

Sygn. akt: KIO 193/13

WYROK
z dnia 12 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostka Wojskowa Nr 2305 w Warszawie**

przy udziale wykonawców **KenBIT Koenig i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie 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

W dniu 28 stycznia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., zwana dalej „ustawą Pzp”) odwołanie złożył wykonawca TTcomm S.A. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę stacji satelitarnej specjalnej VSAT na platformie mobilnej, nr postępowania 38/2012w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający Jednostka Wojskowa nr 2305 w Warszawie.

Odwołanie wniesiono na czynność zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez „KenBit Koenig i Wspólnicy” Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie (dalej „KenBit”), czynność wyboru oferty KenBit jako najkorzystniejszej.

Powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzuca naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty KenBit w postępowaniu, pomimo iż treść oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty KenBit, jako najkorzystniejszej, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert, nakazanie dokonania czynności w postaci odrzucenia oferty KenBit ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionym podczas rozprawy.

Odwołujący o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty KenBit jako najkorzystniejszej uzyskał informację w dniu 18 stycznia 2013 roku z pisma przesłanego przez Zamawiającego (faxem). Odwołanie wniesiono w dniu 28 stycznia 2013 roku, w tym też dniu Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania (faxem), co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 180 ust. 4 oraz art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w kwocie 15.000 zł, na dowód czego przedłożono potwierdzenie dokonania tej opłaty.

Na skutek dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego na dostawę stacji satelitarnej specjalnej VSAT na platformie mobilnej doznał uszczerbku. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę, która, w przypadku zgodnego z przepisami ustawy odrzucenia oferty KenBit, zostałaby z pewnością uznana za ofertę najkorzystniejszą (w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty), a Odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący ustalił cenę własnej oferty na poziomie umożliwiającym mu osiągnięcie zysków

z realizacji tego zamówienia, tymczasem Zamawiający swoim działaniem pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania tego zamówienia, co dowodzi naruszenia interesu Odwołującego oraz narażenia go na szkodę majątkową.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty KenBit z SIWZ Odwołujący podniósł, że Zamawiający w Części III SIWZ „opis przedmiotu zamówienia” (część ta jest niejawna, objęta klauzulą „zastrzeżone”) wskazał m.in., że stacja specjalna na platformie mobilnej składać się ma z samochodu o szczegółowo opisanej specyfikacji. Wśród wymogów wskazanych przez Zamawiającego znalazło się oczekiwanie, że sprzęt i urządzenia będą fabrycznie nowe, a samochód będzie posiadał fabrycznie zamontowane: 1) napęd na wszystkie koła (4x4), 2) przystawkę odbioru mocy (wyprowadzenia mocy na zewnątrz pojazdu oraz 3) czujniki parkowania.

Jak wynika z analizy SIWZ Zamawiający zastrzegł, że elementy te mają być fabrycznie zamontowane w pojeździe (a nie oddzielnie, np. przez dealera), tak aby była możliwość jego serwisowania w każdym punkcie serwisowym producenta na świecie oraz żeby była pewność, że elementy te nie zostaną zastąpione innymi, niezgodnymi z urządzeniami używanymi przez Zamawiającego.

Odwołujący dokonał przeglądu oferty złożonej przez KenBit i stwierdził, że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ.

KenBit zbudował swoją ofertę w oparciu o samochód marki Mercedes-Benz Sprinter, który (jak należy przypuszczać) w ocenie tego wykonawcy spełnia wszystkie wymagania wskazane w SIWZ przez Zamawiającego. Wydaje się także, że Zamawiający uznał, iż przedłożona przez KenBit oferta zgodna jest z SIWZ (skoro tej oferty nie odrzucił).

Tymczasem z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, iż Mercedes-Benz nie produkuje samochodów, które spełniałyby powyżej opisane wymagania, tj. nie ma możliwości zakupienia takiego modelu samochodu marki Mercedes-Benz, który jednocześnie zawierałby fabrycznie zamontowany napęd na wszystkie koła (4x4) oraz przystawkę odbioru mocy. Ponadto samochód Mercedes-Benz Sprinter nie jest wyposażony w fabrycznie zamontowane czujniki parkowania. Na dowód powyższego Odwołujący wnosil o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka oraz przedłożył pismo z Mercedes-Benz Polska Sp. z o.o..

Z powyżej wskazanych okoliczności jednoznacznie wynika, że oferta złożona przez KenBit nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

Podnieść należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Powyższa regulacja ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie tej przesłanki musi skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący wykazał, że oferta KenBit jest niezgodna z treścią SIWZ, w konsekwencji powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 31 stycznia 2013 roku, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca KenBIT Koenig i wspólnicy Sp. J. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca zaznaczył, że zarzuty Odwołującego, wobec jego oferty uznać należy za bezzasadne i wnosi on o oddalenie odwołania.

Wskazał, że oferta KenBIT została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu uzyskanie zamówienia, a tym samym KenBIT może ponieść szkodę. Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty KenBIT.

Kopia odwołania została doręczona KenBIT w dniu 29 stycznia 2013 roku, zatem dochowany został 3-dniowy termin wskazany w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Kopia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego została doręczona Zamawiającemu oraz Odwołującemu w dniu 31 stycznia 2013 r., zaś dowód przekazania kopii stanowił załącznik do zgłoszenia.

W uzasadnieniu merytorycznym wykonawca zaznaczył, że oferta KenBIT jest zgodna z wymogami SIWZ, także w części dotyczącej właściwości samochodu Mercedes-Benz Sprinter, opisanych w ofercie KenBIT (odpowiadających Cześć III Opis Przedmiotu Zamówienia, Punkt I Opis pojazdu SIWZ:

- pkt 3, ppkt 7 lit „b”
- pkt 3, ppkt 11 lit. j
- pkt 3, ppkt 12 lit, „b”

a których to właściwości zostały potwierdzone przez producenta (oświadczenie Mercedes-Benz Warszawa Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Grupy Daimler Autoryzowany Dealer Mercedes-Benz z dnia 30.01.2013 r.).

W szczególności, zarzuty Odwołującego nie znajdują oparcia w wymogach (treści) SIWZ w zakresie w jakim dotyczą *przystawki odbioru mocy*, jak też nie znajdują w tym zakresie oparcia w odniesieniu do treści oferty KenBIT. Powołane przez Odwołującego pismo Mercedes-Benz Polska Sp. z o.o. dotyczące powyższego zakresu jest bez znaczenia w świetle powołanych wyżej wymogów SIWZ i nie zasługuje na uwzględnienie.

Również nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego jakoby model samochodu Mercedes-Benz Sprinter nie mógł być wyposażony w fabrycznie zamontowany system czujników parkowania. Model ten bowiem może być, zgodnie z oświadczeniem producenta Mercedes-Benz Warszawa Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Grupy Daimler Autoryzowany Dealer Mercedes - Benz z dnia 30.01.2013 r. wyposażony w fabrycznie zamontowany system czujników parkowania, jak też w napęd 4x4.

Biorąc powyższe pod uwagę decyzję Zamawiającego o wyborze firmy jako

wykonawcy zamówienia na dostawę stacji satelitarnej specjalnej VSAT na platformie mobilnej uznać należy za zasadną zarówno pod względem merytorycznym jak i finansowym, co leży ostatecznie w interesie Zamawiającego. Wszystkie natomiast zarzuty i twierdzenia powołane w odwołaniu przez Odwołującego są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

W dniu 1 lutego 2013 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Zamawiający nie uwzględnił zarzutów firmy TTcomm S.A. i wnosił o nie uwzględnienie w całości zarzutów przywołanych przez odwołującego oraz o oddalenie odwołania i zgłoszonych w odwołaniu wniosków.

Podniósł, że analizując odwołanie należy stwierdzić, że firma ta poprzez przywołanie ogólnych zarzutów nie przedstawiła merytorycznego uzasadnienia rzekomego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Zasadniczą kwestią jest jednak - jak się wydaje - błędne rozumienie przywołanego art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują bowiem wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia zgodnie z w/w zapisami z uwagi na fakt i wartość oferty firmy „TTcomm S.A.” (2 455 000,00 PLN brutto) przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć (2 227 690,00 PLN brutto) na sfinansowanie zamówienia. Informację powyższą odczytano uczestnikom otwarcia ofert, czyniąc zadość warunkom wskazanym w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Jest to okoliczność nie kwestionowana przez Odwołującego się, uczestniczącego w czynności, a także przeglądającego dwukrotnie przed złożeniem odwołania akta postępowania i sporządzającego podczas tej czynności fotokopie dokumentów. Jako okoliczność bezsporna, nie wymaga ona dowodzenia, tym niemniej Zamawiający posiada stosowną dokumentację umożliwiającą wykazanie powyższego.

Wnoszący odwołanie mija się zatem z prawdą powołując się na „Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania” opisany jako „uzyskanie zamówienia”. Odwołujący wskazuje dalej, iż uniemożliwienie mu wygrania przetargu w wyniku czynności Zamawiającego spowodowało pozbawienie spodziewanego zysku i tym samym „narażenie na szkodę majątkową”. Abstrahując od specyficznie rozumianej w tym przypadku szkody, gdyż zawsze, każdy wybór czyjejś oferty oznacza utratę potencjalnych zysków pozostałych oferentów, stwierdzić trzeba, iż w przedmiotowym przypadku niemożliwym byłoby przyjęcie oferty Odwołującego nawet w przypadku odrzucenia pozostałych ofert ze względu na cenę, zaproponowaną przez Odwołującego, przekraczającą możliwości finansowe Zamawiającego. W żadnym razie Zamawiający nie miałby możliwości wyboru oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący nie ma tak rozumianego interesu w składaniu odwołania.

Odnosząc się do konkretnych zarzutów wskazanych w odwołaniu stwierdzono, co następuje:

Skarżący w części III uzasadnienia jako rzekome działanie Zamawiającego niezgodne z ustawą podaje „Niezgodność oferty KenBit z SIWZ”. Na potrzeby powyższej tezy, twierdzi jakoby Zamawiający wymagał w SIWZ „przystawki odbioru mocy”. Zamawiający nie wyspecyfikował takiego wymogu w SIWZ. Skarżący opiera zatem swoje zarzuty na zapisach, których nie ma.

Podstawą odrzucenia oferty firmy KenBit zdaniem Odwołującego jest brak możliwości zamontowania „przystawki odbioru mocy” wraz z „napędem na wszystkie koła”. Zważając na fakt, iż Zamawiający nie wymagał w SIWZ przystawki odbioru mocy argument ten jest bezzasadny. Działaniem wbrew ustawie i ponadto nielogicznym byłoby eliminowanie oferty z powodu nie spełniania warunków nie nakładanych na wykonawców.

Wymóg podnoszony przez firmę TTcomm S.A. nie występuje w SIWZ i w żaden sposób nie da się go „wydedukować” ze specyfikacji i jakichkolwiek warunków samego zamówienia. Niejako potwierdzeniem powyższego jest załączone do odwołania pismo z dnia 23.01.2013 roku z Mercedes - Benz Polska Sp. z o. o. Skarżący udowadnia rzetelność działania Zamawiającego i prawidłowość warunków wskazanych w SIWZ. Istotnie - tak jak uczynił to Zamawiający - nie należało oczekiwać „napędu na wszystkie koła z biegiem zwalniającym” łącznie z „przystawką odbioru mocy”. Skarżący wykazał tym samym irracjonalność własnego odwołania. Skarżący uznał za zasadne powołać świadka w sprawie. Wymieniony miałby zeznawać w kwestii nie mającej znaczenia dla sprawy. Jednak ewentualne uwzględnienie wniosku dowodowego miało by zdaniem Zamawiającego o tyle sens, iż świadek ten jako mający realizować wspólnie ze skarżącym czynności objęte zamówieniem potwierdzić może, że skarżący złożył co prawda znacznie droższą ofertę ale realizować miał ją na bazie takiego samego pojazdu co firma KenBit.

W odwołaniu kwestionowana jest także możliwość fabrycznego zamontowania czujników parkowania (część III SIWZ, ust. I, pkt 3, ppkt 11 lit „J” części o klauzuli „zastrzeżone”). Podobnie jak powyższe, także i ten zarzut jest fikcyjny, gdyż producent, to jest Mercedes - Benz pisemnie potwierdza możliwość fabrycznego montażu czujnika parkowania, czego dowodem jest pismo firmy Mercedes - Benz Sp. z o.o. z dnia 30.01.2013 r. w załączeniu do akt postępowania (arkusz 421).

Zauważyć przy tym wypada, że kierując się logiką zaprezentowaną przez skarżącego trzeba by uznać, że także sam skarżący nie mógłby spełnić tego wymogu. Jest jednak inaczej. Mianowicie firma TTcomm S.A. złożyła podobnie jak firma KenBit ofertę na platformie samochodu Mercedesa Sprintera. Zarzut ten nie jest najwyraźniej traktowany

z należytą powagą przez samego skarżącego.

Zaznaczyć trzeba, że uczestnik postępowania przetargowego, który został wybrany przez Zamawiającego, firma KenBit zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując na argumenty przemawiające za oddaleniem odwołania. Częściowo pokrywają się one i potwierdzają zasadność stanowiska Zamawiającego prezentowanego w niniejszym piśmie. Nadmienić trzeba, że oferty obu konkurentów zostały w pełni ujawnione, także jeśli chodzi o podstawowy parametr, to jest cenę. O ile stanowisko skarżącego uznać za racjonalne, jego interes polegać może w kontekście jedynie na próbie doprowadzenia do unieważnienia przetargu.

Z opisanych względów Zamawiający wnosił, że zarzuty Odwołującego uznać należy za nietrafne, bezzasadne i nie zasługujące na uwzględnienie.

Na rozprawie strony oraz uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie. W toku rozprawy Odwołujący wycofał zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Przystępującego w treści SIWZ w zakresie parametru opisanego w pkt 3, ppkt 11 lit. j.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego byłaby wtedy ofertą z najniższą ceną. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert i ewentualne stwierdzenie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba nie uwzględniła argumentacji podnoszonej przez Zamawiającego, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia z uwagi na fakt,

że wartość oferty firmy TTcomm S.A. (2 455 000,00 PLN brutto) przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć (2 227 690,00 PLN brutto) na sfinansowanie zamówienia. Fakt złożenia oferty cenowej przekraczającej budżet Zamawiającego nie pozbawia wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. W wyniku uwzględnienia przez KIO odwołania Zamawiający musiałby podczas ponownego procesu badania i oceny ofert dokonać analizy stanu prawno-faktycznego w postępowaniu i zdecydować, czy możliwe jest zwiększenie kwoty do wartości oferty Odwołującego, czy też zachodzi konieczność unieważnienia postępowania. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowania odwoławczego wyrokowanie o tej kwestii jest przedwczesne.

W zakresie ustaleń faktycznych Izby, dostrzeżenia wymagała okoliczność, iż zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Innymi słowy, odwołanie powinno konkretyzować zarzuty, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny ich zasadności. W szczególności, zawierając zarzuty niezgodności konkurencyjnej oferty z SIWZ, powinno wskazywać te postanowienia, którym, w ocenie Odwołującego, oferta nie odpowiada.

Na gruncie analizowanej sprawy, ogólny sposób prezentacji zarzutów wskazujących na zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ, w tym niewskazanie treści jej postanowień, szczegółowych wymagań, którym ma nie odpowiadać treści oferty, uzasadniony jest osadzeniem ich w treści niejawnej części SIWZ (objętej klauzulami ochrony informacji niejawnych w rozumieniu ustawy z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

Z uwagi na nadanie części SIWZ przez Zamawiającego klauzuli „zastrzeżone” oraz osadzenie części zarzutów w odwołaniu w treści tej dokumentacji, postępowanie odwoławcze musiało być prowadzone z uwzględnieniem rygoryzmów z tego wynikających. Powyższe determinowało ogólniejszy, bardziej uniwersalny sposób prezentacji zarzutów a także odniesienia ich do treści dokumentacji, bezpośrednio odsyłający do ich jednostek redakcyjnych, umiejscowienia w dokumentacji, bez szczegółowego przytaczania treści. Powyższe względy determinowały następnie przedstawienie motywów dokonanego rozstrzygnięcia w sposób nie nawiązujący wyraźnie do nazw zastosowanych urządzeń oraz

szczegółowych parametrów tych urządzeń, a poprzestanie na rozstrzygnięciu co do zasady o trafności podniesionych zarzutów oraz ogólnym odesłaniu do szczegółowych elementów stanu faktycznego sprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy oferta Przystępującego winna być w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Stosowanie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie sformułowanych przez Odwołującego niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ podnieść należy, że zarzuty te nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. W ocenie Izby rozwiązanie zaproponowane przez Przystępującego jest zgodne z wymogami SIWZ.

W przypadku wymagań opisanych w pkt 3, ppkt 7 lit „b” oraz w pkt 3, ppkt 12 lit „b” opisu przedmiotu zamówienia uznano, iż wymogi te w ofercie Przystępującego zostały spełnione.

Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ oraz oświadczenia złożone na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego pochodzące od autoryzowanych dealerów produktu, a także treść oferty Przystępującego, wymóg z pkt 3, ppkt 7 lit. b SIWZ prawidłowo został wykazany w ofercie Przystępującego. Jak wynika z oświadczenia z dnia 30 stycznia 2013 roku, cecha produktu opisana w tym punkcie jest funkcją występującą standardowo w wielu modelach produktu pochodzących od producenta, który złożył oświadczenie. Ponadto Odwołujący na potwierdzenie podniesionego zarzutu nie przedstawił jakichkolwiek dowodów przeciwnych. Oświadczenie złożone wraz z odwołaniem również pochodzące od producenta niewiele wnosi w zakresie zarzutu. Przynajmniej przede wszystkim nie złożono wraz z odpowiedzią treści

zapytania skierowanego do producenta. Wnioskując z odpowiedzi bardzo prawdopodobne jest, że treść zapytania nie odnosiła się do zapisów SIWZ, bowiem producent posługuje się opisem konfiguracji nie znajdującym oparcia w opisie przedmiotu zamówienia poczynionym w przedmiotowym postępowaniu. Za nieuprawnione zatem należało uznać wnioskowanie Odwołującego o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

W przypadku niezgodności opisanej wymaganiem **pkt 3, ppkt 12 lit. „b”** opisu przedmiotu zamówienia, przede wszystkim dostrzeżenia wymaga fakt, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, jak słusznie zauważyli Zamawiający i Przystępujący, nie odnosił się do urządzenia / wymagania rozumianego jako przystawka odbioru mocy. W opisie przedmiotu zamówienia umieszczono opis systemu, do gestii wykonawców pozostawiając sposób w jaki osiągną oni niezbędne parametry dla danego wymagania. Sposób osiągnięcia funkcjonalności nie został zatem przez Zamawiającego w jakikolwiek sposób przez SIWZ opisany, czy też narzucony. Natomiast sam Odwołujący na rozprawie podnosił, że możliwe są co najmniej trzy mechanizmy do osiągnięcia danej funkcjonalności. Z oświadczeń producenta złożonych przez Zamawiającego i Przystępującego wynika po pierwsze, że dana funkcjonalność jest możliwa do osiągnięcia w zaoferowanym modelu produktu, po drugie zaś wynika, że jest to wyposażenie dodatkowe, fabrycznie dostępne montowane jako wyposażenie specjalne, a więc o takich cechach, jakich wymagał Zamawiający. Żaden z tych zapisów nie świadczy i nie przemawia za niezgodnością treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Dodatkowo, z oświadczenia z dnia 30 stycznia 2013 roku wynika, że taki sposób montażu urządzenia nie powoduje naruszenia warunków gwarancji producenta produktu. Co warte podkreślenia, Odwołujący argumentując na rozprawie stwierdził, że jego oferta (oparta na tożsamym produkcie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył) spełnia wymogi SIWZ, ponieważ realizując zamówienie „uzyskałby akredytację producenta”. Odwołujący zdaje się nie zauważać prawidłowości, że podobną akredytację mógłby lub już uzyskać Przystępujący. Co ciekawe użycie czasu przyszłego sugeruje, że argumentację o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można byłoby odnieść także do oferty Odwołującego. Odwołujący nie udowodnił zatem tezy, że funkcjonalność wymagana SIWZ w zaoferowanym urządzeniu nie występuje.

Reasumując, w odniesieniu do zaistniałej sytuacji stwierdzić należało, iż Przystępujący złożył ofertę w swej treści odpowiadającą treści SIWZ, ponieważ sposób osiągnięcia funkcjonalności produktu nie został przez Zamawiającego w SIWZ opisany. Natomiast w zakresie opisanym w SIWZ oferta Przystępującego spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Analiza postawionych przez Odwołującego, spornych w tym postępowaniu wymagań

funkcjonalnych, w zestawieniu z wymaganiami Zamawiającego oraz zaproponowanymi w ofercie Przystępującego urządzeniami pozwala stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał niespełniania przez zaoferowane urządzenia wymagań postawionych SIWZ, w tym realizacji oczekiwanych, a opisanych w specyfikacji szczegółowych funkcjonalności.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, w tym także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a więc prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: