

Sygn. akt KIO 2212/13

WYROK
z dnia 3 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Agata Dizuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2013 r. przez wykonawcę **NEWIND Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, 00 – 513 Warszawa, ul. Nowogrodzka 1/3/5**

przy udziale wykonawcy **IT.expert Sp. z o.o., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **NEWIND Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NEWIND Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125**, 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 2013 r., poz. 907) 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

Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej ul. Nowogrodzka 1/3/5 00-513 Warszawa, zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i wdrożenie systemu monitorowania urządzeń i oprogramowania użytkowanego w serwerowni Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej”, znak sprawy: 30/DI/PN/2013,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - nr Dz. U. 2013/S 135-234099 z dnia 13.07.2013r.

Zamawiający w dniu 05.09.2013 roku poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą została uznana oferta złożona przez IT.expert Sp. z o.o., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176. Od takiego wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawca NEWIND Sp. z o.o., 54 – 413 Wrocław, ul. Klecińska 125, zwany dalej „odwołującym” w dniu 16 września 2013 roku wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy IT.expert Sp. z o.o. i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców i nie zachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny ofert.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
- nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy IT.expert Sp. z o.o.,

Odwołujący w tym zakresie podniósł łącznie 24 zarzuty, przy czym na etapie posiedzenia cofnął zarzuty od nr 2 – 24, pozostawiając do rozpoznania tylko zarzut oznaczony nr 1. W zakresie tego zarzutu odwołujący zarzucił zamawiającemu iż IT.expert Sp. z o.o., że w odpowiedzi na wymagania określone w pozycji 68 Formularza technicznego (FT) stanowiącego Załącznik nr 2 do S1WZ dla urządzeń mobilnych nie spełnił wymagań postawionych w tym zakresie w brzmieniu: „*W ramach systemu monitorowania urządzeń i*

oprogramowania użytkowanych przez Zamawiającego musi zostać dostarczone co najmniej 4 urządzenia mobilne pozwalające na uzyskanie zdalnego dostępu do monitorowanego środowiska o następujących parametrach minimalnych:

- procesor w architekturze x86, przeznaczony do komputerów przenośnych, minimum 2600 punktów w kolumnie PassMark CPU Mark w teście PassMark CPU Performance Test* według wyników testów procesorów opublikowanych na stronie: http://www.cpubenchmark.net/cpu_list.php lub musi uzyskać w minimalnej konfiguracji sprzętowej wynik w teście Bapco Mobile Mark 2007 minimum 336 punktów w kolumnie Mobile Mark 2007 Runtime* na podstawie tabeli opublikowanej pod adresem: <http://www.bapco.com/suport/fdrs/MobileMark2007web.html> (wynik testu musi być opublikowany najpóźniej na dzień złożenia oferty),
- waga nie większa niż 2kg,
- wyświetlacz o wielkości min. 13" - max. 14" matowy z powłoką przeciwoodblaskową, LED,
- pamięć RAM 4GB DDR3,
- dysk twardy 320GB; 7200 rpm,
- napęd DVD+/-RW,
- interfejsy: touchpad, karta sieciowa 10/100/1000 Mb/s, WiFi (802.11 b/g/n), bluetooth, gniazdo mikrofonowe, wyjście słuchawkowe/głośnikowe, ExpressCard/34, 15-stykowe złącze wideo VGA, RJ45, wbudowany lub zewnętrzny czytnik kart pamięci 5 w 1, dwa złącza USB 3.0, jedno złącze combo USB 2.0/eSATA,
- akumulator 6-ogniowy litowo-jonowy,
- klawiatura odporna na zalanie,
- torba, bezprzewodowa mysz optyczna, zasilacz sieciowy, wbudowana kamera o rozdzielczości 2,0 mln pikseli lub HD,
- zainstalowany system operacyjny Microsoft Windows 7 Professional PL 64bit lub system równoważny, który musi w pełni współpracować z usługą MS Active Directory u zamawiającego,

Natomiast wybrany wykonawca przy tak postawionym wymaganiu zaoferował urządzenie Hewlett-Packard ProBook 430 G1, nie wpisując w odpowiedniej rubryce słowa „TAK”, ani nie potwierdzając w żaden inny sposób spełnienia wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Ponadto według odwołującego zaoferowane urządzenie Hewlett-Packard ProBook 430 G1 nie spełnia wymagania w zakresie interfejsu określonego jako „**jedno złącze combo USB 2.0/eSATA**”. Zaoferowane urządzenie nie posiada żadnego złącza combo USB 2.0/ eSATA, a ponadto *nie jest możliwe zastosowanie urządzenia pośredniczącego (typu przejściówka) aby spełnić ten wymóg.*

Odwołujący na potwierdzenie swoich twierdzeń wskazał na dokument ze specyfikacją parametrów technicznych tego urządzenia, zamieszczony na stronie internetowej producenta

z którego wprost wynika, że urządzenie nie jest wyposażone w wymagane przez zamawiającego złącze.

Na uzasadnienie podniesionego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zgodnie z którą zamawiający powinien przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada równego traktowania oznacza, według odwołującego przede wszystkim równe traktowanie wykonawców przy ocenie warunków opisanych w SIWZ. Ponadto na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy 2 Pzp w przypadku każdego wykonawcy, których oferty nie spełniają ustalonych przez zamawiającego w SIWZ kryteriów.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie stwierdzając, że zamawiający dokonując oceny ofert nie może dokonywać ich odrzucenia opierając się na informacjach zaczerpniętych ze stron internetowych. Odnosząc się do wymagań z pkt 68 formularza technicznego wskazał iż zamawiający wymagał aby dostarczone urządzenia mobilne spełniały co najmniej wymienione w tym punkcie wymagania minimalne. Zamawiający w żaden sposób nie narzucał w jaki sposób te funkcjonalności mają być uzyskane. Celem wymagania, aby zostało zainstalowane złącze COMBO, było umożliwienie aby notebook 13" został wyposażony w odpowiednia maksymalna ilość funkcjonalności. Podał, że w żaden sposób nie ograniczał ani nie zakazywał aby niektóre funkcjonalności tego urządzenia mogły być uzyskane poprzez zaoferowanie ewentualnych przejściówek.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca IT.expert Sp. z o.o., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 176 w złożonym piśmie procesowym oraz stanowisku zaprezentowanym podczas rozprawy poparł stanowisko zamawiającego o uznaniu jego oferty za spełniającą wymogi SIWZ i dodał, że w żadnym opisie wymagań stawianych dla notebooków zamawiający w SIWZ nie zakazywał aby określone funkcjonalności nie mogły być uzyskane za pomocą przejściówek. Z punktu widzenia funkcjonalności tego urządzenia nie ma znaczenia czy dana funkcjonalności zostanie uzyskana poprzez złącze stałe czy poprzez przejściówkę dołączaną do tego urządzenia. Stwierdził, iż odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, poprzestając tylko na własnym oświadczeniu, że przedmiotowa przejściówka w którą będą wyposażone oferowane notebooki, nie będzie umożliwiała osiąganie funkcjonalności wskazanej w pkt 68 formularza technicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie

i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania może umożliwić dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany tej sytuacji.

Na wstępie merytorycznej oceny zasadności podniesionego zarzutu wskazać należy, że zamawiający związany jest postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (i wyjaśnień do niej) w takim samym stopniu, jak wykonawcy. Stanowi ona bowiem instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób mają sporządzić poprawną ofertę, przy tym, jeśli wykonawcy postąpią zgodnie z tą instrukcją, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy ani odrzucić jego oferty. Zaś skutkami swojego przeoczenia w tym zakresie zamawiający nie może obarczać wykonawców.

Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, (por wyrok KIO 1105/08). Ciężar wykazania przesłanek odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny ze swoich twierdzeń (art. 190 ust. 1 P.z.p.).

Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom

Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego,

jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.” (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08).

Osią sporu w przedmiotowej sprawie jest kwestia wymogu wskazanego w pkt 68 formularza technicznego, dotyczącego potrzeby wyposażenia urządzenia mobilnego (laptopa) w złącze typu combo USB 2.0/eSATA. Złącze to ma umożliwiać możliwość podłączania zamiennie do tego portu albo urządzenia USB albo – np. dysku zewnętrznego eSATA.

Na wstępie Izba uznaje za niezbędne przypomnienie, że przedmiotem rozstrzygnięcia zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 jest tylko treść zarzutu podniesiona w odwołaniu.

Dokonując oceny zasadności działań zamawiającego zakwestionowanych w podniesionym zarzucie Izba nie uznaje, że brak wpisania w odpowiedniej rubryce poz.68 Formularza słowa ”TAK” w sytuacji kiedy zamawiający podał iż wykonawca winien potwierdzić spełnienie wymogów minimalnych poprzez złożenie deklaracji zgodności z opisem wymagań minimalnych np. poprzez wskazanie „tak/nie”, iż użycie tylko *tak* lub *nie* może być tylko właściwym w tym zakresie oświadczeniem wykonawcy. Wykonawca IT.expert wpisał zarówno w tej rubryce jak i w kilku innych, na potwierdzenie spełnienia wymagań SIWZ zamiast „tak/nie” nazwę oferowanego urządzenia. Mimo takiego różnego rodzaju potwierdzenia spełniania wymagań minimalnych w innych pozycjach Formularza Technicznego, to jednak odwołujący nie podniósł, że wykonawca w tych innych pozycjach formularza również nie zaoferował spełniania wymagań minimalnych.

W zakresie złącza combo, niesporny pomiędzy stronami jest fakt, że wykonawca IT.expert w urządzeniu mobilnym, takiego stałego złącza nie zaoferował. Jednakże zgodzić się należy ze stanowiskiem zamawiającego, że zarówno w SIWZ jak i w Formularzu Technicznym (załącznik SIWZ),nie został postawiony wymóg aby określone funkcjonalności urządzeń mobilnych musiały być uzyskane tylko poprzez złącza stałe, a nie np. przy pomocy przejściówek.

Inną zupełnie kwestią jest czy taka przejściówka została przez wykonawcę IT.expert zaoferowana w ofercie, ale takiego zarzutu w odwołaniu nie postawiono. Ponadto odwołujący stał na stanowisku, że „*nie jest możliwe zastosowanie urządzeń pośredniczącego (typu przejściówka) aby spełnić ten wymóg*”. Takie stanowisko odwołującego wskazuje na to, że nie wykluczał on możliwości osiągnięcia przez port USB 2.0, funkcji złącza combo przy pomocy przejściówki, ale stwierdził, że taka przejściówka nie istnieje.

Zamawiający na rozprawie wykazał, że dokonując oceny zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ ustalił, że na rynku występują co najmniej dwa rodzaje przejściówek umożliwiających uzyskanie oczekiwanej funkcjonalności. Jedną z przejściówek

o nazwie Delock Adapter USB 2.0> eSATAp + SATA (dowód nr 3) posiada dwa wejścia, jedno umożliwia podłączenie wszystkich zewnętrznych urządzeń SATA do notebooka interfejsem USB 2.0, drugie wejście - złącze eSATA, które umożliwia podłączenie dysku twardego SATA. Podobne działanie i zastosowania ma również druga przejściówka (4) o nazwie Delock Adapter USB 2.0> eSATA. Tym samym takie rozwiązanie spełnia wymagania zamawiającego co umożliwienia podłączenia urządzeń USB i SATA.

Przystępujący wykazał również w oparciu o pismo dostawcy urządzeń mobilnych Tech Data Polska sp. z o.o. że zaoferowany laptop ProBook 430 G1 posiada w komplecie przejściówkę USB >eSATA.

Tym samym brak było obiektywnych przesłanek, aby w oparciu o stwierdzone rozbieżności- wynikające z różnej interpretacji postanowień Formularz Technicznego, zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy IT.expert. Możliwość odrzucenia oferty wystąpiłaby jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że stwierdzone rozbieżności dotyczyłyby istotnych elementów przedmiotu zamówienia, a zaoferowany w ofercie przedmiot zamówienia nie zapewniłby realizacji przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu.

Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust. 2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt. 1a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący