

WYROK
z dnia 15 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę E. S.A. we W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Ekonomiczny w K.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. sp. z o.o. w K., A. S. Sp. z o.o. w S. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża E. S.A. we W. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez E. S.A. we W. tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od E. S.A. we W. na rzecz Uniwersytetu Ekonomicznego w K. kwotę 4 042 zł 80 gr (słownie: cztery tysiące czterdzieści dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Ekonomiczny w K. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest kompleksowa przebudowa serwerowni głównej U. w P. A. Etap III-końcowy. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 marca 2017 r. pod pozycją 50403. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca E.S.A. we W. wniósł odwołanie 28 kwietnia 2017 r. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z postępowania z powodu złożenia przez odwołującego oferty niespełniającej wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: SIWZ), podczas gdy oferta spełniała wymagania specyfikacji;

z ostrożności procesowej:

3. art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 PZP przez możliwość nie wybrania najkorzystniejszej oferty;
4. art. 87 ust. 1 Pzp przez niezastosowanie określonego tym przepisem trybu postępowania wyjaśniającego w zakresie faktycznego ustalenia sposobu zabudowania panela kasetami zawierającymi określoną liczbę portów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert tj. wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w konsekwencji dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego. Odwołujący wniósł również o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że zamawiający wskazał w SIWZ w punkcie 3.11, iż w przypadku podania w którymkolwiek z dokumentów zamawiającego nazw producentów lub nazw materiałów konkretnego producenta, wykonawca może zastosować ww. materiały lub materiały równoważne. Przez materiały równoważne zamawiający rozumie materiały posiadające równoważne lub wyższe parametry techniczne i jakościowe jak materiały wskazane przez zamawiającego.

Odwołujący oświadczył, że zaoferowane przez niego urządzenie jest równoważne, a nawet posiada wyższe parametry techniczne i jakościowe od zaproponowanych w specyfikacji. Wywiódł, że równoważność kasety Quick Fit 8xRJ45 2xMRJ21 XG wyspecyfikowanej w SIWZ oraz przedstawionej przez odwołującego w ofercie kasety LEONI MegaLine Delink dla 6 modułów MC45 w formacie ELine 3,5WU dla 6 pojedynczych kabli nie powinna budzić wątpliwości, o ile odwołujący udzieliłby zamawiającemu wyjaśnień. Zarzucił, że z powodu nieprzeprowadzenia postępowania wyjaśniającego zamawiający dopuścił się naruszeń przepisów ustawy.

Za opinią producenta I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. odwołujący wyjaśnił, że „zarówno w rozwiązaniu Quick Fit jak i DC Link panel 19” 1U jest podzielony na 4 sekcje. W każdą z sekcji panela Quick Fit wchodzi jedna kasetka wypełniając całą jego wysokość. W zaprojektowanej kasecie doprowadza się 2 kable szkieletowe MRJ21 i wychodzi na 8 portów RJ45, co daje maksymalnie 80 GbE transferu z jednej sekcji panela. W rozwiązaniu L. na każdą sekcję panela wchodzi 2 kasety po 6 portów RJ45 o wysokości 0,51), każda z doprowadzonym kablem szkieletowym typu TRUNK, wypełniając całą jego wysokość, co w sumie daje 12 portów a więc 120 GbE transferu z jednej sekcji panela przewyższając o 50% wymagania stawiane przez Zamawiającego.” Odwołujący wskazał również, że w wykazie urządzeń/materiałów sporządzonym wg załącznika nr 13 do SIWZ w wierszu nr 10 przedstawiono typ urządzenia równoważnego LEONI MegaLine Delink dla 6 modułów MC45 w formacie ELine 3,5WU, które odwołujący miał zamiar zastosować celem zapewnienia wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności.

Odwołujący zarzucił ponadto, że urządzenie wskazane przez zamawiającego, jakim jest złącze MRJ21™ (oraz jego nazwa) jest zarejestrowanym znakiem towarowym firmy C. właściciela marki TE C. Wywiódł, że złącze MRJ21™ jest nazwą własną produktu, a nie jest to ogólny typ złącza, co powoduje, iż zastosowanie właśnie tego konkretnego złącza opisanego w specyfikacji utrudnia uczciwą konkurencję i ogranicza krąg potencjalnych wykonawców.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. sp. z o.o. w K., A. S. Sp. z o.o. w S. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o odrzucenie albo o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Nie podzielono poglądu zamawiającego i przystępującego, że odwołanie jest skierowane wobec treści SIWZ i jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba nie miała wątpliwości, że odwołanie zostało wniesione

w związku z czynnością odrzucenia oferty odwołującego, a termin, liczony od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o tej czynności, został zachowany. Ocena czynności zamawiającego, który uznał ofertę odwołującego za niezgodną z opisanymi przez siebie wymaganiami i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga wykładni treści SIWZ. Odwołujący wniósł odwołanie nie wobec postanowień SIWZ, ale wobec skutków wykładni postanowień SIWZ dokonanej przez zamawiającego wobec oferty odwołującego.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne, czyli treść wymagań zamawiającego oraz treści oferty odwołującego nie są sporne, zostały trafnie powołane w odwołaniu i ich ponowne przytaczanie jest zbędne.

Art. 30 ust. 5 Pzp stanowi, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zgodnie z powołanym przepisem odwołujący powinien zatem wykazać zamawiającemu, że oferowane przez niego rozwiązanie równoważne kasety LEONI MegaLine Delink (6 portów) odpowiada wymaganiom zamawiającego. Odwołujący powinien tego dokonać już w złożonej ofercie, w której lub w dokumentach złożonych wraz z ofertą powinien wyraźnie wykazać, że wymagania zamawiającego będą spełnione przy zastosowaniu dwóch kaset.

Art. 87 ust.1 Pzp, którego zastosowania odwołujący się domaga, ma na celu wyjaśnienie treści oferty nie zaś do uzupełnienia oferty o treści, których ta nie zawiera. Przywołany przepis w zdaniu drugim zakazuje bowiem negocjacji dotyczącej złożonej oferty oraz - za wyjątkiem sytuacji dopuszczonych ustawą, które nie są przedmiotem sporu - dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Zdaniem Izby zamawiający nie miał podstaw do wyjaśniania treści oferty odwołującego, gdyż wynikało z niej, że wymagania zamawiającego nie są spełnione. Treść odwołania, oświadczenie I. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. oraz stanowisko zaprezentowane na rozprawie przez odwołującego spójnie wskazują, że do spełnienia wymagania zamawiającego wymagane jest zastosowanie dwóch kaset na jeden panel. Tymczasem z oferty odwołującego nie sposób wywieść, że odwołujący takie właśnie rozwiązanie zaoferował i wycenił w ofercie. Przeciwnie, treść załącznika Nr 13 do SIWZ wykaz materiałów i urządzeń złożony wraz z ofertą przez odwołującego wskazuje, że odwołujący ujął w nim pojedynczą kasetę. Wobec jasnego

brzmienia oferty odwołującego zamawiający trafnie uznał, że wymagania SIWZ nie zostały spełnione, zatem nie żądając wyjaśnień od odwołującego i odrzucając jego ofertę nie naruszył art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nietrafnie odwołujący powołuje, że wykazanie przez niego równoważności oferowanego rozwiązania było niemożliwe w świetle odpowiedzi na pytanie 63 z 4 kwietnia 2017 r. Pytanie i odpowiedź brzmiały odpowiednio: „Czy załączony do SIWZ kosztorys ofertowy (zał. 7) można dowolnie modyfikować (dodawać, usuwać pozycje)?”, „Zamawiający nie dopuszcza modyfikacji kosztorysu ofertowego”. Po pierwsze: w powołanej odpowiedzi zamawiający sprzeciwił się modyfikacji wyłącznie kosztorysu ofertowego przez dodawanie lub usuwanie pozycji kosztorysu, nie zaś wycenie przez wykonawcę oferowanego przez siebie rozwiązania równoważnego, w sytuacji, gdy zrealizowanie wymagań zamawiającego wymaga zastosowania większej liczby sztuk niż wskazane w kosztorysie ofertowym. Nic zatem nie stało na przeszkodzie adekwatnej wycenie kompletu dwóch kaset LEONI MegaLine Delink (6 portów) oraz zamieszczeniu stosownych informacji w formularzu oferty (załącznik Nr 6 do SIWZ) lub w wykazie materiałów i urządzeń (załącznik nr 13 do SIWZ). Po drugie: nawet jeśli informacja dotycząca zastosowania rozwiązania równoważnego zostałaby zawarta w odrębnym oświadczeniu złożonym wraz z ofertą przez odwołującego, zamawiający nie mógłby jej pominąć przy badaniu zgodności rozwiązania wskazanego przez odwołującego ze swoimi wymaganiami. Finalnie należy przypomnieć, że jeśli odwołujący uważał odpowiedź zamawiającego za ograniczającą mu możliwość wzięcia udziału w postępowaniu lub szansę na uzyskanie zamówienia, mógł i powinien był, w terminie przewidzianym ustawą, wnieść odwołanie wobec treści udzielonej odpowiedzi. Podobnie powinien postąpić, jeśli uważał treść SIWZ za naruszającą zasady uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia oraz koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie w łącznej kwocie 4.042, 80 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: