

Sygn. akt KIO/UZP 1407/07,

KIO/UZP 1408/07

KIO/UZP 1409/07,

KIO/UZP 1410/07,

WYROK

z dnia 21 grudnia 2007r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Członkowie: **Izabela Niedziałek**
Grzegorz Mazurek

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* **17.12.2007r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **12.12.2007r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Konsorcjum: ComArch S.A., Transition Technologies S.A., Cross Sp. z o.o.;
Kraków, Al. Jana Pawła II 39A,**
- B. Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa,
Pl. Piłsudskiego 1,**
- C. Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa,
Pl. Piłsudskiego 1,**
- D. Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa,
Pl. Piłsudskiego 1**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., Warszawa, ul. Bohomolca 21** protestów:

A Konsorcjum: ComArch S.A., Transition Technologies S.A., Cross Sp. z o.o. z dnia 7.11.2007r.

B Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; z dnia 7.11.2007r.

C Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; z dnia 7.11.2007r.

D Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; z dnia 7.11.2007r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **Konsorcjum: WASKO S.A. – CONTROL PROCESS S.A.; Gliwice, ul. Berbeckiego 6** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie Konsorcjum: ComArch S.A., Transition Technologies S.A., Cross Sp. z o. o. oraz odwołania Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.

2. Kosztami postępowania obciąża

- **Konsorcjum: ComArch S.A., Transition Technologies S.A., Cross Sp. z o.o.; Kraków, Al. Jana Pawła II 39A,**

- **Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa, Pl. Piłsudskiego 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2104 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące sto cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 526 zł 0 gr (słownie: pięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Transition Technologies S.A., Cross Sp. z o.o.; Kraków, Al. Jana Pawła II 39A,**
 - B** koszty w wysokości 526 zł 0 gr (słownie: pięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa, Pl. Piłsudskiego,**

- C** koszty w wysokości 526 zł 0 gr (słownie: pięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa, Pl. Piłsudskiego,**
- D** koszty w wysokości 526 zł 0 gr (słownie: pięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa, Pl. Piłsudskiego,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie:. xxx) przez xxx na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx
- C** kwoty 0 zł 0 gr (słownie:. xxx) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx
- D** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz **xxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- C** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- D** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 77896 zł 0 gr (słownie: siedemdziesiąt siedem tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 19474 zł 0 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa, Pl. Piłsudskiego,**
- B** kwoty 19474 zł 0 gr (słownie:. dziewiętnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa, Pl. Piłsudskiego,**
- C** kwoty 19474 zł 0 gr (słownie:. dziewiętnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa, Pl. Piłsudskiego,**

- D** kwoty 19474 zł 0 gr (słownie:.. dziewiętnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: BIATEL S.A., Neokart GIS Sp. z o.o., TEL-STER Sp. z o.o.; Warszawa, Pl. Piłsudskiego.**

U z a s a d n i e

Przedmiotem postępowania o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem jest „Dostawa systemu kolekcji danych pomiarowych”.

W postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm:

- 1) WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach,
- 2) CONTROL PROCESS S.A. z siedzibą w Tarnowie, reprezentowane przez WASKO S.A.

Czynność wyboru oferty oprotestowali pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, tworzący Konsorcja, tj.:

I.

- 1) ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie,
- 2) Transition Technologies S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 3) Cross Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

reprezentowane przez ComArch S.A.

II

- 1) Biatel S.A. z siedzibą w Warszawie,
 - 2) NEOKART GIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - 3) TEL-STER Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
- reprezentowane przez BIATEL S.A.,

III

- 1) WINUEL S.A. z siedzibą we Wrocławiu,
- 2) ATREM Sp. z o.o. z siedzibą w Przeźmierowie,

reprezentowane przez WINUEL S.A.,

wnosząc protesty w dniu 7 listopada 2007r.

W wyniku rozstrzygnięcia w dniu 16 listopada 2007r. wniesionych protestów Zamawiający dokonał czynności:

I 1) uwzględnił protest wniesiony przez Konsorcjum ComArch S.A. w części zarzutów:

- nr V.3 i V.5 i odrzucił ofertę Konsorcjum BIATEL S.A.,

- nr VII.3 i odrzucił ofertę Konsorcjum WINUEL S.A.- na podstawie przepisów art.

89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawa zamówień publicznych (Dz. U. z 2006r. nr 163, poz.1163 z późn. zm.),

2) w pozostałej części protest oddalił

II Oddalił w całości protest wniesiony przez Konsorcjum BIATEL S.A.,

III Uwzględnił protest wniesiony przez Konsorcjum WINUEL S.A.

1) w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum BIATEL S.A. i odrzucił ofertę Konsorcjum BIATEL S.A.,

2) w pozostałej części protest oddalił.

Od rozstrzygnięcia protestów wykonawcy wnieśli odwołania, które oznaczono następującymi sygnaturami:

I - KIO/UZP 1407/07

Konsorcjum ComArch S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia własnego protestu (odrzucono oferty Konsorcjum BIATEL S.A. i Konsorcjum WINUEL S.A. i oddalono protest w stosunku do WASKO S.A.).

II – KIO/UZP 1408/07

Konsorcjum BIATEL S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia własnego protestu (protest oddalony).

III – KIO/UZP 1409/07

Konsorcjum BIATEL S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Konsorcjum WINUEL S.A. (oferta Konsorcjum BIATEL S.A. została odrzucona, pozostałe zarzuty oddalone).

IV - KIO/UZP 1410/07

Konsorcjum BIATEL S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Konsorcjum ComArch S.A. (oferta Konsorcjum BIATEL S.A. i oferta Konsorcjum WINUEL S.A. odrzucona, pozostałe zarzuty oddalone)

V – KIO/UZP 1414/07

Konsorcjum WINUEL S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia własnego protestu.

VI – KIO/UZP 1415/07

Konsorcjum WINUEL S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Konsorcjum ComArch S.A.

Odwołujący się - Konsorcjum WINUEL S.A. cofnął skutecznie przed otwarciem rozprawy wniesione odwołania oznaczone sygn. KIO/UZP 1414/07 i KIO/UZP 1415/07, odwołania nie były rozpoznawane, postępowania odwoławcze zostały umorzone.

Odwołujący się Konsorcjum ComArch S.A. nie podtrzymał zarzutów dotyczących tej oferty.

Odwołania oznaczone sygn. akt KIO/UZP 1407/07, KIO/UZP 1408/07, KIO/UZP 1409/07, KIO/UZP 1410/07 zostały rozpoznane łącznie przez Izbę.

Zarzuty zawarte w odwołaniach:

I – Odwołanie Konsorcjum ComArch S.A. (sygn. akt KIO/UZP/1407/07) :

Wobec oferty Konsorcjum WASKO S.A.:

- 1) utajnienie harmonogramu prac, kosztów związanych z licencjonowaniem oprogramowania,
- 2) proponowana licencja nie odpowiada żądanej licencji bez ograniczeń dla użytkowników na terenie kraju oraz w jednostkach organizacyjnych poza terenem kraju.

W wybranej ofercie wykonawca zastrzegł, że Zamawiający nie jest uprawniony do przekazywania osobom trzecim licencji w jakiegokolwiek formie.

- 3) proponowane serwery IBMx3800 i IBMx3650 z uwzględnieniem procesorów, nie stwarzają możliwości zwiększenia wydajności o co najmniej 200%.
- 4) brak opcji narzędzi REAL APLICATION CLUSTERS (RAC)

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2, pkt 8 Pzp.

W związku z zaniechaniem odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą oraz treści oferty nieodpowiadającej treści SIWZ, a nadto oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W ocenie Odwołującego utajnienie oferty narusza zasadę jawności określoną w przepisach Pzp, oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8, natomiast pozostałe wykazane niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, stanowią podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt2 Pzp.

Ponadto:

- 5) brak możliwości zabezpieczenia usługi asysty technicznej i konserwacji (ATiK), gdyż usługę tę zabezpiecza wyłącznie producent firma ORACLE (usługa związana z udzieleniem licencji na narzędzia ORACLE),
- naruszono art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.
- 6) niewłaściwe pełnomocnictwo udzielone Dariuszowi Dziełickiemu, który podpisał ofertę.

Pełnomocnictwo udzielone zostało przez jednego wykonawcę CONTROL PROCES S.A. drugiemu wykonawcy Konsorcjum WASKO S.A., który z kolei udzielił pełnomocnictwa Dariuszowi Dziełickiemu.

W ocenie Odwołującego się pełnomocnictwo powinno być udzielone przez dwóch wykonawców tworzących konsorcjum.

Zarzuty wobec oferty Konsorcjum BIATEL.S.A.

- 1) zaoferowane serwery IBMx3800 i IBMx3650 umożliwiają zwiększenie wydajności tylko o 100%, a nie o co najmniej 200%, jak żądał Zamawiający,
- 2) wykonawca nie oferuje opcji REAL APPLICATION CLUSTERS,
- 3) brak oświadczenia o posiadaniu wyłącznych praw autorskich do systemu,

- 4) wyłączenie odpowiedzialności za skutki awarii,
 - 5) ograniczenie korzystania z programu tylko do centrali i 6 oddziałów, zamiast na terenie całego kraju i poza granicami kraju,
 - 6) brak licencji na oprogramowanie narzędziowe Oracle,
 - 7) obsługa serwisowa zdalna za pośrednictwem łączy transmisji danych, gdy wybór w tym zakresie należy do Zamawiającego, a nie do wykonawcy,
- naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BIATEL S.A. z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez podanie nieprawdziwych danych, a mianowicie wykonawca nie dysponuje certyfikowanymi ośrodkami szkoleniowymi dla przeprowadzenia szkolenia – 14 administratorów.

Odwołanie Konsorcjum BIATEL S.A. (sygn. akt KIO/UZP 1408, 1409, 1410/07)

1408/07.

Zarzuty dotyczą:

- bezpodstawnego zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum WASKO S.A.,
- zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty z powodu utajnienia części oferty, gdyż część utajniona nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa,
- wskazano naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Sygn. akt KIO/UZP 1407/07.

Zarzuty dotyczą:

- bezpodstawnego odrzucenia oferty Konsorcjum BIATEL S.A. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ,
- zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum WASKO S.A.,
- zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum ComArch S.A.
- naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, 2, 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

Sygn. akt KIO/UZP 1410/07

Zarzuty dotyczą:

- bezpodstawnego odrzucenia oferty Konsorcjum BIATEL S.A.,
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WASKO S.A. z powodu niezgodności zasad licencjonowania i braku przedstawienia kosztów związanych z licencjonowaniem oprogramowania oraz uniemożliwienie kopiowania oprogramowania,
- zarzucono naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wnioski Odwołujących się:

ComArch S.A.:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum WASKO S.A.,

- 2) wykluczenie Konsorcjum WASKO S.A. i odrzucenie jego oferty,
- 3) wykluczenie Konsorcjum BIATEL S.A. i odrzucenie jego oferty,
- 4) wykluczenie Konsorcjum WINUEL S.A. i odrzucenie jego oferty .

Wnioski Konsorcjum BIATEL S.A.:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) pełne odtajnienie oferty Konsorcjum WASKO S.A.,
- 3) dokonanie ponownej oceny oferty,
- 4) skorzystanie z procedury przez Zamawiającego określonej w Rozdziale XIV pkt 12 SIWZ – weryfikacja prawdziwości informacji zawartych w ofercie Konsorcjum WASKO S.A.,
- 5) wykonanie audytu pod kątem rzeczywistej funkcjonalności i zgodności z SIWZ rozwiązania zaproponowanego przez Konsorcjum WASKO S.A.
- 6) wykluczenie Konsorcjum WASKO S.A. z postępowania,
- 7) wybranie oferty Odwołującego się.
- 8) odtajnienie oferty Konsorcjum WASKO S.A.
- 9) unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego się,
- 10) odrzucenie oferty Konsorcjum ComArch.

Zamawiający rozstrzygając protesty oddalił je w całości w stosunku do ofert wniesionych przez Konsorcjum WASKO S.A., Konsorcjum ComArch S.A., uwzględnił i nakazał odrzucenie oferty: Konsorcjum BIATEL S.A., Konsorcjum WINUEL S.A.

Po przeprowadzeniu na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentów w postaci dostarczonej przez Zamawiającego oryginalnej dokumentacji postępowania wraz ze złożonymi ofertami, dokumentów złożonych przez strony w toku rozprawy oraz po wysłuchaniu wyjaśnień stron i uczestnika Przystępującego do postępowania odwoławczego Konsorcjum WASKO S.A. po stronie Zamawiającego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zarzutem wspólnym we wszystkich odwołaniach oznaczonych sygn. akt KIO/UZP 1407/07, KIO/UZP 1408/07, KIO/UZP 1409/07, KIO/UZP 1410/07 jest zarzut bezzasadnego utajnienia części oferty wybranej jako najkorzystniejszej, którą złożyło Konsorcjum WASKO S.A.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten jest spóźniony, a ponadto zarzut zawarty w odwołaniach wniesionych przez Odwołującego się Konsorcjum BIATEL S.A. nie został zawarty w protestach, w wyniku których Odwołujący się przystąpił do postępowania odwoławczego.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21.10.2005r. III CZP 74/05 stwierdził, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zasady udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z SIWZ. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawnienia zastrzeżonych informacji. W takim przypadku oferta jest ważna i nie podlega z tego powodu odrzuceniu, a tym bardziej wykonawca wykluczeniu. Przepisy prawne nie określają na jakim etapie po otwarciu ofert Zamawiający powinien ocenić skuteczność zastrzeżenia w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając na względzie, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp stanowiącym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, powinien tych czynności dokonać po otwarciu ofert, celem wykonania obowiązku ewentualnego ich udostępniania.

Odwołujące się Konsorcjum ComArch S.A. działające przez pełnomocnika Barbarę Waszkiewicz i Katarzynę Wnęk zapoznało się z treścią pozostałych trzech ofert złożonych w postępowaniu, w dniu 17.10.2007r. godz. 11.30 – 12.30 dokonując ich fotokopii. Podobnie pełnomocnicy Konsorcjum BIATEL S.A. w osobach Krzysztofa Zawady i Marty Kobarskiej zapoznali się z trzema ofertami w dniu 16.10.2007r. w godzinach 11.30-12.05.

Fakty powyższe potwierdzone zostały oświadczeniami pełnomocników i wówczas wskazani Odwołujący się powzięli wiadomość, że część ofert Konsorcjum WASKO S.A. i Konsorcjum ComArch S.A. zostały objęte zakazem ujawniania zawartych informacji. Zatem zarzuty zwarte w odwołaniach są spóźnione, bowiem podniesione zostały w protestach, po upływie 7 dniowego terminu określonego w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, termin ten upłynął odpowiednio dnia 24.10.2007r. i dnia 23.10.2007r. Skład orzekający Izby nie rozpoznawał spóźnionych zarzutów.

Odwołanie Konsorcjum BIATEL S.A. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1408/07 wniesione zostało na czynności Zamawiającego dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum WASKO S.A., zaniechania uprzedniego wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, jednakże te zarzuty oparte są na bezpodstawnym zaniechaniu odtajnienia oferty Konsorcjum WASKO S.A. Odwołujący się nie przedstawił żadnych innych argumentów na potwierdzenie zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy z postępowania, odrzucenia jego oferty, oraz wyboru oferty tej jako najkorzystniejszej. Zarzut zaniechania odtajnienia oferty, zgodnie z wyżej przedstawionym wywoдем jest spóźniony. Wobec braku uzasadnienia dotyczącego pozostałych wskazanych zarzutów dotyczących wybranej oferty, odwołanie podlega w całości oddaleniu.

W sprawie oznaczonej sygn. akt KIO/UZP 1409/07 Odwołujący się Konsorcjum BIATEL S.A. wskazał naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 i art. 89 ust 1 pkt

3 Pzp, zarzucając zaniechanie odtajnienia części oferty Konsorcjum WASKO S.A. i Konsorcjum ComArch S.A.

Jak podano wyżej zarzuty te są spóźnione wobec brzmienia art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i nie podlegają rozpoznaniu. Odwołujący się w tej sprawie przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Konsorcjum WINUEL S.A. w dniu 7.11.2007r. Zgodnie z przepisem art. 181 ust. 5 Pzp wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystępuje do postępowania określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście.

W treści protestu nie zawarto zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WASKO S.A.

Jedynym zarzutem odwołania złożonego przez Konsorcjum BIATEL S.A. wynikającym z rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Konsorcjum WINUEL S.A. jest zarzut odrzucenia oferty Konsorcjum BIATEL S.A. z powodu:

- uniemożliwienia poprzez zaproponowane rozwiązanie przetwarzania wsadowego i w oparciu o zdefiniowane harmonogramy,
- niespełnienie w chwili składania ofert przez zaoferowane rozwiązanie wymogu umożliwienia tworzenia przez operatora systemu zasad wykrywania błędnych danych z poziomu interfejsu użytkownika.

Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie jego oferty, pomimo iż jest ona w pełni zgodna z treścią SIWZ.

Odwołanie wniesione w sprawie KIO/UZP 1410/07 przez Konsorcjum BIATEL S.A. jest skutkiem rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez ComArch S.A. w dniu 7.11.2007r. Odwołujący przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tegoż protestu. W proteście nie zawarto zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia oferty złożonej przez Konsorcjum ComArch S.A. oraz zarzutu zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy - art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez niewezwanie Odwołującego się do złożenia wyjaśnień do treści złożonej przez niego oferty. Nie zawarto także zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WASKO S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 Pzp w związku z niezgodnością oferty z ustawą i złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na brak poprzedzenia odwołania protestem w zakresie wskazanych zarzutów, Izba rozpatrując odwołanie pominęła te zarzuty.

W odwołaniu zawarto zarzuty dotyczące, w ocenie Odwołującego Konsorcjum BIATEL S.A., bezpodstawnego odrzucenia jego oferty z powodu:

- zasady licencjonowania uniemożliwiającej kopiowanie oprogramowania,
- braku w ofercie oprogramowania zapewniającego mechanizm partycjonowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający odrzucając ofertę, której treść odpowiada w pełni treści SIWZ, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, że podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum BIATEL S.A. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1409/07 jest sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, uwzględniona przez Zamawiającego, polegająca na:

„zgodnie z „Opisem przedmiotu zamówienia”:- pkt III.8.2 SIWZ „System powinien umożliwiać przetwarzanie: 8.2.1. wsadowe, 8.2.2 natychmiastowe, 8.2.3 w oparciu o zdefiniowany harmonogram”. Opis sposobu realizacji tych wymagań Wykonawcy mieli zamieścić w ofertach, wg formatu określonego w pkt XIV. 3 SIWZ. W ofercie Konsorcjum BIATEL w części „Koncepcja Systemu” w opisie sposobu realizacji ww. wymagań znajduje się stwierdzenie: „(...) W związku z tym przetwarzanie wsadowe i w oparciu o zdefiniowane harmonogramy jest zbędne”, a także drugi zarzut dotyczący stwierdzenia, że oferowane rozwiązanie jest w chwili obecnej gotowe do realizacji wymogu określonego w pkt III.11.4 SIWZ, polegającego na: „Zamawiający preferuje rozwiązania umożliwiające tworzenie przez operatora systemu zasad wykrywania błędnych danych z poziomu interfejsu użytkownika – o czym świadczy treść pkt 11.4 „Koncepcji Systemu” w ofercie BIATEL. Jednocześnie w dokonanym przez Konsorcjum BIATEL opisie sposobu realizacji tego wymagania znalazło się stwierdzenie, że funkcjonalność ta: „zostanie zaimplementowana”.

W sprawie sygn. akt KIO/UZO 1410/07 sprzeczność polega na: 1) „W załączniku nr 1 do SIWZ – Wzór Umowy, w rozdziale V art. 11 § 8 Zamawiający postawił wymóg: „Wykonawca wyraża zgodę na kopiowanie programów w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla przedsiębiorstwa Zamawiającego i pozostaje w bezpośrednim związku z jego działalnością gospodarczą”. W ofercie Konsorcjum BIATEL, w Załączniku nr 5 „Warunki Licencyjne”, w § 2 ust. 2 lit. b) nałożone zostało na Zamawiającego następujące zobowiązanie: „zobowiązuje się nie wynajmować, oddawać w leasing, udzielać licencji, prowadzić dystrybucji, dokonywać transferu, odstępować nieodpłatnie, kopiować, reprodukować, modyfikować bądź dzielić się oprogramowaniem lub dokumentacją”. 2) (...) Z oferty Konsorcjum BIATEL wynika, że oferowany system nie spełnia wymogu określonego w pkt III 13.2 SIWZ, zgodnie z którym: „Dla celów zapewnienia wysokiej skalowalności systemu oraz wydajności operacji zapisu i odczytu danych system powinien wykorzystywać mechanizmy składowania danych udostępniane przez bazę, jak mechanizm partycjonowania danych”. W ofercie Konsorcjum Biatel brak jest oprogramowania wskazującego na funkcjonalność umożliwiającą realizację mechanizmu partycjonowania danych.”

Wskazane uregulowania występując w złożonej ofercie czynią ją niezgodną z treścią SIWZ. Odwołujący się nie przedstawił dowodów, na podstawie których można byłoby dokonać przeciwnych ustaleń. Pełnomocnik Odwołującego, z uwagi na treść pełnomocnictwa, nie uczestniczył w rozprawie.

Skład orzekający Izby nie uznał za udowodnione zarzuty Konsorcjum ComArch S.A. zgłoszone w odwołaniu sygn. akt KIO/UZP 1407/07 w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum WASKO S.A. z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzuty dotyczące:

- licencji z ograniczeniem liczby użytkowników, ważnej na terenie kraju, a także w jednostkach organizacyjnych poza terytorium kraju,
 - zastrzeżenia dotyczące braku uprawnień Zamawiającego do przekazywania czy udostępniania osobom trzecim licencji w jakiegokolwiek formie,
 - ograniczenia rozbudowy serwerów IBMx3800, IBMx3650 umożliwiających zwiększenie żądanej przez Zamawiającego mocy obliczeniowej (o co najmniej 200%),
 - braku dodatkowej opcji REAL APPLICATION CLUSTERS (RAC) wymaganej osobnej licencji,
 - braku zabezpieczenia usługi asysty technicznej i konserwacji (ATiK)
- nie potwierdziły się.

W ocenie składu orzekającego Izby przekonujące i wiarygodne są wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego oraz odpowiednie, merytoryczne wyjaśnienia wykonawcy Przystępującego do postępowania odwoławczego Konsorcjum WASKO S.A., w zakresie przedstawionych w ofercie Konsorcjum WASKO S.A. rozwiązań oraz możliwości, stosownej do regulacji zawartych w SIWZ, rozbudowy. Również w sposób wiarygodny przedstawiono interpretację treści oferty, w zestawieniu z wymaganiami SIWZ, gdzie wyjaśniono określenie pojęcia „osób trzecich”, a także określenia dotyczące struktury organizacyjnej Zamawiającego. Izba wzięła pod uwagę również fakt, że w przedstawionej opinii dr inż. Walentego Oniszczuka zawarto także stwierdzenie, że „zwiększenie wydajności pracy systemu realizowane musi być na wiele sposobów (strona 5 opinii dotyczy zwiększenia wydajności serwerów). Na stronie 6 opinii podano, że istnieje możliwość zwiększenia mocy obliczeniowej ww. serwerów dzięki zwiększeniu ilości rdzeni procesorów w serwerach poprzez zastosowanie procesorów czterordzeniowych w miejsce dwurdzeniowych wraz z jednoczesnym zwiększeniem ilości procesorów. W dalszym wywodzie opinii przedstawiono możliwość zwiększenia serwera IBMx3650 w taki sposób, że istnieje możliwość czterokrotnego zwiększenia ilości rdzeni, co w efekcie dałoby możliwość zwiększenia wydajności obliczeniowej. Serwery IBMx3800 posiadają jeszcze większą możliwość rozbudowy.

W ocenie Izby powyższe świadczy o nieprzekonującym przedstawieniu zarzutów przez Odwołującego dotyczących zakresu technicznego wybranej oferty.

Kwestionowane pełnomocnictwo udzielone Dariuszowi Dzielickiemu jest prawidłowe, bowiem mocodawca był uprawniony do reprezentowania Konsorcjum oraz udzielania dalszych pełnomocnictw. W orzecznictwie istnieją poglądy, zgodnie z którymi pełnomocnictwo podpisują wszyscy uczestnicy konsorcjum, np. jednemu uczestnikowi konsorcjum, a także poglądy, iż pełnomocnictwo udzielane jest liderowi konsorcjum, który nie podpisuje się jako udzielający pełnomocnictwa, lecz je przyjmujące. Skoro WASKO S.A. została umocowana jako lider konsorcjum z prawem do udzielania dalszych pełnomocnictw, miała więc prawo takiego pełnomocnictwa udzielić.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego się w przedmiocie podstaw unieważnienia postępowania. Treść SIWZ mogła być oprotestowana w odpowiednim czasie. Argumentacja przedstawiona w piśmie Odwołującego nie stanowi w ocenie Izby podstaw do unieważnienia postępowania.

Z uwagi na skutecznie wycofanie odwołań w sprawach sygn. akt KIO/UZO 1414/07 i KIO/UZP 1415/07 wniesionych przez Konsorcjum WINUEL S.A., Odwołujący ComArch S.A. nie popierał zarzutów zgłoszonych przeciwko temu wykonawcy, skład orzekający Izby również nie rozpoznawał odwołań w tym zakresie.

Z tych powodów orzeczono, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*