

Sygn. akt: KIO/1092/10

WYROK
z dnia 17 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 czerwca 2010 r. przez **Qumak-Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o., Al. ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa**

przy udziale **NexitraOne Polska Sp. z o.o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Qumak-Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Qumak-Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania i nakazuje:
3. dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Qumak-Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa** na rzecz **Narodowego Centrum Sportu Sp. z o.o., Al. ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy 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 Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę, instalację i konfigurację urządzeń aktywnych i oprogramowania zarządzającego sieci teleinformatycznej Stadionu Narodowego w Warszawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 kwietnia 2010 r., nr 2010/S 66-099423.

W dniu 26 maja 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Qumak-Sekom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, w zakresie wynikającym z wymogu zawartego w punkcie 16.1 lit. b) SIWZ. Jednocześnie wskazał, iż zgodnie z wymogiem przedstawionym we wskazanym postanowieniu SIWZ wymagał przedstawienia wypełnionego „Formularza cenowego” o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. Nadto dodał, iż w odpowiedzi na pytanie nr 29 zadane przez jednego z wykonawców Zamawiający poinformował, że „Formularz cenowy” w kolumnie „model oferowanego urządzenia” musi zawierać dane w sposób jednoznaczny umożliwiające identyfikację konkretnego oferowanego urządzenia. Natomiast informacje zawarte w załączonym do oferty „Formularzu cenowym” nie umożliwiają Zamawiającemu jednoznacznej identyfikacji wszystkich oferowanych urządzeń.

Pismem z dnia 2 czerwca 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie (wpływ bezpośredni pisma do Prezesa KIO w dniu 2 czerwca 2010 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 2 czerwca 2010 r.) wobec czynności Zamawiającego, zarzucając mu:

1. błędne ustalenie stanu faktycznego,
2. nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie zasady określonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
3. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wobec Odwołującego polegające na tym, że Zamawiający przedwcześnie odrzucił ofertę Odwołującego bez zastosowania trybu przewidzianego w ww. artykule,

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec Odwołującego poprzez bezprawne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ,
5. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy NextiraOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą NextiraOne Polska”
6. ograniczenie prawa Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej,

jednocześnie wnosząc o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy NextiraOne Polska jako najkorzystniejszej,
2. powtórne dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem złożonych w niniejszym postępowaniu,
3. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

jak również o:

1. dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania,
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż ofertę sporządził zgodnie z treścią SIWZ, a „Formularz cenowy” zawiera wypełnione wszystkie pola z wymaganych przez Zamawiającego. A ponadto podniósł, iż przedmiotowy formularz został sporządzony w identycznej formie jaką przewidział Zamawiający w SIWZ oraz zawiera wszystkie wymagane dane.

Pismem z dnia 4 czerwca 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowań odwoławczych toczących się w wyniku wniesienia odwołań wykonawcy TP S.A. i Qumak-Sekom, przekazując jednocześnie kopie odwołań (przedmiotowe pismo wykonawca NextiraOne Polska otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 7 czerwca 2010 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca NextiraOne Polska przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu, dowody przekazania których załączając do przystąpienia.

Zamawiający w dniu 14 czerwca 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w którym m.in. podniósł, iż podane przez Odwołującego informacje dotyczące oferowanych urządzeń umożliwiają tylko identyfikację grup (rodzin) produktów. Nie jest więc możliwe ustalenie, jakie konkretnie urządzenia z grupy przełączników agregujących IBM M-Series zamierza dostarczyć Odwołujący, co stanowi fakt bezsporny, przyznany przez Odwołującego w treści odwołania. Zamawiający przy dołożeniu nawet należytej staranności nie mógł wywnioskować które konkretnie urządzenie, z podanego symbolu całej grupy urządzeń, Odwołujący ma zamiar dostarczyć.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

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 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego, a tym samym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Części IV SIWZ „Zasady przygotowania oferty” pkt 16, ppkt 16.1. liter. b) wskazał, iż „oferta powinna składać się z: (...) wypełnionego Formularza Cenowego o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym Załącznik Nr 7 do SIWZ”, który zawiera m.in. kolumny: „Producent oferowanego urządzenia”, „Model oferowanego urządzenia” .

Nadto Zamawiający, pismem z dnia 23 kwietnia 2010 r., udzielając odpowiedzi na pytanie numer 29, w którym wykonawca wnosił o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „model oferowanego urządzenia” wskazał, iż „formularz cenowy” w kolumnie „model oferowanego urządzenia” musi zawierać dane w sposób jednoznaczny umożliwiające identyfikację konkretnego oferowanego urządzenia, np. Part Number, oznaczenie katalogowe itp.”.

Odwołujący, w „Formularzu cenowym” złożonej oferty, wskazał przykładowo pod pozycją 1, 2, 3, 5, 11: producent „IBM”, model „M-series”; pod pozycją 7, 13, 21: producent „Cisco”, model „ASA”, określając we wskazany sposób producenta oraz model oferowanego urządzenia.

Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego jako niezgodna z treścią SIWZ podlega odrzuceniu, podnosząc iż informacje zawarte w załączonym do oferty „Formularzu cenowym” nie umożliwiają Zamawiającemu jednoznacznej identyfikacji wszystkich oferowanych urządzeń.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż Zamawiający wymagał przedłożenia wypełnionego „Formularza cenowego”, jak również to, iż wymagał, aby wykonawca w kolumnie „model oferowanego

urządzenia” wpisał dane w sposób jednoznaczny umożliwiające identyfikację konkretnego oferowanego urządzenia, np. Part Number, oznaczenie katalogowe itp.

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy koniecznym jest więc ustalenie, czy określenie modelu urządzenia przykładowo jako „M-Series”, czy też „ASA” pozwala na jednoznaczne zidentyfikowanie oferowanego urządzenia. Aby więc uznać, iż określone urządzenie można jednoznacznie zidentyfikować koniecznym jest stwierdzenie, że wskazana przez Odwołującego nazwa określana jako „nazwa modelu” nie tylko, że nie obejmuje różnych typów danego urządzenia, ale i urządzenia jednego typu o różnych parametrach, a obejmuje jedynie jeden, konkretny typ określany jedną, konkretną i identyfikowalną nazwą. Tymczasem, jak podniósł Zamawiający i Przystępujący, Odwołujący w złożonym „Formularzu cenowym” określił model urządzenia, poprzez faktyczne wskazanie serii urządzenia, która obejmuje różne modele, a każdy model posiada inne parametry. Zamawiający przykładowo wskazał: odnośnie przełączników Ethernet – IBM seria s, iż seria „s” zawiera dwa produkty tej serii, tj. (IBM Przełącznik Ethernet B08S (4003-S08) i IBM Przełącznik Ethernet B16S (4003-S16)); odnośnie routerów Ethernet – IBM seria m, iż seria „m” zawiera cztery produkty tej serii, tj. (IBM Ethernet Router B04M (4003-M04), IBM Ethernet Router B08M (4003-M08), IBM Ethernet Router B16M (4003-M16), IBM Ethernet Router B32M (4003-M32) oraz odnośnie przełączników Ethernet –IBM seria c, iż seria „c” zawiera 7 produktów tej serii, tj. (IBM Przełącznik Ethernet B48C, 4002-C4A and 4002AC4 (miedź), 4002-A4B and 4002BC4 (światłowód); IBM Przełącznik Ethernet B24C (miedź), 4002AC2; IBM Przełącznik Ethernet B24C (światłowód), 4002BC2; IBM Przełącznik Ethernet B48C (światłowód), 4002-C4A/4002AC4; IBM Przełącznik Ethernet B48C (światłowód), 4002-C4B/4002BC4; IBM Przełącznik Ethernet B48C (miedź), 4002 C5A/4002AC5; IBM Przełącznik Ethernet B50C (światłowód), 4002-C5B/4002BC5), podnosząc iż w każdym z tych przypadków brak wskazania w ofercie, które z wymienionych urządzeń zostało zaoferowane uniemożliwia jego jednoznaczną identyfikację. Na podstawie powyższego uznać więc należy, iż już w wyżej wymienionych pozycjach, wskazanych przykładowo przez Zamawiającego, określających model danego urządzenia możliwym jest wystąpienie w ramach danej serii wpisanej w „Formularzu cenowym” przez Odwołującego kilku produktów danego urządzenia i dopiero ich dokładne określenie, poprzez wskazanie numerów, pozwala na identyfikację tego co ma być faktycznie zaoferowane. Tak więc twierdzenie Odwołującego jakoby żądanym przez Zamawiającego było podanie jedynie modelu urządzenia w kontekście odpowiedzi na pytanie numer 29 jest nieuprawnione, zwłaszcza, że inni wykonawcy, składający oferty w niniejszym postępowaniu szczegółowo określili model oferowanego urządzenia, podając pełny numer katalogowy obejmujący cyfry i litery. Jak bowiem wykazał Zamawiający i Przystępujący identyfikacja urządzenia nie jest możliwa poprzez wskazanie jako modelu jedynie jego serii bez uwzględnienia szczegółowych danych katalogowych. W kontekście tak

przedstawionych argumentów, jedynie gołosłowne twierdzenia Odwołującego nie poparte żadnymi dowodami jakoby jego oferta była zgodna z treścią SIWZ nie zasługują na uwzględnienie. Przedłożony przez niego dokument, tj. informacja firmy IBM, stwierdzająca, iż „nazwy urządzeń i oprogramowania IBM: M-series, B-series i S-series są oznaczeniami katalogowymi” niczego do niniejszej sprawy nie wnosi. Z treści przedmiotowego pisma nie wynika bowiem jakiego oznaczenia faktycznie one dotyczą czy stanowią oznaczenie katalogowe serii, modelu, typu, czy też innej jednostki. Tak więc nie mogą one stanowić potwierdzenia tezy Odwołującego, iż nazwy wskazane przez niego w „Formularzu cenowym” stanowią identyfikowalną nazwę modelu.

Nadto stwierdzić należy, iż okazane Izbie dwa urządzenia typu ASA, mimo określenia tą samą nazwą „ASA” w istocie różnią się, jak podkreślił Przystępujący, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, nie tylko parametrami i gabarytami, ale także nazwą modelu (ASA 5510 i ASA 5505), przy czym żadne z tych urządzeń nie spełnia wymogów Zamawiającego. Wymogi te spełnia jedynie urządzenie typu ASA model 5580.

Z powyższego więc wynika, iż wskazane przykładowo przez Zamawiającego i Przystępującego urządzenia wpisane w poszczególnych pozycjach „Formularza cenowego” oferty Odwołującego określają jedynie grupę, czy też serię oferowanych urządzeń, nie identyfikując ich w sposób jednoznaczny, poprzez określenie pełnej nazwy konkretnego modelu. Nazwa wskazana przez Odwołującego jako jeden konkretny model nie może za taki być uznana, gdyż w ramach tej jednej nazwy (wskazanej w poszczególnych pozycjach tabeli) faktycznie można zakwalifikować kilka urządzeń.

Tym samym Izba uznała, iż oferta Odwołującego istotnie jest niezgodna z treścią SIWZ, co Zamawiający i Przystępujący wykazali w stosunku do przykładowo wskazanych pozycji tabeli „Formularza cenowego”.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. Niemniej jednak przepis ten zakazuje dokonywania wyjaśnień treści oferty prowadzących do jej zmiany. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Natomiast w niniejszym stanie faktycznym ewentualne wyjaśnienia treści oferty dokonane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w istocie prowadziłyby do zmiany treści oferty, a więc do zaoferowania jednoznacznie określonego urządzenia, jednego z urządzeń serii czy też grupy, którego pierwotnie nie wskazano w wypełnionym „Formularzu cenowym” złożonej oferty. Z treści oferty Odwołującego, wbrew jego twierdzeniom, nie uda się bowiem wywieść tego co faktycznie on oferował. Tak więc

wszelkie wyjaśnienia doprowadziłyby do zmiany treści złożonej przez niego oferty. Ocena oferty Odwołującego, wbrew jego twierdzeniom, nie została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a istniejących niezgodności nie można wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, i ograniczając ich wysokość do kwoty 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....