

Sygn. akt: KIO 1239/14

WYROK
z dnia 2 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Surfland Systemy Komputerowe S.A., Atende S.A., ul. Braniborskiej 44-52, 53-680 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole**

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Surfland Systemy Komputerowe S.A., Atende S.A., ul. Braniborskiej 44-52, 53-680 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Surfland Systemy Komputerowe S.A., Atende S.A., ul. Braniborskiej 44-52, 53-680 Wrocław** 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 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 Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Miasto Opole (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa Optycznej Sieci Teleinformatycznej Opola (OSTO) - etap II”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 16 czerwca 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Surfland Systemy Komputerowe S.A. z we Wrocławiu oraz Atende S.A. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez sprzeczną z zasadą równego traktowania oraz z zasadą zachowania uczciwej konkurencji ocenę ofert w szczególności ocenę oferty złożonej przez Asseco;
- b) art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wezwanie Asseco do uzupełnienia oferty w sposób, który prowadzi do niedopuszczalnej przez przepisy Ustawy zmiany treści oferty złożonej przez Asseco;
- c) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Asseco, która powinna zostać odrzucona jako niedopowiadająca treści SIWZ.

Odwołujący, uzasadniając podniesione zarzuty, argumentował, że pismem z dnia 20 maja 2014r. Zamawiający wezwał Asseco na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do złożenia nowego „Wykazu sprzętu”, który potwierdzi, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, przy zachowaniu ceny zaproponowanej w ofercie. Według Odwołującego, już z samej treści tego wezwania wynikało, że oferta Asseco nie odpowiada treści SIWZ i jako taka, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (odpowiedzi Asseco Odwołujący nie znał, ponieważ została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa). Odwołujący stwierdzał, że wykaz sprzętu jest treścią oferty, i dlatego nie może zostać uzupełniony w wyniku wezwania,

ponieważ złożenie nowego wykazu oznacza zaoferowanie nowego sprzętu – a więc niedozwoloną zmianę oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Pismem z dnia 20 maja 2014 r. (kopia pisma i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy) Zamawiający wezwał Asseco na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do złożenia nowego „Wykazu sprzętu”, który potwierdzi, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ. W piśmie wskazał, w czterech punktach, nieścisłości w ofercie Przystępującego.
2. Przystępujący odpowiedział na wezwanie w terminie (treść pisma Przystępującego z dnia 26 maja 2014 r. zostało zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, czego Odwołujący nie kwestionował, więc treść pisma nie była mu znana). Odniósł się do poszczególnych punktów wezwania Zamawiającego i wyjaśnił, odnośnie punktu pierwszego, że oczekiwany firewall został wskazany w wykazie sprzętu załączonym do oferty, ale w pozycji samodzielnie dodanej przez Przystępującego do formularza –

i w załączonym do pisma wykazie sprzętu „pozycja firewalla została dodana bezpośrednio do pozycji routera brzegowego”, odnośnie punktu drugiego i trzeciego opisał powody, dla których sprzęt odpowiada wymogom, a odnośnie punktu czwartego – wskazał, że popełniono oczywistą omyłkę w nazwie modelu, gdyż jak sam Zamawiający dostrzegł w treści wezwania, część opisowa urządzenia dotyczyła sprzętu o innym symbolu (nazwie modelu). Do pisma załączył wykaz sprzętu z uwzględnieniem poprawek skorelowanych z udzielonymi wyjaśnieniami.

3. Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą, w związku z czym Odwołujący wniósł odwołanie, wskazując, że konwalidacja tejże oferty w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie jest możliwa, ponieważ prowadzi do niedozwolonej modyfikacji treści tejże oferty.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, w odniesieniu do zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Zamawiający, spostrzegając nieścisłości w ofercie Przystępującego, powinien raczej wezwać go do złożenia wyjaśnień treści oferty, niż uzupełnienia dokumentu (wykazu sprzętu). Wykaz sprzętu w tym postępowaniu zawierał opis oferowanych urządzeń, a więc stanowił treść oferty, i jako taki faktycznie nie mógł zostać uzupełniony (charakter dokumentu wynika z postanowień zawartych w SIWZ, a nie z jego nazwy). Oznacza to, że nie można było uzupełnić wykazu w taki sposób, że w nowym wykazie podanoby inny sprzęt, niż w pierwotnej ofercie, o innych parametrach. Dokumentami potwierdzającymi spełnienie wymagań Zamawiającego (a więc możliwymi do uzupełnienia) mogłyby być ewentualnie karty katalogowe bądź inne dokumenty, z których wynikają żądane parametry. W ocenie Izby, wezwanie Zamawiającego z 20 maja 2014 r. należy potraktować jak wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty, bez względu na fakt, że Zamawiający w piśmie przywołał art. 26 ust. 3, a nie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Spostrzeżenia Zamawiającego odnośnie nieścisłości w wykazie sprzętu załączonym do oferty Przystępującego zostały uznane przez Przystępującego, w piśmie z dnia 26 maja 2014 r., jako pytania, w związku z którymi udzielił wyjaśnień. Dołączył do nich poprawiony – zgodnie z udzielonymi w piśmie wyjaśnieniami – wykaz sprzętu. Wskazywał na rozprawie, że zrobił to jedynie z ostrożności – w ocenie Przystępującego (zgodnie z protokołem z rozprawy) nie było potrzeby załączania nowego wykazu, ale chciał uczynić zadość, również literalnie, wezwaniu Zamawiającego.

W konsekwencji należy stwierdzić, że nie doszło do „niedozwolonej modyfikacji oferty” – ponieważ poprawki Przystępującego, odnośnie punktu pierwszego i czwartego

wzwania Zamawiającego, są wyłącznie redakcyjne, w pozostałym zakresie wykazu nie zmieniono. W ocenie Izby, z samego faktu, że Zamawiający wezwał do złożenia nowego wykazu, i taki wykaz, w stosunku do pierwotnego wykazu załączonego do oferty, został uzupełniony z poprawkami redakcyjnymi, nie można wywodzić, że treść oferty została konwalidowana na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Nie ma bowiem znaczenia, wobec treści odpowiedzi na wezwanie (która to treść była w istocie wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), na jaki przepis Prawa zamówień publicznych powołał się Zamawiający w wezwaniu, skoro wskutek odpowiedzi treść oferty Przystępującego nie została zmieniona. Należy podkreślić, że treści odpowiedzi Przystępującego (pisma z 26 maja 2014 r.) Odwołujący w ogóle nie znał, i wydaje się, że podstawy faktycznej zarzutów odwołania upatrywał jedynie w treści pisma Zamawiającego z 20 maja 2014 r.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło naruszeń przepisów prawa wskazywanych w odwołaniu, mających wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Ewentualnie można mówić o naruszeniu art. 26 ust. 3 bądź 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w tym sensie, że Zamawiający powinien był raczej w wezwaniu powołać się na art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (i nie powinien wzywać do uzupełnienia wykazu), niemniej jednak nie ma to znaczenia dla postępowania, skoro Przystępujący w istocie udzielił (dozwolonych) wyjaśnień odnośnie treści oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....