

Sygn. akt: KIO 1068/12

WYROK
z dnia 5 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2012 r. przez wykonawcę **BPI-Poldham Sp. z o.o.**, 04-011 Warszawa, ul. Suchodolska 8/2 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego Sił Zbrojnych**, 00-909 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 9/13

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BPI-Poldham Sp. z o.o.**, 04-011 Warszawa, ul. Suchodolska 8/2 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 **BPI-Poldham Sp. z o.o.**, 04-011 Warszawa, ul. Suchodolska 8/2 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **BPI-Poldham Sp. z o.o.**, 04-011 Warszawa, ul. Suchodolska 8/2 na rzecz zamawiającego **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego Sił Zbrojnych**, 00-909 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 9/13 kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Centrum Wsparcia Teleinformatycznego Sił Zbrojnych w Warszawie na *dostawę akumulatorów stacyjnych (nr postępowania 10/PN/2012)*, wobec czynności oceny ofert wykonawca BPI-Poldham Sp. z o.o. wniósł w dniu 25 maja 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1068/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 25 maja 2012 r. O czynności zamawiającego, wnoszący odwołanie został powiadomiony w dniu 22.05.2012r. pismem informującym o zakończeniu postępowania, przesłanym do wykonawcy faksem.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.04.2012 r., poz. 96205. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla zamówień nieprzekraczających kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw i usług.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do których naruszenia doprowadziło odrzucenie oferty odwołującego się, a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego się oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty nr 1 i wykluczenia jej z postępowania, nakazanie dokonania modyfikacji treści siwz, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, iż wybrana jako najkorzystniejsza oferta wykonawcy EMU Sp. z o.o. Sp. k. podlegała odrzuceniu, gdyż zawierała nieprawdziwą informację dotyczącą żądanej przez zamawiającego nazwy producenta akumulatorów stacyjnych, w miejsce której podano nazwę typoszeregu baterii. Powinno to prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Dalej odwołujący zakwestionował sposób, w jaki zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez wprowadzenie wymiarów pojedynczych akumulatorów 208x200x238 mm (długość x szerokość x wysokość), przy pozostawieniu całkowitej dowolności wymiarów baterii składającej się z tych akumulatorów. Odwołujący zaoferował akumulatory o

wymiarach odbiegających, jednak biorąc pod uwagę rzut poziomy akumulatora o lepszych parametrach niż wymagano. Wszyscy uczestnicy, poza składającym odwołanie, zaoferowali akumulatory o wysokości $h=234$ mm, niezgodne z wymaganiem zamawiającego, a pomimo tego oferty te nie zostały odrzucone. W siwz zamawiający nie dopuścił składania ofert na produkty „równoważne”, co doprowadziło do naruszenia art. 29 ust. 1, 2, 3 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Żądanie zaoferowania akumulatorów o wskazanych wymiarach, jako nadmierne nie powinno być kierowane do wykonawców, gdyż stanowiłoby o nadużyciu uprzywilejowanej pozycji zamawiającego w postępowaniu, a także prowadziłoby do naruszenia art. 5 ustawy Kodeks cywilny. W związku z powyższymi okolicznościami, czyniącymi niemożliwym do spełnienia oczekiwania zamawiającego, odwołujący zażądał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem odwołującego, w okolicznościach dotyczących prowadzonego postępowania, dokonana przez zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w której znajdują się informacje nieprawdziwe dotyczące określenia nazwy producenta oferowanych akumulatorów i podlegającej z tego tytułu odrzuceniu, rażąco naruszała przepisy ustawy. Przy prawidłowej ocenie złożonych (zgodnie z prawem) ofert, to oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W dniu 1 czerwca 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – EMU Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności opisana w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. Odwołanie w części zarzutów nie mogło być uznane za skuteczne, gdyż wykraczało poza dopuszczony przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zakres

zaskarżalnych czynności zamawiającego w postępowaniu o zamówienie, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 180 ust. 2, odwołanie można wnieść wyłącznie wobec czynności enumeratywnie wymienionych, tj. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego. Mając na uwadze regulację ustawową, zarzuty formułowane wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia, nie tylko jako spóźnione, ale także niedopuszczalne nie podlegały rozpoznaniu merytorycznemu przez Izbę. Dotyczy to również zarzutów podnoszonych wobec czynności oceny ofert innych wykonawców, w tym podnoszonego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy EMU Sp. z o.o. Sp. k. Ponieważ w odwołaniu podniesione zostały także zarzuty wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, odwołanie w tym zakresie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Izba na posiedzeniu oddaliła opozycję zgłoszoną przez odwołującego wobec zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy EMU Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Gdańsku. Izba nie przychyliła się do argumentacji zmierzającej do pozbawienia interesu w przystąpieniu wykonawcy, którego ofertę zamawiający wskazał, jako najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Niezależnie od dalszych okoliczności mających wskazywać na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, co do których Izba nie miała możliwości zajęcia stanowiska, Izba uznała, iż wykonawca, którego oferta została wybrana ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, utrzymującego taki wynik postępowania. Pomimo pozytywnej oceny interesu wykonawcy w zgłoszeniu przystąpienia, Izba uznała, iż wykonawca EMU Sp. z o.o. Sp.k. nie uzyskał statusu uczestnika postępowania z uwagi na nie dochowanie terminu do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Ponieważ wykonawca w terminie trzech dni, liczonych od dnia przekazania mu przez zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym (28.05.2012 r.), nie wniósł zgłoszenia w jednej z form przewidzianych w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała zgłoszenie przystąpienia doręczone na piśmie w dniu 01.06.2012 r. za nieskuteczne. Przekazanie faksem w terminie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego nie czyniło zadość formie przewidzianej w art. 185 ust. 2 ustawy, jaką jest bądź forma pisemna bądź elektroniczna opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia z

dnia 27.04.2012 r., oferty wykonawcy BPI POLDHAM Sp. z o.o., a także informacji o wyniku postępowania z dnia 22.05.2012 r. Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Rozpoznany na rozprawie zarzut naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy czynności odrzucenia oferty odwołującego uznanej za niezgodną z treścią specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, dotyczącego wymaganych wymiarów pojedynczego ogniwa akumulatorów żelowych, jak również mającej naruszać zasady równego traktowania wykonawców.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, stanowiący materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Izba uznała, iż czynność odrzucenia oferty odwołującego w przypadku potwierdzenia jej wadliwości, naruszała interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, gdyż w oparciu o ustalone kryterium oceny ofert (cena), oferta odwołującego mogła być uznana za najkorzystniejszą. Stwierdzenie spełnienia tej przesłanki umożliwiło merytoryczne rozpoznanie zarzutu.

Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dostarczenia między innymi akumulatorów żelowych o podanych wymiarach pojedynczego ogniwa 208x200x238 mm (pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do siwz). Konieczność ścisłego spełnienia tego parametru zamawiający potwierdził udzielając odpowiedzi na jedno z pytań w piśmie z dnia 08.05.2012 r.

Wykonawca w pozycji 2 formularza ofertowego zaoferował akumulatory żelowe EHP 6-105, produkcji Shandong. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o złożenie wyjaśnień w przedmiocie spełnienia wymagań zamawiającego, wykonawca przekazał własną ulotkę katalogową zawierającą specyfikację techniczną produktu, w tym między innymi opis wymiarów baterii w mm: 195 (długość), 206 (szerokość), 240 (wysokość). Do wyjaśnień załączone zostało również oświadczenie producenta, w którym stwierdzono zgodność danych technicznych baterii EHP6-105 z ulotką katalogową BPI-Podham Sp. z o.o.

Ponieważ odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który podważałby prawidłowość ustaleń dotyczących wymiarów oferowanej baterii, Izba nie miała podstaw do kwestionowania czynności zamawiającego, znajdującej oparcie w dokumentach przedłożonych przez wykonawcę w ramach wyjaśnienia treści oferty. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż wymiary baterii zaoferowanych w pozycji 2 formularza ofertowego, oznaczonych znakiem towarowym EHP6-105, były niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Podnoszona na rozprawie okoliczność, dotycząca braku określenia w opisie przedmiotu zamówienia rozmiarów stojaków do baterii, w ocenie Izby nie pozbawiała znaczenia postanowień siwz dotyczących wymiarów baterii, które nie odnosiły się do całego

zestawu, lecz do pojedynczego ogniwa. Zamawiający w toku badania ofert zobowiązany był do przestrzegania postanowień specyfikacji i w razie stwierdzenia niezgodności merytorycznej treści oferty z siwz zachodziła podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba na obecnym etapie postępowania, jak również mając na uwadze ograniczony zakres zaskarżalności czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu prowadzonym w procedurze obowiązującej dla zamówień o wartości nie przekraczającej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych do ustawy, nie odniosła się do opisu przedmiotu zamówienia. Rozstrzygając w przedmiocie czynności odrzucenia oferty odwołującego Izba uznała, iż zamawiający ocenił ofertę odwołującego kierując się wymaganiami dotyczącymi wymiarów baterii opisanymi w siwz, zasadnie przyjmując, iż oferta była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba nie mogła dokonać rozstrzygnięć o prawidłowości czynności oceny ofert pozostałych wykonawców pod kątem zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami zamawiającego, gdyż odwołanie w tym zakresie było niedopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego, jak również uzasadnione koszty zamawiającego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, wykazane rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy wraz z wnioskiem o ich zasądzenie od odwołującego.

Przewodniczący: