadczenie, co wykonawca oferuje musi być zawarte w treści oferty a nie wynikać np. z oświadczenia producenta składanego wykonawcy. Czym innym jest oferta handlowa składana przez przedstawiciela producenta potencjalnemu wykonawcy a czym innym będzie oferta wykonawcy składana w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie zamawiającego. Przedmiotem badania w zakresie zgodności z wymogami zamawiającego może być w takiej sytuacji wyłącznie treść oferty, którą wykonawca złożył zamawiającemu. Tym samym, w niniejszym stanie faktycznym, za zasadnością stanowiska odwołującego nie może przemawiać złożone przez niego oświadczenie przedstawiciela producenta, że zaoferował on odwołującemu szafy odpowiadające wymogom zamawiającego. Odnośnie zaoferowanych przez odwołującego Termometrów Ethernet, Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Należy wskazać, iż zamawiający jednoznacznie określił, iż termometry powinny być zasilane z portu PoE (Power over Ethernet). W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, iż proponowane przez niego rozwiązanie spełnia powyższy parametr. Bezspornie jak wskazywał na rozprawie odwołujący podłączenie oferowanego przez niego termometru następuje poprzez wpięcie do portów centralki, które to porty są portami bez napięciowymi. Choć odwołujący demonstrował na rozprawie, iż istnieje możliwość zasilania centralki poprzez port PoE, to brak jest jakichkolwiek dowodów, iż przedstawiane rozwiązanie było tym samym rozwiązaniem, które odwołujący zaoferował zamawiającemu. O ile przystępujący okazał centralkę, którą można było zidentyfikować, jako model zaoferowany przez odwołującego zamawiającemu, tak centralka okazywana i demonstrowana przez odwołującego nie zawierała żadnych oznaczeń pozwalających na jej identyfikację. Tym samym dowód odwołującego w tym zakresie Izba uznała za niewiarygodny. Niezależnie od powyższego skoro zamawiający wymagał zasilania termometrów z portu PoE a odwołujący zaoferował zasilanie poprzez centralkę zasilaną prądem zmiennym o napięciu 240V co wynika z treści jego oferty (pkt 9 tabeli zawartej w formularzu ofertowym) to oferta taka musiała być uznana za niezgodną z treścią SIWZ. Izba nie wyklucza, iż istnieje możliwość zasilania termometru Ethernetowego z wykorzystaniem centralki zasilanej z portu PoE,

jednakże z treści oferty odwołującego w żaden sposób nie wynika, że takie rozwiązanie zostało zaoferowane. Nie potwierdzają tego również wnioskowane przez odwołującego dowody.

Na marginesie Izba wskazuje, iż zamawiający dokonując oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie może bezkrytycznie opierać się na informacjach zawartych na stronach internetowych producentów, gdzie nierzadko zawarte są jedynie ogólne informacje handlowe, marketingowe itp., pod znakiem zapytania należy również postawić aktualność takich informacji. Niemniej w ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym, przy uwzględnieniu, przedkładanych na rozprawie dowodów, należało uznać, iż oferta odwołującego nie odpowiada wymogom SIWZ. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Należy zauważyć, iż adresatem normy wyrażonej w przywołanym przepisie jest zamawiający, któremu ustawodawca przyznał prawo żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w toku badania i oceny ofert. Oczywistym jest, iż prawo to urzeczywistni się dopiero w sytuacji pojawienia się u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości, co do treści oferty wykonawcy. Skoro jak ustalono w toku rozprawy zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do treści oferty odwołującego, nie sposób uznać, iż dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień.

Mając na względzie powyższe, za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 gdyż zamawiający prowadził postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych w oparciu o kryterium określone w SIWZ.

Reasumując, Izba uznała przedmiotowe odwołanie za niezasadne i 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: