

WYROK

z dnia 25 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2013 r. przez **Odwołującego – Makas-System Sp. z o.o., ul. Hutnicza 53C, 81-061 Gdynia**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa**,

przy udziale **Wykonawcy - Emerson Network Power Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Zamawiającemu Uniwersytetowi Warszawskiemu, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa** unieważnienie: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego, oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciąża przystępującego - **Emerson Network Power Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – Makas-System Sp. z o.o., ul. Hutnicza 53C, 81-061 Gdynia**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Przystępującego - Emerson Network Power Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa**, na rzecz **Odwołującego – Makas-System Sp. z o.o., ul. Hutnicza 53C, 81-061 Gdynia**, kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i instalację szafy klimatyzacyjnej w pomieszczeniu serwerowni w budynku Wydziału Geologii przy ul. Żwirki i Wigury 93 w Warszawie, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożył między innymi wykonawca Makas-System Sp. z o.o., ul. Hutnicza 53 C, 81-061 Gdynia którego to oferta została przez zamawiającego odrzucona z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Wobec takiej czynności zamawiającego wykonawca ten, zwany dalej „odwołującym” w dniu 10 lipca 2013 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kwestionując czynność zamawiającego polegającą na bezpodstawnym odrzuceniu jego i w konsekwencji dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Emerson Network Power sp. z o. o., w sytuacji gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego.

Wnosząc przedmiotowe odwołanie wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i uznanie, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu,
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Emerson Network Power sp. z o. o.,
- 3) nakazaniu zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za nią oferty odwołującego;

Odnosząc się do czynności zamawiającego polegającej na uznaniu jego oferty za nieodpowiadającej wymogom SIWZ z powodu iż front szafy klimatyzacyjnej oferowanej przez odwołującego nie jest zlicowany z szafami RACK, a jest wysunięty do przodu o ok. 16 cm. Podniósł, że zamawiający odrzucając ofertę pominął złożone przez niego wyjaśnienia co do treści oferty. Oferowane urządzenie posiada cztery różne opcje nawiewu powietrza, w tym nawiew frontowy, pozwalający na całkowite zlicowanie szafy klimatyzacyjnej z szafami RACK poprzez dosunięcie jej na równą wysokość z innymi szafami.

Nadto podniósł, że również urządzenie zaoferowane w wybranej ofercie nie może zostać zlicowane z innymi szafami gdyż posiada również analogiczne opcje jak urządzenie zaoferowane przez odwołującego, w tym opcję niepozwalającą i opcję pozwalającą na całkowite zlicowanie z szafami RACK. Obydwa urządzenia są wysunięte do przodu w przypadku nawiewu na boki. Różnica polega na tym, że urządzenie zaoferowane przez odwołującego wystaje w całości, a urządzenie Emersona wypukłą częścią. Zamawiający nie różnicował tego w opisie przedmiotu zamówienia.

Nadto odwołujący wskazał na rozbieżność informacji przekazywanych w zakresie tego wymagania przez zamawiającego. W *projekcie branży sanitarnej* nie określa on precyzyjnie sposobu nawiewu powietrza - raz pisząc o kierownicach, które wieją na boki, a następnie podaje, że powietrze ma być nawiewane przodem. Natomiast w uzasadnieniu odrzucenia oferty nr 5 zamawiający wskazuje, że wymagał nawiewu do przodu na stojące naprzeciwko zasilacze UPS. W takiej opcji urządzenie odwołującego się jest zlicowane z szafami RACK. Dodał również, że bez względu na producenta, tylko szafa z nawiewem do przodu może być zlicowana z szafami typu RACK. Każda szafa z nawiewem na boki będzie wystawała poza obrys szaf RACK.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią odwołania oraz ponownej analizie złożonych w postępowaniu ofert postanowił uwzględnić w całości zarzuty odwołania.

Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania wykonawca Emerson Network Power sp. z o.o. ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa zgłosił sprzeciw. We wniesionym sprzeciwie wskazał na cały szereg niezgodności treści oferty odwołującego z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

Na wstępie rozpoznawania przedmiotowej sprawy wskazać należy, że zgodnie z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty – pismo z dnia 05.07.2013 roku zamawiający wobec oferty odwołującego stwierdził, iż zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań SIWZ gdyż „*W załączniku nr 1 do SIWZ- Dokumentacja – Projekt budowlano-wykonawczy zostało przedstawione ustawienie szafy klimatyzacyjnej. Front szafy*

klimatyzacyjnej powinien być zlicowany z szafami RACK. Zgodnie z DTR urządzenia szafa zaproponowana przez Wykonawcę byłaby wysunięta do przodu około 16 cm.”

Tak więc należy w sposób jednoznaczny stwierdzić, że tylko ten fakt był podstawą do odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący na rozprawie odnosząc się do odrzucenia jego oferty wskazał ponadto iż fakt wymagania zlicowania szafy klimatyzacyjnej z innymi szafami typu RACK nie wynikał wprost z treści SIWZ, natomiast można było to pośrednio wywodzić z treści projektu budowlano- wykonawczego, strona 65. Ponadto poddając analizie treść wymagania w zakresie umiejscowienia - ustawienia szafy klimatyzacyjnej stwierdził, iż zlicowanie szafy klimatyzacyjnej z przodu następuje w sytuacji, kiedy inne szafy Rack są lekko- o około 16 cm wysunięte do przodu. Taka opcja wynika wprost z załączonego rysunku technicznego. Nadto stwierdził, że gdyby w sposób bardzo rygorystyczny patrzeć na kwestie wymogu zlicowania przodem szafy klimatyzatora z szafami RACK, to urządzenie zaoferowane przez przystępującego też nie spełnia wymagań SIWZ, nie ma możliwości zlicowania, ponieważ przód tego urządzenia ma kształt wypukły.

Za istotny dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy wskazać należy na fakt, że zakres zarzutów wobec oferty odwołującego podniesiony przez przystępującego - wnoszącego sprzeciw przekracza podstawę wskazaną przez zamawiającego do wykazania niezgodności treści oferty z SIWZ i tym samym jej odrzucenia. Nadto podnieść należy, że sam przystępujący odnosząc się do podstawy odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku możliwości zlicowania szafy klimatyzatora z szafami RACK stwierdził, iż „*nigdzie w SIWZ taki wymóg nie był postawiony i dodał, że jego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza jak sądzi nie z tego powodu, że oferowane przez niego urządzenie jest zlicowane z szafami RACK, tylko dlatego, że spełniało wszystkie funkcje, których zamawiający wymagał w SIWZ*”. Ponadto dodał, że jego zdaniem brak jest podstaw do uznania niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie braku możliwości zlicowania szafy klimatyzacyjnej z szafami RACK, gdyż taki wymóg nigdzie w SIWZ nie został wyartykułowany. Natomiast jego zdaniem występuje cały szereg podstaw do stwierdzenia innych niezgodności które pominięte przez zamawiającego przesądzają o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Wobec takich okoliczności sprawy stwierdzenia przez Izbę wymaga fakt, że w zakresie odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ w odwołaniu mogą być przedstawione tylko zarzuty odnoszące się do stanowiska zamawiającego stwierdzającego iż oferta nie odpowiada wymogom SIWZ. Tym samym odwołujący formułując zarzuty jest związany treścią stanowiska zamawiającego o odrzuceniu jego oferty i tylko w zakresie tej treści odwołujący może formułować zarzuty, nie mogąc wychodzić poza zarzucany przez zamawiającego zakres niezgodności treści oferty z SIWZ.

Także Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga odwołanie - zgodnie z treścią przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, tylko w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów. Nie jest zatem dopuszczalnym wyjście poza zakres kwestionowanej czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty i postawionych wobec niej w odwołaniu innych zarzutów.

Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12: stwierdzając, że *w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski (...) zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.*

Ze stanowiska zamawiającego w tym zakresie zawartego w piśmie z dnia 05.07.2013 roku 2013 roku wynika, że podstawą odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ było ustalenie iż *front szafy klimatyzacyjnej nie jest zlicowany z szafami RACK*.

Podnieść należy również, że w związku z wniesieniem sprzeciwu ciężar udowodnienia niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ nadal obciąża zamawiającego, a nie przystępującego zgłaszającego sprzeciw. W tym zakresie Izba stwierdza, że wniesienie sprzeciwu w trybie art. 186 ust. 4 Pzp nie oznacza, iż wnoszący sprzeciw przejmuje pozycje procesową której obowiązkiem jest wykazanie nieprawidłowości w czynności zamawiającego uwzględniającej zarzuty odwołania. Sprzeciw, jest sposobem obrony wykonawcy, przy pomocy którego wykonawca wnoszący sprzeciw doprowadza do rozpoznania odwołania, w sytuacji gdy zamawiający uwzględnia w całości zarzuty odwołania - art. 186 ust. 4 pzp. Tym samym wnoszący sprzeciw ma na celu wykazanie, że pierwotna czynność zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy była zasadna. W razie nie potwierdzenia tego faktu, odwołanie zostaje uwzględnione, a przystępujący w miejsce zamawiającego zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 2 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) ponosi koszty postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznaje, że brak było w świetle postanowień SIWZ, a w szczególności z rysunku projektu budowlanego - str. 65 podstaw do uznania, aby treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec tego nie zachodziły podstawy do stwierdzenia przez zamawiającemu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i odrzucenia przedmiotowej oferty

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Tym samym uwzględnienie przez zamawiającego zarzutu odwołania, Izba ocenia jako działanie prawidłowe i merytorycznie zasadne

Natomiast w opisanej przedmiotowej sytuacji przystępujący nie był uprawniony do podnoszenia wobec oferty odwołującego innych zarzutów niż ten sformułowany w oparciu o treść informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego.

Tym samym biorąc pod uwagę związanie Izby zarzutami odwołania- zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba uznała iż zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego potwierdził się. Dlatego też odwołanie zostaje uwzględnione.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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). Izba kierując się zasadą miarkowania kosztów w zakresie kosztu zastępstwa procesowego strony przed KIO przyznała pełnomocnikowi odwołującego zwrot połowy kwoty żądanego wynagrodzenia.

Przewodniczący