Sygn. akt KIO/UZP 1427/07

WYROK

dnia 19 grudnia 2007 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Luiza Łamejko

Emil Kuriata

Protokolant: Joanna Chabasiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2007 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez Maxtel Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 12 listopada 2007 roku

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Telecomm Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie

orzeka:

I. Oddala odwołanie;

II. Kosztami postępowania obciąża Maxtel Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3.156 zł. (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych)
z kwoty wpisu uiszczonego przez Maxtel Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

2) dokonać zwrotu kwoty 16.844 zł. (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Maxtel Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział Wojewódzki w Lublinie na budowlane roboty instalacyjne w użytkowanym budynku przy ul. T. Zana 38c w Lublinie, mające na celu przystosowanie obiektu do aktualnych wymogów bezpieczeństwa przeciwpożarowego, Wykonawca Telecomm Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w dniu 12.11.2007r. wniósł protest na czynność oceny ofert dokonaną przez Zamawiającego, w ten

sposób, że :
- zaniechał czynności wykluczenia z postępowania przetargowego MAXTEL Sp. z o.o.
- zaniechał czynności odrzucenia oferty MAXTEL Sp. z o.o. w związku z niezgodnością oferty tego wykonawcy z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ).
Jednocześnie wniósł, o: unieważnienie czynności badania i oceny ofert; powtórzenie tej czynności; wykluczenie z postępowania wykonawcy MAXTEL Sp. z o.o. i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), tj. w terminie 5-ciu dni od otrzymania od Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Informację Wykonawca Telecomm Sp. z o.o. otrzymał w dniu 05.11.2007r.

W dniu 19.11.2007r. Zamawiający częściowo uwzględnił protest w zakresie zarzutu zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy MAXTEL Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ. W uzasadnieniu podniósł, że zarzuty zawarte w proteście dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MAXTEL Sp. z o.o. znajdują uzasadnienie w świetle wywołanej *ad hoc* w dniu 14.11.2007r. przez Zamawiającego opinii biegłego w specjalności projektów wykonawczych systemu ostrzegawczego DSO i sygnalizacji pożaru SSP. W świetle tej opinii Zamawiający uznał, że oferta MAXTEL Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ cz.III pkt. 1.5 albowiem nie spełnia warunku równoważności materiałów i urządzeń, w szczególności bezwzględnego warunku zapewnienia parametrów zamiennych materiałów i urządzeń, na nie gorsze niż określone w dokumentacji projektowej. W ocenie Zamawiającego zachodziła zatem przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp powodująca dokonanie czynności odrzucenia oferty MAXTEL Sp. z o.o., a tym, samym powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
W pozostałym zakresie oddalił protest uznając, że oferta MAXTEL Sp. z o.o. spełniała wymagania zawarte w SIWZ cz. IX pkt. II ppkt. 3 i ppkt. 4.

Od rozstrzygnięcia protestu Wykonawca MAXTEL Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach złożył odwołanie w dniu 26.11.2007r.
Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu, wynikającego z art. 184 ust. 2 Pzp.
Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego naruszenie dyspozycji art. 7, art. 17 ust. 1,2 i3, art. 89 uest. 1 pkt. 2, art. 183 ust. 5 Pzp.
Wniósł o unieważnienie czynności uwzględnienia w części protestu złożonego przez wykonawcę Telecomm Sp. z o.o. w części dotyczącej powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz o nakazanie Zamawiającemu oddalenie w tej części protestu.
W uzasadnieniu odwołania podniósł, że osoba powołanego przez Zamawiającego na etapie postępowania biegłego – inż. Zbigniewa Krawca budzi wątpliwości co do jego kwalifikacji i wiedzy specjalistycznej. Na rozprawie ponadto podniósł zarzut braku bezstronności biegłego i metodologii sporządzonej opinii. Odnośnie braku bezstronności podniósł, że biegły współopracował projekt wykonawczy nr 2/2 na budowę Systemu Sygnalizacji Pożaru (SSP) dla budynku biurowego przy ul. Tomasza Zana w Lublinie z ramienia PAG Sp. z o.o. w Bogdance. Spółka ta opracowała obydwa projekty wykonawcze do przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie. Na okoliczność braku bezstronności biegłego podniósł tezę, jakoby biegły nie złożył oświadczenia w trybie art. 21 ust. 4 Pzp, tymczasem podlegał wyłączeniu z art. 17 Pzp. Kwestionując kwalifikacje biegłego i brak bezstronności zarzucił Zamawiającemu, że rozpatrując protest oparł się na opinii biegłego Zbigniewa Krawca. Odnośnie metodyki pracy biegłego i przyjętej przez niego

metody porównawczej podniósł, że była błędna, ponieważ zakładała porównanie rozwiązań systemowych firmy Bosch z rozwiązaniami oferowanymi przez Odwołującego.
Ponadto podniósł zarzut, że jednym z projektantów systemu DSO jest Krzysztof Stolarski, zatrudniony w przedsiębiorstwie rozprowadzającym system marki Bosch, która to znalazła się w ofercie protestującego.
Podniósł również zbieżność nazwisk projektantki systemu SSP i DSO dla Zamawiającego - Alicji Gębki z nazwiskiem prezesa Zarządu protestującej spółki Telecomm Marka Gębki.
Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego się Zamawiający naruszył przepis art. 17 Pzp.
Zdaniem odwołującego się zaoferowane przez niego systemy Esser i Sinapis spełniają w zakwestionowanym przez Zmawiającego zakresie wymagania Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rozwiązań równoważnych.

Do odwołania po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca – Telecomm Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.
W uzasadnieniu przystąpienia, odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 - 3 Pzp. podniósł, że:
- Odwołujący nie zakwestionował wiedzy i kwalifikacji biegłego powołanego przez Zamawiającego. Jak również na wcześniejszym etapie postępowania nie oprotestował treści SIWZ, do której projekty wykonawcze sporządził w ramach współautorstwa Zbigniew Krawiec.
- zbieżność nazwisk Alicji Gębka i Marka Gębki jest przypadkowa. Osoby te są dla siebie obce w rozumieniu art. 17 ust. 1 pkt. 2 Pzp.
- w stosunku do osoby Krzysztofa Stolarskiego – jednego z projektantów systemu DSO ze strony Zamawiającego, Odwołujący się nie wykazał przesłanek wyłączeniu go od udziału w postępowaniu z art. 17 ust. 1 Pzp.
W ocenie przystępującego, Zamawiający rozstrzygając protest nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 7 i art. 183 ust. 5 Pzp.

Na rozprawie przed Krajową Izbę Odwoławczą strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:
Odwołanie jest niezasadne i jako takie podlega oddaleniu w całości.
Zarzut naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 17 Pzp nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Wskazany przepis nakazuje bowiem wyłączyć od wykonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. od momentu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu –art. 40 Pzp) osoby spełniające przesłanki z ust. 1 pkt. 1-5. Odwołujący tymczasem nie udowodnił, że takie osoby wykonywały czynności w postępowaniu po stronie Zamawiającego. W szczególności, jak zostało wykazane w toku rozprawy żadna z osób wskazanych imiennie przez Odwołującego tj. Krzysztof Stolarski i Alicja Gębka nie wykonywały żadnych czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia na budowlane roboty instalacyjne w użytkowanym budynku przy ul. T. Zana 38c w Lublinie, mające na celu przystosowanie obiektu do aktualnych wymogów bezpieczeństwa przeciwpożarowego. Osoby te brały udział w innym postępowaniu przetargowym na dokumentację projektową. Dokumentacja ta w postaci projektów wykonawczych nr 1/2 i 2/2 stanowiła natomiast integralną część opisu przedmiotu zamówienia w zakresie i warunków realizacji przedmiotu zamówienia SIWZ. Abstrahując od okoliczności zbieżności nazwisk Alicji Gębki i Marka Gębki (stanowisko Przystępującego do postępowania) zważyć należy, iż ani Alicja Gębka ani Krzysztof Stolarski nie wykonywali czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne będące przedmiotem niniejszego postępowania przez Krajową Izbą

Odwoławczą, lecz brali udział w odrębnym, zakończonym postępowaniu przetargowym. Tym samym bezzasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 17 Pzp w doborze osób wykonujących czynności w postępowaniu.
Zarzuty dotyczące osoby inż. Zbigniewa Krawca – powołanego *ad hoc* w charakterze biegłego również nie znajdują oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym.
Przede wszystkim zważyć należy, że ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zawiera wymogów formalnych dotyczących biegłych, tj. posiadania uprawnień rzeczoznawcy, czy wpisu na listę biegłych sądowych danej specjalności, czy też przynależność do danego samorządu itp. Przepis art. 21 ust. 4 Pzp, na podstawie którego zamawiający powołuje biegłego określa wyłącznie wymóg posiadania wiadomości specjalnych. W dyskrecjonalnej woli zamawiającego pozostaje zatem ocena merytoryki biegłego, jego przygotowania zawodowego, kwalifikacji. Do biegłego stosuje się przepis art. 17 Pzp i jest to jedyny przepis ograniczający w sposób formalny Zamawiającego w wyborze biegłego. Tymczasem, w niniejszej sprawie nie znajdują zastosowania wobec osoby inż. Zbigniewa Krawca przesłanki do wyłączenia go od sporządzenia opinii enumeratywnie wymienione w ust. 1 przywołanego przepisu. W szczególności nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby ubiegał się o udzielenie przedmiotowego zamówienia na budowlane roboty instalacyjne w użytkowanym budynku przy ul. T. Zana 38c w Lublinie, czy pozostawał z wykonawcą Telecomm Sp. z o.o. w takim stosunku prawnym lub faktycznym, który mógłby budzić wątpliwości co do jego bezstronności. Bezspornym jest, że przedsiębiorstwo z ramienia którego wykonał opinie i zostały wykonane projekty wykonawcze – PAG Sp. z o.o. brało udział w postępowaniu przetargowym, ale podkreślić należy, że było to odrębne postępowanie na wykonanie projektu, zakończone prawomocnie wyborem projektu tej firmy. Ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zawierają przepisów, z których można by wyinterpretować zakaz dalszej kooperacji Zamawiającego z projektantem, w dalszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mających na celu realizację projektu. Przeciwnie, wydaje się, że takie postępowanie jest logiczne i zasługuje na aprobatę. W każdym razie taka praktyka nie stanowi naruszenia przez Zamawiającego postanowień ustawy – Prawo zamówień publicznych. Na marginesie podkreślić należy, iż jak zostało wykazane na rozprawie, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, biegły złożył stosowne oświadczenie o braku okoliczności z ust. 1 art. 17 Pzp.
Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut braku bezstronności powołanego przez Zamawiającego biegłego dla oceny równoważności rozwiązań oferowanych przez Odwołującego się nie znajduje uzasadnienia.
Odnosząc się do zarzutu przyjęcia błędnej metodologii przez biegłego przy opracowaniu opinii, Izba uznała, że zarzut ten nie został udowodniony. Zważyć należy, że biegły wykonał opinię na zlecenie Zamawiającego i w jego granicach (pismo z dnia 14.11.2007r., w którym to Zamawiający zwrócił się do biegłego o wydanie opinii). Z treści opinii (pkt. I ppkt. 5, pkt. II ppkt. 4 opinii z dnia 19.11.2007r.) oraz z zeznań Zbigniewa Krawca złożonych na rozprawie wynika, że sporządzając opinię porównywał wyłącznie rozwiązania oferowane przez Odwołującego się z rozwiązaniami wymaganymi przez Zamawiającego w projektach wykonawczych, pod względem spełnienia warunku równoważności wynikającego z SIWZ (pkt. III ppkt. 1.5). Nie sposób zatem zarzucić przyjęcia przez biegłego błędnej metodologii pracy, ponieważ wydanie opinii polegało na porównaniu rozwiązań z oferty Odwołującego z rozwiązaniami wymaganymi przez Zamawiającego w projektach, stanowiących integralną część Specyfikacji.
Podnieść również należy, że Odwołujący się na żadnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie oprotestował treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (okoliczność bezsporna).

Wreszcie podkreślenia wymaga okoliczność, że *de facto* wszelkie zarzuty Odwołującego się dotyczą nie tyle samej treści opinii, lecz osoby ją sporządzającej. Tymczasem Odwołujący nie podnosił, ani nie dowodził takich okoliczności, które podważyłyby treść opinii, w szczególności niejasność, niepełność, czy wewnętrzną sprzeczność.

W tym stanie faktycznym i prawnym Izba zważyła, że zarzuty Odwołującego odnośnie rozstrzygnięcia protestu w zakresie naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 17 Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższych rozważań, zarzut naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 183 ust. 5 Pzp. nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.
Zważyć należy, iż stosownie do zapisów Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dopuścił ujęcie w ofercie i zastosowanie równoważnych do podanych w dokumentacji projektowej materiałów i urządzeń przy zachowaniu bezwzględnego warunku zapewnienia parametrów zamiennych materiałów i urządzeń, na nie gorsze niż określone w dokumentacji. Przy czym ciężar dowodu równoważności materiałów i urządzeń spoczywa na oferencie (SIWZ cz. III pkt. 1.5).
Dokonując oceny i wyboru ofert Zamawiający ma obowiązek bezwzględnego przestrzegania treści SIWZ. Powyższe implikuje twierdzenie, że w razie nie wypełnienia przez ofertę wykonawcy - w jakimkolwiek zakresie - treści Specyfikacji, jego oferta powinna zostać odrzucona (art. 89 ust.1 Pzp).

Za nie udowodniony przez Odwołującego uznać należy zarzut naruszenia przez Zamawiającego normy z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. równego traktowania wykonawców i z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji w toku przygotowania oraz przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie do dyspozycji art. 188 Pzp, postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest kontradyktoryjne, co oznacza, że strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący formułując zarzut naruszenia przez Zamawiającego normy z art. 7 Pzp nie wskazał żadnych środków dowodowych mogących posłużyć do ustalenia: czy i w jakim zakresie została naruszona zasada równego traktowania stron w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający rozpatrując protest Telecomm Sp. z o.o. na czynność oceny ofert działał z należytą starannością. Świadczy o tym fakt, że nie mając wiadomości specjalnych koniecznych do oceny trafności zarzutów protestującego, dokonał czynności sprawdzających i powołał biegłego celem ustalenia zgodności oferty z zapisami SIWZ. W świetle takiego postępowania nie sposób uczynić zarzutu Zamawiającemu naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 Lublinie

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……