

Sygn. akt: KIO/UZP 1551/09

**WYROK**  
z dnia 17 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**

**Anna Packo**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej, 00-315 Warszawa, ul. Karowa 2** protestu z dnia 29 września 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Szpital Kliniczny im. Ks. Anny Mazowieckiej, 00-315 Warszawa, ul. Karowa 2**

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 uiszczzonego przez **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Szpital Kliniczny im. Ks. Anny**

**Mazowieckiej, 00-315 Warszawa, ul. Karowa 2** na rzecz **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Netia S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**.

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

I. Szpital Kliniczny im. ks. Anny Mazowieckiej, ul. Karowa 2, 00-315 Warszawa (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na świadczenie usług telekomunikacyjnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 19.06.2009 r. i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa (dalej: Odwołujący) zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 82 ust. 3, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 90 oraz art. 7 Prawa zamówień publicznych przez bezprawne odrzucenie jego oferty, dokonane na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TBM Telekom Sp. z o.o. (którego oferta została uznana za najkorzystniejszą) Zamawiającemu zarzucam naruszenie art. 82 ust. 3, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 90 oraz art. 7 Ustawy. Odwołujący argumentował, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 art. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych było nieprawidłowe, bowiem jego oferta była zgodna z SIWZ, co potwierdził oświadczeniem zawartym w załączniku nr 1a do oferty.

Natomiast oferta TBM powinna zostać, według Odwołującego, odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wyposażenia oferowanych telefonów w porty USB i zasięgu telefonów oraz z powodu rażąco niskiej ceny.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Izba w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutów dotyczących nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego i w tym zakresie ustaliła następujący stan faktyczny:

1. Zamawiający w SIWZ wymagał zaoferowania określonego sprzętu spełniającego skonkretyzowane wymagania (s. 2 i nn. SIWZ). Wykaz sprzętu miał zostać sporządzony według wzoru Zamawiającego – załącznika nr 1a (str. 213 dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy wg jego numeracji), zatytułowanego „Specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu”. Wzór stanowił formularz, który wykonawcy mieli wypełnić, wpisując w czterech kolumnach kolejno: nazwę urządzenia, typ, producenta oraz parametry techniczne. Zamawiający we wzorze nie wyspecyfikował nazw urządzeń (telefon bezprzewodowy, komputer PC itd.), stanowiących elementy przedmiotu zamówienia, które miały być wymienione w kolumnie pierwszej tabeli, pozostawiając wykonawcom składającym oferty pełną dowolność w tym zakresie.
2. Zgodnie z pkt VII SIWZ, oprócz formularza ofertowego należało złożyć formularz cenowy (sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 1) oraz dokument nazwany „Specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu w zakresie przewidzianego do rozbudowy systemu sprzętu potwierdzająca spełnienie wymagań zamówienia przez oferowany sprzęt (zgodnie z Załącznikiem nr 1a do niniejszej SIWZ). Specyfikacja techniczna musi podawać: nazwę urządzenia, producenta, typ urządzeń oraz parametry techniczne oferowanych urządzeń.”
3. Odwołujący załączył do oferty załącznik nr 1a, wypełniając cztery kolumny tabeli: w kolumnie „nazwa urządzenia” wskazywał na rodzaj urządzenia (np. „serwer telekomunikacyjny”, „aparatury telefonicznej stacjonarnej”), w kolumnie „typ urządzenia” wskazał typ urządzeń (z wyjątkiem wiersza drugiego i czwartego, gdzie podano „komputer

PC”), w kolumnie trzeciej określił producenta oferowanego sprzętu, a w kolumnie czwartej parametry techniczne wskazał „zgodne z SIWZ”.

Odwołujący zastrzegł treść załącznika 1a jako tajemnicę przedsiębiorstwa - Izba nie odnosiła się do tej okoliczności, ponieważ nie było to przedmiotem zarzutów i nie miało to znaczenia dla rozstrzygnięcia; Zamawiający okazał na rozprawie oryginał oferty Odwołującego, a do akt sprawy sporządzono kopię formularza ofertowego i załącznika nr 1a, bowiem na jego podstawie Izba orzekła o zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

4. TBM, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wypełnił załącznik nr 1 a w sposób analogiczny do sposobu zaprezentowanego w załączniku 1a w ofercie Odwołującego – z tym, że w kolumnie czwartej bądź podał parametry oferowanego sprzętu, jednak w sposób ogólnikowy (dla urządzenia, którego typ określono „komputer klasy IBM”, TBM wskazał parametry następująco: „procesor AMD, HDD 200GB, 2G RAM, obudowa Mini Tower, Windows XP, monitor 19”, mysz) bądź – dla sześciu urządzeń wskazał „wg załączonego opisu”. W tabeli nie podano stron oferty TBM, na których można odnaleźć opis parametrów, ale do oferty załączono foldery zawierające nazwy i typ urządzeń wskazanych w tabeli. Foldery te nie mają charakteru dokumentu, są informacją handlową i najprawdopodobniej są wydrukami ze stron internetowych producentów czy dystrybutorów.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego skład orzekający stwierdził, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Po pierwsze, w pkt VII SIWZ Zamawiający wskazał, że do oferty należy załączyć „specyfikacje techniczne”, równocześnie z opisu tego dokumentu wynikało, że jest to formularz (tabela) z załącznika 1a. Z SIWZ natomiast nie wynikało żądanie załączenia do oferty jakiegokolwiek innych dokumentów, które miałyby potwierdzać, że oferowane dostawy czy usługi spełniają wymagania Zamawiającego. Z porównania obu ofert – oferty Odwołującego i oferty TBM – wynika, że obie oferty zostały sporządzone w sposób analogiczny. Jediną różnicą jest załączenie do oferty TBM folderów handlowych niektórych z oferowanych urządzeń, przy czym, jak wyżej stwierdzono, z SIWZ nie wynikał obowiązek ich załączenia.

Po drugie, skład orzekający stwierdził, iż z obu ofert – Odwołującego i TBM – wynika ten sam zakres istotnych informacji: w obu ofertach bowiem określono zindywidualizowane typy urządzeń. Jak oświadczył Odwołujący na rozprawie – a Zamawiający tego stanowiska nie podważył – wskazanie nazwy, typu i producenta w załączniku 1a wskazuje na określony rodzaj konkretnego sprzętu (poza komputerami, zresztą określonymi również w podobny,

ogólny sposób w obu ofertach, w sposób odpowiadający lakonicznym wymogom w tym zakresie z SIWZ: „osobny komputer PC do obsługi systemu taryfikacyjnego” – str. 4, pkt 2 SIWZ). W takim kontekście należy uznać, że to właśnie powyższy opis (zawarty w kolumnach pierwszej, drugiej i trzeciej załącznika 1a) wyczerpuje „treść oferty”. Należy zauważyć, że Zamawiający nie wyspecyfikował w formularzu stanowiącym wzór załącznika nr 1a nazw urządzeń, które mają być zaoferowane, pozostawiając wykonawcom swobodę w określeniu oferowanego sprzętu; przedmiotem zamówienia nie była dostawa urządzeń, lecz usługa telekomunikacyjna, która będzie świadczona za pomocą urządzeń wyspecyfikowanych w załączniku nr 1a.

Zamawiający wymagał w tabeli załącznika nr 1a wypełnienia kolumny czwartej „parametry techniczne”, nie precyzując, w jaki sposób należy je opisać, stąd dowolność wykonawców również i w tym zakresie. Skład orzekający stwierdził, że nawet opis parametrów „komputera klasy IBM” w ofercie TBM jest bardzo ogólny (procesor AMD, mysz), zatem – w tym kontekście - nie można twierdzić, że stwierdzenie Odwołującego w załączniku nr 1a, iż parametry są „zgodne z SIWZ” nie stanowi opisu parametrów.

O ile Zamawiający miał wątpliwości co do parametrów urządzeń oferowanych przez Odwołującego, mógł je wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – w wyniku wezwania do złożenia takich wyjaśnień otrzymałby zapewne informacje handlowe analogiczne do folderów, jakie załączył TBM do oferty. Ewentualnie, Zamawiający mógłby uzupełnić te dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ wydaje się, iż dokumenty bądź oświadczenia określające parametry urządzeń, za pomocą których będzie realizowana usługa, mieszczą się w kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy i usługi wymagań określonych przez Zamawiającego). Jednak zasadniczo Zamawiający nie ma prawa żądać dokumentów, których nie wymagał w SIWZ, zatem – o ile w ogóle miałyby żądać uzupełnienia czegokolwiek na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych – powinien poprzestać na oświadczeniu wykonawcy co do parametrów.

W konsekwencji, skład orzekający uznał, że doszło do naruszenia art. 7, art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty TBM skład orzekający ustalił, co następuje:

1. Zamawiający określił w SIWZ następujące żądanie: „aparaty systemowe muszą posiadać port USB” (str. 4 SIWZ, pkt 4 tiret 3). Niesporne było, iż aparaty zaoferowane przez TBM nie posiadają wbudowanego portu USB, lecz mogą być w niego wyposażone przy pomocy odpowiedniego adaptera. Spór zatem sprowadzał się do interpretacji wymogu Zamawiającego, określonego w SIWZ.

W ocenie składu orzekającego, Zamawiający – być może wbrew własnej intencji – wskazał jednoznacznie w SIWZ, iż aparaty muszą mieć wbudowany port USB. Tam, gdzie Zamawiający określał pożądaną przez siebie funkcjonalność urządzenia, jednoznacznie wynikało to z SIWZ (np. pkt 4 na stronie 4, tiret 6) – gdyby w sposób analogiczny chciał opisać funkcjonalność telefonu polegającą na możliwości wyposażenia go w port USB, musiałyby użyć analogicznych sformułowań (telefon „musi mieć możliwość...”).

Strony były zgodne co do tego, że oferowane na rynku aparaty albo mają wbudowany port USB, albo mogą być w niego wyposażone za pomocą adaptera – w takim kontekście rozumienie wymogu w taki sposób, jak sugerował Zamawiający na rozprawie, iż aparaty „mają mieć możliwość wyposażenia w port USB” nie miałyby sensu. Wymogi Zamawiającego zawarte w SIWZ należy odczytywać literalnie i Zamawiający na etapie oceny ofert nie może ich liberalizować wskazując na własne intencje. Odwołujący postąpił zgodnie z wskazówką zawartą w SIWZ, oferując aparat z wbudowanym portem USB, który – czemu Zamawiający na rozprawie nie zaprzeczył – jest droższy, niż aparat, który może być wyposażony w port USB za pomocą adaptera.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty TBM.

2. Co do zarzutu braku pokrycia zasięgiem całego terenu szpitala przez aparaty oferowane przez TBM, skład orzekający nie znalazł podstaw do jego uwzględnienia.

W SIWZ (str. 4 SIWZ, pkt 4, tiret 8) Zamawiający zawarł następujący wymóg „aparaty bezprzewodowe zapewniające pokrycie swoim zasięgiem terenu szpitala”.

Tu skład orzekający uznał, że Zamawiający wyraźnie określił funkcję, jaką powinny posiadać oferowane aparaty. Jeżeli TBM zapewni pokrycie całego terenu szpitala zasięgiem aparatu (posiadającego, zgodnie z jego właściwościami, zasięg do 50m) za pomocą stacji przekaźnikowych, to zaoferowanie takiego aparatu działającego w określonym systemie spełnia wymogi Zamawiającego. Zamawiający powziął wątpliwość w tym zakresie i zwrócił się do TBM z prośbą o wyjaśnienia, w wyniku czego w dn. 11.09.2009 r. otrzymał informację (pismo TBM z dn. 11.09.2009 r. w aktach sprawy, pkt 1), że oferowany przez TBM system telefoniczny działa w taki sposób, że abonent korzystający z telefonu bezprzewodowego będzie miał zapewnioną ciągłą

łączność na terenie szpitala. W konsekwencji Izba uznała, że oferta TBM w tym zakresie jest zgodna z treścią SIWZ.

3. Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu naruszenie art. 90 Prawa zamówień publicznych – wskazywał, że ma wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez TBM, ponieważ oferuje on wykonanie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia przy pomocy centrali abonenckiej działającej w systemie „niezwykle kosztownym”, co powinno być przesłanką do zastosowania trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący wskazywał, że TBM albo nie jest w stanie świadczyć usługi „w zakresie opisanym w ofercie (mniejszy zakres funkcjonalności niż opisana) albo też jego oferta zawiera rażąco niską, nierealistyczną cenę (w przypadku potwierdzenia zamiaru świadczenia usługi w opisanym zakresie)”.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał (nawet nie podjął takiej próby), że w ofercie TBM zaoferowano rażąco niską cenę, ani nie wykazał okoliczności, że zaistniały przesłanki do przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Ze zbiorczego zestawienia ofert (w aktach sprawy, strona 172 według numeracji Zamawiającego), w którym opisano ceny zaproponowane w postępowaniu, nie wynika, aby cena oferty TBM w sposób rażący pod względem opłat abonamentowych i kosztów połączeń odbiegała od pozostałych cen zaoferowanych w postępowaniu. Co prawda TBM zaoferowała opłaty jednostkowe na bardzo niskim poziomie, ale tej okoliczności nie podnosi Odwołujący, który wskazuje jedynie na ogólną niemożność świadczenia – w zaoferowanej cenie - przez TBM usługi w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego za pomocą wskazanej w jego ofercie centrali abonenckiej. W ocenie składu orzekającego cena centrali abonenckiej nie jest jedynym i wyłącznym czynnikiem, który może mieć wpływ na obliczenie ceny oferty. Zauważyć należy, że centrala abonencka nie jest przedmiotem dostawy, nie przejdzie na własność Zamawiającego po zakończeniu świadczenia usługi, a jedynie za jej pomocą usługa będzie świadczona.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i w konsekwencji nie uwzględniła zarzutu w tym zakresie.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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 /~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....