

WYROK
z dnia 8 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Ewa Sikorska

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **OFF-ART Sp. z o.o. z siedzibą Warszawa-Wesoła, ul. Brata Alberta 42, 05-075 Warszawa-Wesoła** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego z siedzibą w Warszawie, ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa** protestu z dnia 15 września 2009 r. wniesionego przez **Espes Office Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Opacz-Kolonia, ul. Ewy 5, 05-816 Michałowice-Osiedle,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża OFF-ART Sp. z o.o. z siedzibą Warszawa-Wesoła, ul. Brata Alberta 42, 05-075 Warszawa-Wesoła i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **OFF-ART Sp. z o.o. z siedzibą Warszawa-Wesoła, ul. Brata Alberta 42, 05-075 Warszawa-Wesoła,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **OFF-ART Sp. z o.o. z siedzibą Warszawa-Wesoła, ul. Brata Alberta 42, 05-075 Warszawa-Wesoła** na rzecz **Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego z siedzibą w Warszawie, ul. Nowoursynowska 166, 02-787 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OFF-ART Sp. z o.o. z siedzibą Warszawa-Wesoła, ul. Brata Alberta 42, 05-075 Warszawa-Wesoła**.

U z a s a d n i e

Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego z siedzibą w Warszawie, zwana 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”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę i montaż wyposażenia meblowego dydaktycznego dla Centrum Naukowo-Dydaktycznego Wydziału Inżynierii i Kształtowania Środowiska SGGW – „Centrum Wodne” w Warszawie” (BPK-I/09/2009).”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 lipca 2009 r., poz. 262568.

W dniu 15 września 2009 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Espes Office Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Opacz-Kolonia, zwany dalej „Espes Office” wniósł protest, wnosząc o odrzucenie oferty wykonawcy OFF-ART Sp. z o.o. z siedzibą Warszawa-Wesoła, zwanego dalej „Odwołującym”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty Odwołującego,

1. jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu,
2. niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwana dalej „SIWZ”,
3. wariantowej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów wykonawca Espes Office wskazał m.in., iż:

- osoba wskazana przez Odwołującego, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do kierowania robotami branży elektrycznej nie dysponuje ważnym dokumentem stwierdzającym jej przynależność do Izby Zawodowej (przedmiotowy dokument wygasł z dniem 1 września 2009 r.);
- zaoferowany filtr antysprężeniowy jest urządzeniem analogowym, a nie wymaganym przez Zamawiającego urządzeniem cyfrowym,
- Odwołujący złożył ofertę wariantową (ze złożonych przez niego wyjaśnień wynika, iż zaoferowane urządzenie ma być połączone i sterowane z dodatkowego urządzenia firmy DBX typ iEQ15, które samo w sobie jest już cyfrowym filtrem antysprężeniowym),
- brak jest certyfikatu CE dla urządzenia wskazanego w pozycji 96 załącznika nr 2 do SIWZ, tj. mikrofonu MS-2,
- brak jest karty katalogowej dla pozycji 117 załącznika nr 2, tj. wzmacniacza mocy WM5205p.

Pismem z dnia 16 września 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 18 września 2009 r. Odwołujący przystąpił do protestu (pismem z dnia 17 września 2009 r.), przekazując jednocześnie kopię pisma Protestującemu, podnosząc jednocześnie brak interesu prawnego po stronie wykonawcy Espes Office.

Pismem z dnia 25 września 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, wskazując na brak interesu prawnego wykonawcy Espes Office.

Nadto odnosząc się do zarzutów podniesionych przez wykonawcę Espes Office wskazał, iż zaświadczenie, złożone wraz z ofertą przez Odwołującego, potwierdzające przynależność osoby wskazanej jako posiadającej uprawnienia budowlane branży elektrycznej było ważne na dzień składania ofert, tym samym Odwołujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Wskazał także, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie nie spełnia wymogów SIWZ, gdyż ma być wyposażone w dodatkowe urządzenie, jak również nie jest urządzeniem cyfrowym, co skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego. Powyższe potwierdza opinia techniczna dla eliminatorów sprzężeń Monaco PA-24FR i Alo Terminator II.

Dodatkowo podkreślił, iż Odwołujący nie był wzywany do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty w zakresie braku certyfikatu dla poz. 96 i karty katalogowej dla poz. 117. Jednak dokumenty te podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 30 września 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa UZP oraz Zamawiającego w dniu 30 września 2009 r.), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania trybu postępowania określonego tymże przepisem i w konsekwencji art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego ww. przepisu odpowiadałaby treści SIWZ.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
2. nakazanie Zamawiającemu zastosowania w stosunku do oferty Odwołującego trybu określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
3. nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, iż z treści jego oferty w pierwotnym brzmieniu wynikać może, iż zaoferowane filtry antysprężeniowe są urządzeniami analogowymi. Jego intencją było jednak zaoferowanie w pozycji 98 i 123 załącznika nr 2 urządzeń złożonych – filtrów antysprężeniowych składających się z dwóch połączonych kaskadowo elementów składowych, tj. urządzeń PA-2FR i DBXiEQ 15. Na skutek niedopatrzania Odwołującego jeden z elementów ww. urządzenia nie został wpisany w załączniku do oferty. Kwestia ta była przedmiotem wyjaśnień, z treści których wynika, iż oferuje on „urządzenie cyfrowe (...) urządzenie PA24-FR łączone kaskadowo z urządzeniem cyfrowym”, a które to wyjaśnienia zostały przyjęte przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powziąwszy wiedzę o niezgodności w jego ofercie zobligowany jest dokonać w jego ofercie poprawy innej omyłki, poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożoną ofertę, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron 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. 187 ust. 4 ustawy Pzp. Odnosząc się jednak do stanowiska wyrażonego na rozprawie przez Zamawiającego Izba stwierdziła, iż odwołanie w istocie dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego, w tym także niezastosowania trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sama czynność poprawienia omyłki pisarskiej w ofercie Odwołującego nie mogłaby stanowić podstawy wniesienia odwołania. Niemniej jednak

Odwołujący kwestionuje we wniesionym odwołaniu zasadność odrzucenia jego oferty, gdyż zapowiedź dokonania takiej czynności Zamawiający faktycznie zawarł w rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez wykonawcę Espes Office. W przypadku wnoszenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu, którym Zamawiający uwzględnił protest innego wykonawcy, zapowiadając dokonanie czynności wywołujących negatywne konsekwencje dla Odwołującego się, ten wykonawca wnosząc odwołanie ma prawo kwestionować zapowiedź dokonania określonych czynności. Taki sposób rozstrzygania spraw odwoławczych, biorąc pod uwagę zasadę koncentracji postępowania, przewidują przepisy art. 181 ust. 2a - 6, 183 ust. 1, 4 i 5 oraz art. 184 ust. 1 – 5 ustawy Pzp. Odwołujący w zgłoszonym przystąpieniu poza szerokim odniesieniem się do kwestii interesu prawnego wnoszącego protest (wykonawcy Espes Office), co prawda lakonicznie, jednak odniósł się do zarzutów stawianych jego ofercie, stwierdzając, iż są one całkowicie chybione. Natomiast okoliczność, iż pismem z dnia 2 października 2009 r. wniósł kolejny protest m.in. na czynność odrzucenia jego oferty nie może pozbawiać go możliwości złożenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez wykonawcę Espes Office. Niewniesienie odwołania w tym konkretnym stanie faktycznym mogłoby bowiem spowodować utratę możliwości skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.

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

Izba ustaliła, iż Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w specyfikacji ilościowo-asortymentowej, stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ, wskazując w pozycjach 98 i 123, iż wymagany jest „filtr antysprężeniowy - standard. Filtr ma być oddzielnym cyfrowym urządzeniem”, spełniającym parametry CE.

Odwołujący w załączeniu do złożonej oferty przedłożył wypełniony załącznik nr 2 „Specyfikacja ilościowo-asortymentowa”, w którym w poz. 123 „filtr antysprężeniowy” zawarł opis „standard. Filtr ma być oddzielnym cyfrowym urządzeniem” (s. 9 i 16). Natomiast na stronie 55 oferty, a więc w części oferty oznaczonej jako „próbki, opisy, fotografie, karty katalogowe” dla poz. 123 „filtr antysprężeniowy” zamieścił informację „standard. Oddzielne cyfrowe urządzenie”, dodatkowo załączając informacje o oferowanym urządzeniu („98, 123 Filtr Antysprężeniowy PA-24FR”).

Nadto, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, tj. wskazanie, który dokument oferty potwierdza, iż oferowany filtr antysprężeniowy typu PA-24FR jest urządzeniem cyfrowym, Odwołujący oświadczył, iż oferowane przez niego urządzenie jest urządzeniem cyfrowym, dodając, iż urządzenie PA-24FR, łączone kaskadowo z urządzeniem cyfrowym, standardowo jest przez niego stosowane w systemach audiowizualnych dla

poprawy efektu odsprężenia układu nagłośnienia, na potwierdzenie powyższego załączając kartę katalogową filtra antysprężeniowego DBX iEQ 15.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż oferta Odwołującego w zakresie filtra antysprężeniowego faktycznie jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący zaoferował bowiem filtr antysprężeniowy PA-24FR, który nie jest urządzeniem cyfrowym, co potwierdza opinia techniczna z dnia 24 września 2009 r. wydana przez firmę SLX Sp. z o.o. – dystrybutora i integratora urządzeń audiowizualnych, z treści której wynika, iż „w eliminatorze MONACOR PA-24FR sygnał wejściowy audio w postaci analogowej jest modulowany częstotliwościowo (...), a następnie wysyłany na wyjście w formie analogowej” i na „żadnym etapie pracy eliminatora sygnał nie jest przetwarzany z formy analogowej na cyfrową i odwrotnie”. Tym samym „przy opisie urządzenia MONACOR PA-24FR nie można używać sformułowania „cyfrowy”. Danych świadczących o tym, że eliminator sprzężeń PA-24FR służący do zapobiegania powstawaniu zjawiska sprzężenia akustycznego, jest urządzeniem cyfrowym, nie posiada także – jak wynika ze złożonego oświadczenia – firma Monacor Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Można to było wywieść także z oferty Odwołującego. Sam Odwołujący przyznał bowiem w odwołaniu, iż z jego oferty w pierwotnym brzmieniu faktycznie mogło wynikać, że zaoferowane filtry antysprężeniowe są urządzeniami analogowymi. Jego intencją było jednak zaoferowanie „urządzeń złożonych”, a więc urządzenia PA-24FR łączonego kaskadowo z urządzeniem cyfrowym, tj. urządzenia PA-24FR i urządzenia DBX iEQ 15.

Podkreślić jednak należy, iż Zamawiający wymagał w SIWZ jednego urządzenia (filtra antysprężeniowego) o określonych w SIWZ cechach. Niewątpliwie wskazany przez Odwołującego system kaskadowy może być optymalny – jak wynika z przedstawionej przez niego opinii technicznej - dla układów wielosystemowych, rozproszonych systemów nagłośnień występujących w obiektach szkoleniowych i edukacyjnych. Niemniej jednak Zamawiający nie oczekiwał takiego właśnie systemu, systemu, w którym „sygnał pierwotny jest (...) modyfikowany i cyfrowo i analogowo”. Zamawiający jednoznacznie bowiem wskazał, iż wymaga wyłącznie urządzenia cyfrowego, nie dopuszczając możliwości zaoferowania urządzenia analogowego, ale i innego rozwiązania, w tym także zespołu urządzeń.

Skoro więc Odwołujący zaoferował urządzenie PA-24FR łączone kaskadowo z urządzeniem cyfrowym, poprzez załączenie do wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego karty katalogowej innego urządzenia (urządzenie DBX iEQ 15), a więc innego niż to, które wskazał w pierwotnej ofercie (urządzenie PA-24FR), oznacza to, że nie tylko, że zaoferował inne urządzenie niż wymagane przez Zamawiającego, ale i inne rozwiązanie. Tym samym oferta Odwołującego w zakresie zaoferowanego filtra antysprężeniowego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Nadto należy dodać, iż nie jest możliwym poprawienie oferty Odwołującego, we wskazany przez niego sposób, a mianowicie poprzez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż faktycznie – jak słusznie podniósł Zamawiający - prowadziłoby to do zmiany treści jego oferty, ale i powodowało nieuprawnioną modyfikację SIWZ.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła opinię techniczną przedłożoną na rozprawie przez Odwołującego, uznając ją za oświadczenie Odwołującego.

Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, ograniczając je do w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

