

Sygn. akt KIO/UZP 1265/08

WYROK / POSTANOWIENIE^{*}
z dnia 21 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Renata Tubisz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie^{*} w dniu /~~w dniach~~^{*} 21 listopada 2008r. w odwołania wniesionego przez **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Sejm Rzeczpospolitej Polskiej – Kancelarię Sejmu w Warszawie, ul. Wiejska 4/6/8** protestu / protestów^{*} z dnia **15 października 2008r.**

przy udziale zgłaszającego przystąpienie **XXX** do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1 . uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy,

2. kosztami postępowania obciąża Sejm Rzeczpospolitej Polskiej – Kancelarię Sejmu w Warszawie, ul. Wiejska 4/6/8 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Sejm Rzeczypospolitej Polskiej – Kancelarię Sejmu w Warszawie, ul. Wiejska 4/6/8** na rzecz **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Oraczewska 42 lok. 110**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę serwerów RISC i CISC zostało wszczęte przez Zamawiającego Sejm Rzeczypospolitej Polskiej – Kancelarię Sejmu w Warszawie, ul. Wiejska 4/6/8 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2008/S 159 – 215147 w dniu 19 sierpnia 2008r.

W dniu 8 października 2008r. Zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych w ramach części A i B zamówienia. W części A wybrano wykonawcę **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Oraczewska 42 lok. 110**, a w części B firmę **ORION INSTRUMENTS POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PI. Grzybowski 10**. Z postępowania w części B wykluczono wykonawcę **TRADEX SYSTEMS sp. z o.o.** uznając, iż treść oferty tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią siwz i podlega wykluczeniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 2.2. lit. f Rozdziału I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wymagał załączenia w ofercie prospektów producentów oferowanych urządzeń dla serwerów. Wykonawca nie złożył tych dokumentów także w wykonaniu wezwania z dnia 24 września 2008r. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 –dalej ustawa), gdyż dla oferowanej macierzy dyskowej **TOPRAID**

TR3994R-R4 nie przedstawiła odpowiedniego prospektu. Załączyła natomiast prospekt innej nieoferowanej macierzy tj. TOPRAID TR3994F4R-R4.

Na tę czynność w dniu 15 października 2008r. wniósł protest wykonawca TRADEX SYSTEMS sp. z o.o. – zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez błędną ocenę i odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części B. Odwołujący wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert oraz o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części B postępowania przetargowego. Wskazał, że jego oferta jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, co potwierdza załączony prospekt. Odwołujący zaoferował macierz dyskową TOPRAID TR3994F4R-R4, natomiast przez oczywistą omyłkę pisarską pominął dwa znaki „F4”. Te znaki występują aktualnie we wszystkich produkowanych i oferowanych modelach rodziny TR3994 i wskazują na zastosowany interfejs Fibre Chanel 4 Gbit/s. Pomyłka nie ma wpływu na treść oferty i właściwą identyfikację macierzy. Przesłany jako uzupełnienie prospekt wyraźnie potwierdza oferowanie tego interfejsu. Powyższa pomyłka mogła być, zdaniem Odwołującego, wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Odwołujący zwrócił się z prośbą o poprawienie pomyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy poprzez wstawienie brakujących znaków „F4”, co w jego ocenie, nie zmienia treści oferty i jest zgodne z ustawą, orzecznictwem ZA i KIO. Odrzucenie jego oferty godzi w interes prawny Odwołującego, gdyż był on korzystniejszy cenowo, od oferty wybranej i został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Nadto wybór oferty droższej narusza art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z dnia 17 grudnia 2004r. (Dz. U. nr 14 poz. 114 ze zm.).

Zamawiający protest oddalił w dniu 24 października 2008r. podtrzymując swoje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu oraz wskazując, że jego zdaniem, w ofercie Odwołującego nie doszło do oczywistej omyłki, to jest takiej omyłki która dotyczy formalnej strony tekstu oferty, błędów rachunkowych lub pisarskich, których poprawienie nie prowadzi do zmiany poszczególnych warunków oferty. Błąd pisarski to niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia, widoczne opuszczenie jednego lub więcej wyrazów. Zamawiający powołał się na orzecznictwo Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej. W przedmiotowej sprawie nie jest oczywiste, że brakujące znaki „F4” występują we wszystkich modelach rodziny TR3994 i że Odwołujący miał zamiar zaoferować macierz TOPRAID TR3994F4R-R4. Odwołujący dopiero w trybie uzupełnienia oferty podał nazwę macierzy, a więc miało to miejsce po otwarciu ofert, a zatem nie możliwe było, w ocenie Zamawiającego, skorzystanie z art. 87 ust. 2 ustawy, gdyż byłoby to sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie naruszenia art. 17 o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów Publicznych wskazał, że jest

zobowiązany do stosowania ustawy, a więc nie mógł uznać jako najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu, nawet jeśli jej cena była niższa od oferty wybranej.

W dniu 29 października 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie i podtrzymał zarzuty zawarte w proteście oraz wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórnej oceny ofert oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części B postępowania. Podtrzymał także w całości argumentację zawartą w proteście.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Na stronie 14 siwz w części B pkt 1 Wymagania techniczne macierzy dyskowej Zamawiający wymagał:

1. możliwości dostępu do macierzy dyskowej realizowany przez redundanтную sieć Storage Area Network (SAN) opartą o technologię Fibre Chanel 4 Gb/s
2. przestrzeń dyskową zbudowaną za pomocą min 8 napędów dyskowych w technologii Fibre Chanel, o pojemności min 450 GB i prędkości obrotowej 15krpm. Początkowa pojemność macierzy min 3,6 TB
15. Co najmniej 2 natywne zewnętrzne interfejsy FC 4 Gb/s w pojedynczym kontrolerze macierzowym (bez zwielokrotniania za pomocą hubów lub przełączników FC)
16. Co najmniej 2 natywne wewnętrzne interfejsy FC 4 Gb/s(do obsługi napędów dyskowych) w pojedynczym kontrolerze macierzowym (bez zwielokrotniania za pomocą hubów lub przełączników FC).

Odwołujący na stronie 31 oferty w załączniku nr 2 B do siwz w pkt. 5. Macierz dyskowa podał TOPRAID TR3994R-R4.

W dniu 24 września 2008r. Zamawiający wezwał Odwołującego o sygn. BIZ/Z/305-I(7)3/2008 do uzupełnienia dokumentów o prospekty producentów sprzętu.

W dniu 29 września 2008r. Odwołujący złożył pismo wraz z uzupełnieniami dokumentów i przedłożył ulotkę produktywnej macierzy dyskowej TOPRAID TR3994F4R-R4 z kwietnia 2008r. wraz z tłumaczeniem na język polski z języka angielskiego.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty Odwołującego oraz wezwania z dnia 24 września 2008r. do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i uzupełnienia oferty Odwołującego z dnia 29 września 2008r. oraz wydruku strony internetowej google.pl w zakresie dotyczącym poszukiwania nazwy TR3994F4R-R4.

Izba nie dopuściła dowodu złożonego na rozprawie przez Odwołującego tj. prospektu z kwietnia 2008r. dotyczącego macierzy dyskowej TR3994F4R-R4, z uwagi na to, iż zgodnie z § 18 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań

Dz.U.07.187.1327 dowody sporządzone w języku obcym mogą być powoływane przed Izbą wraz z ich tłumaczeniem przysięgłym na język polski. Złożony przez Odwołującego dowód nie spełnia wymagań prawnych w tym zakresie. Z analogicznych powodów Izba oddaliła dowody przedstawione przez Zamawiającego z treści korespondencji e-mail pomiędzy Zamawiającym, a przedstawicielem handlowym firmy Starline Computer GmbH oraz prospektu dotyczącego macierzy dyskowej TR3994F4R-R3 i wydruków strony internetowej www.topraid.pl.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania na posiedzeniu.

Izba uznała, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż jedynym kryterium oceny ofert była cena, a w części B zamówienia Odwołujący złożył ofertę o najniższej cenie, zatem w przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego dotyczących nieprawidłowego wykluczenia go z postępowania, w przypadku ponownej oceny ofert miałby on możliwość uzyskania zamówienia.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 87 ust. 1 i 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego oraz nie wezwanie do wyjaśnienia treści oferty.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający uznał, że zaoferowana w ofercie w załączniku nr 2B str. 32 macierz dyskowa nie jest tożsama z macierzą dyskową wskazaną w prospekcie z kwietnia 2008r., gdyż nazwy obu macierzy różnią się pomiędzy sobą zapisem "F4" i z tych względów stwierdził, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a nadto prospekt został złożony po otwarciu ofert, a zatem jako nie odnoszący się do macierzy zaoferowanej w ofercie w dniu składania ofert, nie mógł być wyjaśniany przez Zamawiającego bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednakże jak wynika z twierdzeń Zamawiającego złożonych podczas rozprawy Zamawiający wyjaśniał treść prospektu - macierzy dyskowej TR3994F4R-R4 z producentem sprzętu po otwarciu ofert i wyjaśnienia tego producenta umocniły go w przekonaniu, że treść oferty w tym zakresie nie odpowiada treści siwz. Zamawiający jednakże nie skorzystał z obligatoryjnego trybu wyjaśnienia wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Prospekt niewątpliwie mieści się w

katalogu dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane Dz.U.06.87.605, a zatem może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, z czego Zamawiający skorzystał, oraz wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, czego Zamawiający zaniechał. Zamawiający ma prawo weryfikować oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców, w każdy dopuszczalny sposób, w tym także zwracając się do wystawców przedkładanych przez Odwołującego dokumentów, jednakże takie działanie nie może zastępować obligatoryjnych czynności Zamawiającego nałożonych ustawą. Dodatkowo czynności podjęte przez Zamawiającego z producentem macierzy nie przyniosły Zamawiającemu jednoznacznej odpowiedzi na to, czy oferowany sprzęt w załączniku nr 2B jest tożsamy ze sprzętem opisanym w prospekcie reklamowym producenta. Wyjaśnienia tych okoliczności mógł dokonać Odwołujący przedstawiając swoje stanowisko i ewentualnie dowody wykazujące na tożsamość lub jej brak. Zamawiający pomijając wymóg ustawowego wyjaśnienia nie miał podstaw do odrzucenia oferty, gdyż w rzeczywistości prowadzone przez niego postępowanie nie doprowadziło do jednoznacznych ustaleń. Należy wskazać, że w zakresie powołanym przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał tylko na rozbieżność nazwy macierzy wskazanej w ofercie, a wynikającej z przedłożonego prospektu. Zamawiający natomiast nie kwestionował faktu, że parametry techniczne powołane w załączniku nr 2B w ofercie nie odpowiadają wymaganiom siwz, takich zastrzeżeń też nie zgłaszał w odniesieniu do danych wynikających z prospektu. Nie wskazywał także, że dane z prospektu (poza nazwą) są rozbieżne z danymi podanymi w ofercie. Tym samym wątpliwości Zamawiającego sprowadzały się jedynie do treści dokumentu potwierdzającego informacje zawarte w ofercie – prospektu w zakresie nazwy. Izba będąc związana zarzutami – art. 191 ust. 3 ustawy nie była uprawniona do uczynienia przedmiotem postępowania badania prawdziwości lub nie oświadczeń Odwołującego, co do istnienia oferowanej wersji oprogramowania dla macierzy dyskowej, czy też wydajności. Błędnie natomiast Odwołujący wskazał w proteście i odwołaniu na obowiązek Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Ten przepis ma charakter fakultatywny i ustawodawca pozostawił Zamawiającemu prawo do oceny, w jakiej sytuacji uzasadnione jest skorzystanie z przedmiotowego przepisu.

Izba wobec powyższego uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, oraz art. 26 ust. 4 ustawy i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z zastosowaniem przepisu art. 26 ust. 4 ustawy w odniesieniu do oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....