

Sygn. akt: KIO 2359/11

**WYROK
z dnia 14 listopada 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2011 r. przez wykonawcę Zakład Ogólnobudowlany "Prima" Zenek Bednarek, ul. Słowików 7, 75-819 Koszalin

w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Koszalińską, ul. Śniadeckich 2, 75-453 Koszalin

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ogólnobudowlany "Prima" Zenek Bednarek, ul. Słowików 7, 75-819 Koszalin i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład Ogólnobudowlany "Prima" Zenek Bednarek tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany "Prima" Zenek Bednarek na rzecz Politechniki Koszalińskiej w Koszalinie kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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 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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Politechnika Koszalińska w Koszalinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na remont kapitalny Domu Studenta Nr 4 (PKOB ex 1130) przy ul. Rejtana 5-7 w Koszalinie - II etap od osi A do osi K.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2011r. przez wykonawcę Zakład Ogólnobudowlany „Prima” Zenek Bednarek z siedzibą w Koszalinie zakwestionowano czynność odrzucenia oferty odwołującego i wybór innej oferty tj. naruszenie 82 ust. 3, gdyż treść oferty odpowiada treści siwz, niewłaściwą podstawę prawną odrzucenia tj. uchylony art. 89 ust. 2 ustawy, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nie podanie informacji, na podstawie której wykonawca pozyskałby wiedzę o podstawach odrzucenia oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty, z jakimi postanowieniami siwz jest niezgodny.

Odwołujący stwierdził, że nie można przyjąć za właściwe podanie informacji o przyczynach odrzucenia oferty, że „w załączniku nr 1 urządzenie nie spełnia parametrów przedstawionych przez Zamawiającego w SIWZ.” Zdaniem Odwołującego urządzenie spełnia wszelkie warunki określone w specyfikacji i załączył o odwołania informację dostawcy o spełnieniu warunków zgodnie z siwz.

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty, nakazanie powtórzenia czynności w odniesieniu do odwołującego.

Zamawiający wniósł oddalenie odwołania stwierdzając, że oferowane urządzenie nie spełnia szeregu wymaganych parametrów wymienionych w siwz. Przedstawił na rozprawie opis wymogów, których nie spełnia przełącznik sieciowy Netgear FS752TS firmy Netgear, sporządzony na podstawie informacji pozyskanych ze strony internetowej producenta i otrzymanych w piśmie dystrybutora, do którego zwrócił się z zapytaniem na tę okoliczność.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez odwołującego i po wysłuchaniu stanowisk stron zważył, co następuje.

W postępowaniu złożono 10 ofert, z czego 8 odrzucono.

Oferta odwołującego oznaczona numerem 9, jak wynika z treści pisma z dnia 25.10. 2011 r. skierowanego do wykonawców, została odrzucona z uwagi na jej treść nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazano podstawę prawną odrzucenia oferty tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oraz w części wstępnej zawiadomienia przywołano uchylony przepis 89 ust. 2 ustawy.

W odniesieniu do tej oferty zamawiający stwierdził; „Uwagi do załączników: w załączniku nr 1 urządzenie nie spełnia parametrów przedstawionych przez Zamawiającego w SIWZ.”

Izba podziela stanowisko odwołującego, że zacytowane stwierdzenie odnoszące się do okoliczności faktycznych mający uzasadniać odrzucenie oferty, może budzić uzasadnione wątpliwości, jakich konkretnych wymogów oferowane urządzenie nie spełnia i w konsekwencji utrudnić skuteczne zakwestionowanie tego stanowisko.

W ocenie składu orzekającego opisana czynność zamawiającego została dokonana z naruszeniem wymogu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp (stanowiącego odpowiednik nieobowiązującego przepisu art. 89 ust. 2 ustawy powołanego przez zamawiającego) poprzez lakoniczny opis podstaw faktycznych odrzucenia oferty odwołującego. Uchybienie powyższe nie miało jednak istotnego wpływu na wynik postępowania, czego konsekwencją, w świetle niżej przedstawionych argumentów, jest oddalenie odwołania, biorąc pod uwagę przepis art. 192 ust. 2 ustawy pzp.

W pierwszym rzędzie należy zauważyć, że odwołujący wobec treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty miał wiedzę, że przyczyną odrzucenia oferty są parametry zaoferowanego urządzenia przełącznika, mimo nie wskazania przez zamawiającego, czy wszystkie spośród wymaganych, czy też niektóre. W tym zakresie odwołujący miał możliwość przeprowadzenia dowodu na zgodność z wymogami siwz i mając tą świadomość rzeczywiście na tę właśnie okoliczność przedstawił dowód z pisma załączony do odwołania.

Dokonując oceny stanowisk stron i wskazanych dowodów dla stwierdzenia faktów, z których strony wywodzą skutki prawne Izba zaliczyła w poczet dowodów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia, dokumenty przedłożone przez strony w postaci załączonego do odwołania pisma z dnia 18.08.2011 r. skierowanego do odwołującego przez firmę Mariusz Gąsiorowski Certyfikowane Sieci Komputerowe z siedzibą w Koszalinie oraz pisma złożonego do akt sprawy na rozprawie przez zamawiającego z firmy FCNET w Opolu z dnia 8.11.2011 r.

Izba nie dopuściła dowodu ze złożonego przez zamawiającego na rozprawie wydruku z instrukcji użytkownika i instrukcji instalacyjnej urządzenia z uwagi na fakt sporządzenia go w języku angielskim i braku przedstawienia jego tłumaczenia na język polski, zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2009 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

Obydwa dokumenty zawierają ocenę modelu przełącznika sieciowego Netgear Prosafe FS752TS, który został zaoferowany przez odwołującego.

W pierwszym dokumencie stwierdza się na wstępie, że przedstawiony model jest w pełni zgodny z przedstawioną specyfikacją, a następnie zawarto stwierdzenie, że w urządzeniu nie ma portu szeregowego z uwagą, iż jest to starsze rozwiązanie niewystępujące w nowych urządzeniach oraz sformułowanie, że reszta wymaganych parametrów jest „w zasadzie spełniona”. Ponadto wskazano na inne produkty spełniające wymagania.

W drugim przedstawiono informację, że oferowane urządzenie nie zawiera funkcjonalności (opisanych w siwz) w zakresie obsługi RF3176sFlow, obsługi Jumbo Frames (9216b), obsługi BPDU Protection/Filter, obsługi DHCP Snooping, obsługi ARP Protection, obsługi minimum 256 VLAN, obsługi przełączania i routingu statycznego (L2+), zarządzania przez SSH, telnet i pozapasmowego (port szeregowy RS-232), mechanizmu IEEE802.1qGVRP i Multiple Spanning Trees (802.1s). Biorąc pod uwagę wymagane funkcjonalności podmiot oceniający zasugerował wykorzystanie przełączników z innych serii producenta.

W świetle przedstawionych informacji Izba uznała za dowiedzione, że oferowane urządzenie nie zapewnia wszystkich wymaganych funkcjonalności opisanych i sprecyzowanych w załączniku nr 1 „switch – przełącznik sieciowy. Należy w tym miejscu zauważyć, że pierwszy ze wskazanych podmiotów mimo wstępnej deklaracji o zgodności urządzenia z opisem siwz przyznał, niezależnie od oceny wartościującej przedmiotowy parametr, wprost brak portu szeregowego jednoznacznie wymaganego wg opisu specyfikacji. Nie bez znaczenia jest przy tym użycie sformułowania, że reszta wymaganych parametrów jest „w zasadzie spełniona”, które to sformułowanie, jak wskazuje doświadczenie życiowe, oznacza zgodność nie wprost, lecz zgodność z istotą przedmiotu, co powinno być rozumiane jako odniesienie się do zasadniczych wymogów, lecz nie wszystkich. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby informacje przedstawione w obydwu dokumentach nie pozostają ze sobą w sprzeczności i potwierdzają tezę o braku wymaganych, stosownie do postanowień siwz, funkcjonalności zaoferowanego urządzenia co najmniej w zakresie wyżej wskazanym.

W takim stanie rzeczy, Izba uznała, że niezależnie od wskazanego naruszenia przez zamawiającego procedury prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na braku wyczerpującego przedstawienia faktycznego uzasadnienia podstaw odrzucenia oferty, uchybienie to nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty odwołującego.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem postanowień § 3 i § 5 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: