

Sygn. akt: KIO 2529/11

WYROK
z dnia 7 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2011 r. przez wykonawcę **WEBSTER Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** w postępowaniu prowadzonym przez **Metro Warszawskie Sp. z o.o., 02-798 Warszawa, ul. Wilczy Dół 5,**

przy udziale wykonawcy **Torell S.A., 01-014 Warszawa, ul. Żytnia 15 lok. 23** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **WEBSTER Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **WEBSTER Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 17** 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 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

Zamawiający – Metro Warszawskie Spółka z o.o., ul. Wilczy Dół 5; 02 - 798 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę i montaż urządzeń klimatyzacyjnych w obiekcie 3A i 3C na STP Kabaty*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Dnia 23 listopada 2011 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, która złożona została przez TORELL S.A., ul. Żytnia 15 lok. 23; 01-014 Warszawa oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy WEBSTER sp. z o.o., ul. Żupnicza 17; 03-821 Warszawa.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca WEBSTER sp. z o.o., ul. Żupnicza 17; 03-821 Warszawa (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 28 listopada 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechań Zamawiającego, tj.:

- 1) Dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) Dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty firmy Torell S.A.,
- 3) Zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz pkt 14, 15.2, 17.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty firmy Torell S.A.
3. Dokonania ponownej czynności oceny ofert i wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, iż po dokonaniu czynności otwarcia ofert, Zamawiający w dniu 03.11.2011 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy, do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia przez niego warunku doświadczenia oraz do złożenia wyjaśnień, jak to sformułował Zamawiający, dotyczących „*typu i modeli urządzeń z podaniem danych technicznych*”, jakie zaproponował Odwołujący w swojej ofercie. W przedmiotowej sytuacji jest ewidentnym naruszeniem przepisu artykułu 26 ust. 4 Ustawy, wezwanie w tym trybie Odwołującego do wyjaśnień dotyczących typu i modelu urządzeń. Odwołujący składając ofertę postępował zgodnie z instrukcjami określonymi i opisanymi przez Zamawiającego w SIWZ. Na tym etapie wystarczającym i adekwatnym powinno być złożenie oświadczenia, że sprzęt będzie spełniał oczekiwania Zamawiającego, co zresztą

uczynił Odwołujący. Niezrozumiałe jest zatem zachowanie Zamawiającego, który postanowił prowadzić z Odwołującym niedopuszczalne negocjacje i żądał od niego informacji, które ten zawarł już w złożonej ofercie.

W dniu 14.11.2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień, powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, żądając od Odwołującego wyjaśnień pisma, które złożył on w dniu 07.11.2011 r. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w piśmie z dnia 14.11.2011 r., Zamawiający zażądał wyjaśnień do wyjaśnień, które składane były uprzednio do dokumentów i oświadczeń, których Zamawiający w ogóle nie żądał, tak więc i to wezwanie było bezpodstawne. W wezwaniu z dnia 14.11.2011 r., Zamawiający zawarł następujące sformułowanie: „ *W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień czy nie doszło do oczywistej omyłki przy podawaniu oznaczeń proponowanych urządzeń, a tym samym załączeniu nieprawidłowych kart katalogowych* ”.

Zamawiający swoim zachowaniem w trakcie postępowania spowodował, że Odwołujący jest wprowadzany w błąd, za który może ponieść konsekwencje w postaci utraty kontraktu. Taka sytuacja jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Ustawy, a jeżeli jest stosowana tylko do jednego wykonawcy, to również narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

W odpowiedzi na przesłane pytania, w dniu 31.10.2011 r. Zamawiający stwierdził, że opisane parametry są parametrami minimalnymi i oczywiście każdy sprzęt o parametrach wyższych lub równych będzie spełniał jego wymagania. Zamawiający stwierdził też, że ważna jest dla niego funkcjonalność zamontowanego sprzętu a parametry są tylko elementem konkretyzacji przedmiotu zamówienia. Takie sformułowanie odpowiedzi i wyjaśnienie zapisów SIWZ jest zgodne z art. 29 ust. 2 Ustawy, który to przepis zabrania opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Po tak sformułowanych odpowiedziach, każdy wykonawca wiedział, że aby złożyć ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu musi zaproponować nie sprzęt marki TOSHIBA, a sprzęt nie gorszy jakościowo od niego. Odpowiedź Zamawiającego utwierdziła Odwołującego w przekonaniu, że mamy tutaj do czynienia z opisaniem przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i że jego oferta będzie zgodna z s.i.w.z.

W ocenie Odwołującego czynność odrzucenia jego oferty jest czynnością niezgodną z zapisami Ustawy, ponieważ w przedmiotowej sytuacji nie zostały spełnione przesłanki wymienione w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący już na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień udowodnił, że zaproponowany sprzęt spełnia minimalne wymogi określone w s.i.w.z., a Zamawiający osiągnie zamierzoną funkcjonalność sprzętu. Sprzęt zaproponowany przez Odwołującego nie tylko spełnia wymagania s.i.w.z., ale również, jak wskazał Odwołujący w piśmie z dnia 15.11.2011 r., jest wydajniejszy, ma lepszy system odzysku oleju, jest mniej awaryjny, tańszy w utrzymaniu, czyli z całą pewnością zamawiający

osiągnie oczekiwaną funkcjonalność. Dokonując czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający nie wskazał dlaczego zaproponowany sprzęt jest niezgodny z zapisami s.i.w.z. Zamawiający wskazał tylko, że jednostki zewnętrzne są niezgodne z parametrami opisanymi w s.i.w.z. Zamawiający sam napisał, że parametry opisane w s.i.w.z. są parametrami minimalnymi i według jego wiedzy na terenie Polski i UE funkcjonuje wiele podmiotów oferujących sprzęt o parametrach takich samych lub lepszych, to by dokonać czynności odrzucenia musiał udowodnić, że rozwiązania zaproponowane przez Odwołującego są gorsze, niestety ograniczył się tylko do stwierdzenia, że jednostki zewnętrzne nie spełniają parametrów opisanych w s.i.w.z. czyli *de facto* parametrów urządzeń firmy TOSHIBA. Zamawiający nie udowodnił w żaden sposób, że urządzenia proponowane przez Odwołującego są gorsze lub, że nie pozwolą na osiągnięcie zamierzonej funkcjonalności Zamawiający łamiąc zapisy s.i.w.z. dokonał jedynie literalnej interpretacji opisu technicznego a nie funkcjonalnego, o którym sam pisał w odpowiedzi na złożone pytania i zdecydował o odrzuceniu najkorzystniejszej oferty. Trudno nie zauważyć niespójności stanowiska Zamawiającego a tym samym trudno wyjaśnić motywację jego działań w stosunku do Odwołującego.

Zamawiający, kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 29 listopada 2011 roku.

Dnia 2 grudnia 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: TORELL S.A., ul. Żytnia 15 lok. 23; 01-014 Warszawa.

Zamawiający, pismem z dnia 2 grudnia 2011 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych, jak i podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, iż w punkcie 3.1 Specyfikacji Technicznej określił, że każda z jednostek zewnętrznych ma być wyposażona w dwie podwójne sprężarki rotacyjne sterowane inwerterem (razem cztery sprężarki sterowane inwerterem). System proponowany przez Odwołującego nie spełniał tych wymogów. Odwołujący zaproponował 2 sprężarki sterowane inwerterem i 2 sprężarki inne (nie sterowane inwerterem), o stałej wydajności.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi o obowiązku Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia s.i.w.z.. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Ponadto niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w s.i.w.z., co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Wykonawcy nie mogą samodzielnie zmieniać sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, nawet jeżeli uważają, że wymagania w zakresie tego wykonania są nieadekwatne do samego przedmiotu zamówienia bądź też z innych względów nieuzasadnione (vide: wyrok KIO z 2010-08-09, sygn. akt KIO 1530/10).

Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień s.i.w.z. Niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii ustawowej definicji oferty określonej w art. 66 kodeksu cywilnego rozumianej, jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w merytorycznym zakresie przedmiotu zamówienia.

W przypadku, gdy wykonawca składając ofertę pomija niektóre postanowienia s.i.w.z., wybiórczo - bez uwzględnienia właściwości danego zamówienia - bierze pewne wymagania s.i.w.z. pod uwagę, a innych, uznając je za nieistotne, nie - musi liczyć się z ryzykiem

odrzućenia jego oferty, jako nie odpowiadającej treści s.i.w.z. (vide: wyrok KIO z 2010-04-23, sygn. akt KIO/UZP 509/10).

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – załącznik Nr 1 ust. 3 opisał wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia wskazując, iż w odniesieniu jednostek zewnętrznych wymaga, aby oferty wykonawców przewidywały 2 jednostki zewnętrzne, każda wyposażona w dwie podwójne sprężarki rotacyjne sterowane inwerterem (indywidualne sterowanie sprężarkami w każdym module). Powyższe unormowanie stanowiło wymóg minimalny, w zakresie przedmiotu zamówienia, którego nie spełnienie (nie zrealizowanie) w postaci wymaganej przez Zamawiającego skutkuje odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W powyższym zakresie uznać należy za błędne stanowisko Odwołującego, który stara się powyższą regulację zakwalifikować do możliwości złożenia oferty zawierającej rozwiązanie równoważne. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia dopuścił składanie ofert równoważnych, czemu dał swój wyraz w odpowiedziach na pytania wykonawcy z dnia 31 października 2011 roku. Zamawiający odpowiadając na wątpliwości jednego z wykonawców podał, iż przygotowując opis przedmiotu zamówienia przeprowadził analizę właściwości techniczno-użytkowych urządzeń dostępnych na rynku pod kątem własnych potrzeb i opisał przedmiot zamówienia podając minimalne wymagane parametry. Badanie rynku wykazało, iż na terenie Polski i obszaru Unii Europejskiej funkcjonuje wiele podmiotów oferujących sprzęt o wyspecyfikowanych przez Zamawiającego lub lepszych parametrach, tj. cechach i funkcjonalności niezbędnych dla zaspokojenia potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie wyraził również zgody na zaniżanie parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia, co jest równoznaczne z możliwością zaoferowania sprzętu o parametrach wyższych od podanych w Specyfikacji Technicznej (ST).

Powyższymi wyjaśnieniami Zamawiający jasno wskazał, że parametry podane w ST są parametrami minimalnymi, tzw. granicznymi, których spełnienie Zamawiający będzie badał i których będzie bezwzględnie wymagał.

Izba zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Przystępującego, iż analiza porównawcza przedstawiona przez Odwołującego w piśmie z dnia 15 listopada 2011 roku, jak i ta w odwołaniu z dnia 28 listopada 2011 roku winna znaleźć swoje zastosowanie na etapie ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wyłącza, mocą przepisu art. 180 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, możliwość wniesienia odwołania, na czynności Zamawiającego polegające na błędnym opisanu przedmiotu zamówienia, tj. naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Jednakże przepis następnny, tj. art. 181 ust. 1 ustawy Pzp daje wykonawcy uprawnienie, dzięki któremu wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej

z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. I to właśnie w trybie tego przepisu Odwołujący winien Zamawiającemu zgłosić swoje zastrzeżenia bądź argumentację, która mogłaby skłonić Zamawiającego do weryfikacji swojego stanowiska.

Na obecnym etapie postępowania Odwołujący *de facto* odwołuje się od niezgodnych, jego zdaniem, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to odwołanie ze względu na etap postępowania, nie jest możliwe.

O ile można by przyjąć, czego również nie kwestionował Zamawiający i Przystępujący, iż rozwiązanie prezentowane przez Odwołującego jest rozwiązaniem, które przybliży rozwiązanie Odwołującego do wymogów s.i.w.z., to jednak, tak jak w przypadku kwestionowanego parametru, nie odpowiada ono w pełni warunkom, co do których Zamawiający określił jako parametry minimalne (graniczne).

Reasumując, w ocenie Izby zarzuty Odwołującego są niezasadne i dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: