

Sygn. akt KIO/UZP 1730 /09

WYROK
z dnia 30 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Luiza Łamejko

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 grudnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **przez Bogdana Pelczara prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EURO – PEL Bogdan Pelczar , 38-420 Korczyna , ul. Spółdzielcza 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Łomża, 18-400 Łomża , Pl. Stary Rynek 14** protestu z dnia **27 października 2009 r.**

przy udziale **TT Soft Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 9A, 35-105 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego się wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Łomża, 18-400 Łomża , Pl. Stary Rynek 14
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Bogdana Pelczara prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EURO – PEL Bogdan Pelczar , 38-420 Korczyna , ul. Spółdzielcza 6;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Miasto Łomża, 18-400 Łomża , Pl. Stary Rynek 14** na rzecz **Bogdana Pelczara prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EURO – PEL Bogdan Pelczar , 38-420 Korczyna , ul. Spółdzielcza 6** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 038, zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bogdana Pelczara prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EURO – PEL Bogdan Pelczar , 38-420 Korczyna , ul. Spółdzielcza 6.**

U z a s a d n i e

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a przedmiotem zamówienia jest "Dostawa i montaż szafek ubraniowych basenowych z płyty HPL wraz z systemem sterowania elektronicznego szafek basenowych na potrzeby obsługi klientów basenu przy Szkole Podstawowej Nr 10 w Łomży". W niniejszym postępowaniu w dniu 27 października 2009 r. został wniesiony przez EURO-PEL Bogdan Pelczar z Korczyna protest, a następnie w piśmie z dnia 17 listopada 2009 r. odwołanie od oddalenia protestu - de facto braku rozpatrzenia protestu. Jak wynika z treści protestu i odwołania, Zamawiający - Miasto Łomża w zawiadomieniu z dnia 27 października 2009 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy n Soft sp. z o.o. z Rzeszowa i jednocześnie powiadomił o odrzuceniu oferty -

EURO-PEL Bogdan Pelczar z Korczyna ze względu na jej niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu odwołania Wykonawca wskazał, iż w dniu 20.10.2009 r Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy EURO-PEL., uzasadniając wybór -najniższą ceną oferty i faktem, iż nie podlegała ona odrzuceniu. Oznacza to, że oferta spełniała wszystkie wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Po dokonaniu powyższej czynności Zamawiający rozpoczął -jak podnosi wykonawca -z odwołującym się wymianę korespondencji, która w najmniejszym stopniu nie przypomina w jego ocenie żadnej procedury przewidzianej w ustawie Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że wszelka korespondencja kierowana do firmy EURO-PEL. a dotycząca wyjaśniania i doprecyzowania treści oferty po jej wyborze jako najkorzystniejszej była bezprawna. W pierwszym piśmie z dnia 21 października 2009 r. Zamawiający wezwał odwołującego się do zajęcia stanowiska w sprawie zarzutów zawartych w piśmie firmy TT Soft sp. z o.o. z Rzeszowa. Powyższe pismo nie było protestem, mimo to Zamawiający bezprawnie zażądał ustosunkowania się do zawartych w nim uwag. Ustawa Pzp przewiduje jedynie jeden przypadek, w którym po rozstrzygnięciu postępowania wzywa się wykonawców do przyłączenia się i zajęcia stanowiska, a mianowicie w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Stanowi o tym art. 181 ust. 4 pkt. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że działanie Zamawiającego pozbawione było podstaw prawnych i odwołujący się mógł zignorować w/w wezwanie. Mimo to odwołujący się udzielił odpowiedzi na zawarte w piśmie uwagi w tym samym dniu, jednakże zamawiający w dniu 22.10.2009 r. ponownie zażądał wyjaśnień dotyczących treści oferty wykonawcy. Takie działanie Zamawiającego ponownie nie było zgodne z ustawą Pzp. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Może to jednak zrobić w toku badania i oceny ofert. Oznacza to, iż niedopuszczalne jest żądanie jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. Widać więc wyraźnie, iż Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego się dokonał tej czynności w sposób sprzeczny z ustawą Prawo zamówień publicznych w kwestii proceduralnej. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do treści oferty po jej wyborze, wskazując na brak możliwości programowania szafek z systemu wykonawcy, nie będzie można sprawdzić zajętości szafek oraz nie będzie można otwierać szafek bezpośrednio z systemu wykonawcy". Kwestionując takie ustalenia Wykonawca wskazał, iż w punkcie VIII SIWZ Zamawiający zapisał:

"oprogramowanie sterowników ma być zlokalizowane w dwóch komputerach wskazanych przez Zamawiającego i ma umożliwić programowanie transponderów typu UNIQUE oraz czytników" i "dostosowanie elektronicznego systemu otwierania szafek do systemu, umożliwiającego programowanie szafek za pomocą PC".

Zdaniem odwołującego się, oznacza to, że Zamawiający określił system jako system elektronicznych zamków oparty na bazie elektrozaczepów lub zamków elektromagnetycznych 24VDC sterowanych za pomocą sterowników i czytników. Sterowniki mają mieć możliwość programowania za pomocą oprogramowania zainstalowanego na dwóch komputerach (wskazanych przez Zamawiającego). W zapisach punktu VIII SIWZ nie ma ani słowa o użyciu w celu programowania sterowników autorskiego programu rozliczeniowego produkcji TT-SOFT. Oprogramowanie dostarczone umożliwia programowanie oraz otwarcie szafki z poziomu Elektronicznego Systemu Obsługi Klienta, w którego skład wchodzi komputery. Elektroniczny System Obsługi Klienta to system składający się z wielu elementów składowych: komputerów, drukarek, czytników zbliżeniowych, czytników kodu kreskowego, bramek kołowrotkowych, transponderów oraz oprogramowania służącego do sprzedaży usług na obiekcie.

Odnosząc się do funkcji kontroli zajętości szafek - SIWZ nie zakładała realizacji takiej funkcji poprzez system sterowania elektronicznego szafek. Jedną z podstawowych funkcji programów służących do zarządzania ruchem osobowym na obiekcie jest podgląd ilości osób przebywających w strefach płatnych co jest jednoznaczne z ilością wydanych pasków z wbudowanym transponderem, a co za tym idzie ilością zajętych szafek.

W związku z powyższym oferta firmy EURO-PEL spełnia wszystkie opisane i wymagane przez Zamawiającego parametry, co oznacza, iż Zamawiający bezprawnie uznał, iż oferta nie spełnia wymagań dokumentacji przetargowej i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dalej Wykonawca wskazał, iż w dniu 27.10.2009 r. Odwołujący się wniósł do Zamawiającego protest. W dniu 29.10.2009r. spółka TT Soft przyłączyła się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego. Zdaniem odwołującego się, wykonawca TT Soft w sposób subiektywny interpretuje zamiary Zamawiającego, określone w SIWZ, np. "Zamawiający posiada już zainstalowane oprogramowanie

ESOK autorstwa TT Soft i nie zakładał użytkownika kolejnego oprogramowania (...1" lub "Zamawiającemu chodziło o pełną integrację wszystkich urządzeń (...)". To oznacza, iż wykonawca dysponował innymi informacjami, niż te, które zostały przekazane potencjalnym wykonawcom w SIWZ. Do dnia 13.11.2009 r. Zamawiający nie odpowiedział na protest, co - zgodnie z treścią art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie. Wskazując na powyższe Wykonawca wniósł o unieważnienie czynności: odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty spółki TT Soft z Rzeszowa i jak zaznaczył po dokonaniu w/w, ofertą korzystniejszą będzie oferta odwołującego się.

Do postępowania protestacyjnego a następnie odwoławczego przystąpiła firma TT Soft spółka z o.o., podnosząc, iż zarzuty odwołującego się są bezzasadne albowiem zamawiający posiada już zainstalowane oprogramowanie ESOK (Elektroniczny System Obsługi Klienta) autorstwa TT Soft i nie zakładał użytkownika kolejnego oprogramowania innej firmy typu ESOK do obsługi szafek na tym samym obiekcie. Jego zdaniem powyższe wynika z pkt VIII siwz, a urządzenia odwołującego nie będą współpracowały z tym oprogramowaniem. Jego zdaniem, aby można było programować szafki konieczne jest zainstalowanie kolejnego programu ESOK autorstwa firmy odwołującej się, albowiem niedopuszczalna jest sytuacja, gdy do obsługi szafek używa się innego oprogramowania a do naliczania opłat za pobyt na krytej pływalni innego. Taka dostawa utrudni funkcjonowanie obiektu. zwięźszy ilość pracy obsługi i będzie powodowało liczne błędy. Dalej wykonawca podnosi, iż zamawiającemu chodziło o pełną integrację wszystkich urządzeń w tym sterowników szafkowych z ESOK TT Soft. Wskazuje również, że w przypadku gdy odwołujący dostarczy niekompatybilne urządzenia wymagane funkcje (sprawdzenie zajętości szafek z poziomu programu oraz ich otwarcie a także programowanie), nie będą dostępne z programu TT Soft. Podaje również, iż nieprawdziwe jest założenie, że ilość wydanych pasków jest informacją określającą zajętość szafek, bo np. w przypadku wejść grupowych gdy jeden pasek otwiera określoną ilość szafek (więcej niż jedną) jest to niepoprawne. W ocenie przystępującego powyższe okoliczności potwierdzają, iż oferta odwołującego się nie spełnia wymagań pkt VIII siwz tj. zaproponowane rozwiązania techniczne nie gwarantują współpracy wszystkich urządzeń ESKO firmy Soft.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu, na podstawie dokumentacji oraz stanowisk stron w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Przede wszystkim skład orzekający Izby nie podzielił poglądu odwołującego się, iż na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz.1655 ze zm.) [ustawa Pzp] możliwe jest dokonanie ponownej oceny oferty uznanej za nie podlegającą odrzuceniu i uznanej za najkorzystniejszą tylko w trybie rozpatrywania protestu wniesionego przez innego uczestnika (wykonawcę) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z treścią art. 89 ust.1 ustawy, w każdym przypadku, gdy zamawiający stwierdzi przesłanki do odrzucenia oferty zobowiązany jest taką ofertę odrzucić. Ustawa, w tym przypadku nie zawiera ograniczenia tylko do okoliczności skutkujących podstawą do odrzucenia oferty, ujawnionych przed wyborem danej oferty jako najkorzystniejszej. Należy przede wszystkim mieć na względzie przepis art. 146 ust.1 w szczególności pkt 5 i 6, w myśl którego umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy, lub w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Zatem zastosowanie, w przedmiotowym postępowaniu, procedury badania oferty na podstawie art. 87 ust.1 Pzp nie narusza przepisów o zamówieniach publicznych.

Rozpatrując zarzut bezpodstawności odrzucenia oferty odwołującego się, skład orzekający Izby miał na względzie, iż zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przedmiotem zamówienia jest dostawa oraz montaż szafek ubraniowych basenowych z płyty HPL wraz z systemem sterowania elektronicznego szafek basenowych na potrzeby Basenu przy SP 10 w Łomży. W opisie przedmiotu zamówienia, zamawiający zawarł wymaganie (pkt 3. VIII i IX specyfikacji), m.in. co do współdziałania elektronicznego systemu z transponderami typu unique zapewnienia współpracy wszystkich urzędów objętych przedmiotem zamówienia z Elektronicznym Systemem Obsługi Klienta firmy TT Soft zainstalowanym na obiekcie. Zaznaczył również, że oprogramowanie sterowników ma być zlokalizowane w dwóch

komputerach wskazanych przez Zamawiającego ma umożliwiać programowanie transponderów typu unique oraz czytników.

W piśmie z dnia 27 października 2009 r. powiadającym o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy TT Soft sp. z o.o. Zamawiający jednocześnie zawarł informację o odrzuceniu oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp, ogólnie wskazując na niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z dokumentacji postępowania w piśmie z dnia 21 października 2009 r. wykonawca TT Soft sp. z o.o. zwrócił uwagę, iż wybierając innego niż n Soft dostawcę sterowania szafek, zamawiający wprowadza na ten sam obiekt kolejny system obsługi klienta - lub jego moduł. To oznacza, iż w przypadku utraty paska koniecznym będzie wprowadzenie danych do dwóch systemów a samo programowanie szafek będzie utrudnione. Dalej wskazano, iż nie będzie możliwości programowania szafek z systemu TT Soft, nie będzie można sprawdzić zajętości szafek oraz nie będzie można otwierać szafek bezpośrednio z tego systemu. Dalej wykonawca wskazał, iż posiada swoje autorskie rozwiązanie "czytnik programowalny stop", które było przedmiotem przetargu, a które nie jest ogólnie dostępne na rynku i nie będzie możliwe zintegrowanie ogólnie dostępnych czytników RFID do odczytu transponderów UNIQUE bez kosztownych przeróbek ze strony n Soft. W przystąpieniu do postępowania odwoławczego wskazał dodatkowo na zagrożenia jeśli odwołujący się wykonawca dostarczy niekompatybilne urządzenia.

Odnosząc się do powyższych kwestii wykonawca -"EURO-PEL" Bogdan Pelczar oświadczając, iż zadanie objęte przetargiem zostanie wykonane zgodnie z umową, podał, iż w celu łatwej konfiguracji czytnika jako "czas STOP" dostarczy w ramach realizacji zadania czytnik TRD-80 FLAT AKA Unique firmy Mikrkontrola, wskazując jednocześnie, iż firma TT-Soft sp. z o.o. bazuje na tego typu czytniku oraz protokole komunikacyjnym. W związku z powyższym E-Basen ma możliwość obsługi czytnika bez dodatkowego nakładu pracy (wystarczy tylko go skonfigurować jako czytnik Czas STOP w aplikacji).

W toku rozprawy, Zamawiający wyjaśnił, że chciałby aby na obiekcie funkcjonował jeden system i takie wymaganie zostało zawarte w pkt. VIII SIWZ w którym Zamawiający wymagał przystosowania i zapewnienia współpracy wszystkich urządzeń z elektronicznym system obsługi klienta TT Soft.

Mając powyższe ustalenia na względzie skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim Izba uznała, iż postanowienia pkt VIII specyfikacji odnoszą się do wymogu (akapit ostatni str 3) przystosowania i zapewnienia współpracy wszystkich urządzeń z E5KO firmy TT Soft zainstalowanych na obiekcie, a nie do funkcjonowania na obiekcie tylko jednego systemu. Tym samym Zamawiający nie wykazał, że oferta odwołującego się wykonawcy jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, która to okoliczność została wskazana jako podstawa prawna odrzucenia oferty tego wykonawcy (tj. art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp). Izba ustaliła także, iż w toku wyjaśnień (m.in. pismo z dnia 21 października 2009 r.) odwołujący się wykonawca wskazał na środki konfiguracji urządzeń (czytnika) umożliwiające ich obsługę bez dodatkowego nakładu pracy. Z ustaleń wynika również, iż Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego ze względu na niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia i powołując się na przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, oparł się tylko na twierdzeniach wykonawcy TT Soft sp. z o.o., który nie wnosząc protestu na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wskazał - w jego ocenie - na utrudnienia, jakie będą wynikać z wyboru oferty firmy - EURO-PEL Bogdan Pelczar i ewentualne skutki, jeśli odwołujący dostarczy niekompatybilne urządzenia. Powyższe hipotezy nie poparte żadnymi środkami dowodowymi nie zostały przez Izbę uwzględnione.

Wobec powyższych ustaleń orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....