

Sygn. akt KIO/UZP 1249/09

WYROK

z dnia 15 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie: Jolanta Markowska
Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (pełnomocnik) i Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Pocztowa 5, 11-500 Giżycko**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Racibórz, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz**, protestu z dnia 6 sierpnia 2009 r.,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm: GISPartner Sp. z o.o., ul. Kilińskiego 30, 50-264 Wrocław (pełnomocnik), Madu s.c. M.Durak J.Ostańkiewicz, ul. Św. Wincentego 4, 50-253 Wrocław, ESRI Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 02-203 Warszawa** - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków

(pełnomocnik) i Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Poczтовая 5, 11-500 Giżycko 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (pełnomocnik) i Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Poczтовая 5, 11-500 Giżycko,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **konsorcjum firm: ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (pełnomocnik) i Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Poczтовая 5, 11-500 Giżycko** na rzecz **Miasta Racibórz, ul. Stefana Batorego 6, 47-400 Racibórz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (pełnomocnik) i Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Poczтовая 5, 11-500 Giżycko.

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. „Zaprojektowanie i wdrożenie Elektronicznego Systemu Informacji Miejskiej”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego Miasto Racibórz (ogłoszenie o zamówieniu – Dz. Urz. UE z dnia 8.05.2009 r. nr 2009/S 88-127160), odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie i Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o. z siedzibą w Giżycku, wniósł protest (pismo z dnia 6 sierpnia 2009 r.) wobec czynności podjętych przez zamawiającego i

zaniechania przez zamawiającego czynności, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, tj.:

- 1) zaniechania wykluczenia konsorcjum firm: GISPartner Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, Madu s.c. M. Durak J. Ostańkiewicz z siedzibą we Wrocławiu i ESRI Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zwanego w dalszej części konsorcjum GISPartner,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum GISPartner,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm: Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A. z siedzibą w Gliwicach i GEO-MED M. Górski z siedzibą w Sosnowcu, zwanego w dalszej części konsorcjum ISPIK,
- 4) prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert,
- 3) wykluczenie z postępowania konsorcjum GISPartner,
- 4) odrzucenie oferty konsorcjum GISPartner,
- 5) odrzucenie oferty konsorcjum ISPIK,
- 6) wybór oferty protestującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 - przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum GISPartner, pomimo że wykonawca ten, w wyniku uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz przez uznanie, iż złożony dokument potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, a także przepisów art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokument mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm.), zwanego w dalszej części rozporządzeniem w sprawie dokumentów, przez uwzględnienie dokumentu, jakiego nie przewidują przepisy rozporządzenia,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 10 przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum GISPartner, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-3 Pzp,

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum GISPartner, pomimo że wykonawca ten nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących niekaralności wspólników członka konsorcjum Madu s.c. M. Durak J. Ostańkiewicz,
- 4) z ostrożności - art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania konsorcjum GISPartner do uzupełnienia dokumentów potwierdzających niekaralność wspólników spółki Madu s.c. M. Durak J. Ostańkiewicz,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum GISPartner z uwagi, że treść jego oferty nie odpowiada treści siwz,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ISPIK z uwagi, że treść oferty nie odpowiada treści siwz,
- 7) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu protestu odwołujący podał, że konsorcjum GISPartner, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentu, tj. złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków (wezwanie dotyczyło członka konsorcjum GISPartner - Madu s.c. M. Durak J. Ostańkiewicz), złożyło zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami z dnia 29.06.2009 r., potwierdzające fakt niezalegania na dzień 29.06.2009 r. (punkt I zaświadczenia).

Tymczasem, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty, powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 26.06.2009 r. Tym samym konsorcjum GISPartner nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z wymaganiami, co uzasadnia wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Jednocześnie zamawiający uwzględniając uzupełniony dokument, naruszył przepis art. 26 ust. 3 Pzp, określający w/w zasadę oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zaświadczenie, przedłożone przez konsorcjum GISPartner jest, ponadto niezgodne z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdyż w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia jest mowa o aktualnym zaświadczeniu właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Zaświadczenie aktualne nie może więc być wystawione wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zaświadczenie, które przedłożyło konsorcjum GISPartner w wyniku uzupełnienia dokumentów datowane jest na dzień 29.06.2009 r. co oznacza, że nie zostało ono wystawione przed upływem terminu składania ofert.

Powyższe uzasadnia wykluczenie konsorcjum GISPartner z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp i § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w/s dokumentów. Zamawiający uznał potwierdzenie spełniania warunku na podstawie odręcznie dopisanego w w/w wymienionym zaświadczeniu zdania o treści: „w/w firma nie zalegała na dzień 26.06.2009 r. w podatkach”, przez p.o. Naczelnika Małgorzatę K. W ocenie odwołującego, tego typu oświadczenie nie stanowi podstawy do uznania, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ oświadczenie Małgorzaty K. nie jest zaświadczeniem w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 3 wskazanego rozporządzenia. Jest to wyłącznie dokument prywatny, potwierdzający jedynie to, że Małgorzata K. złożyła oświadczenie o podanej treści. Jedynie dokument urzędowy, w przeciwieństwie do prywatnego, korzysta z domniemania prawdziwości.

Odwołujący wskazał również, że wydanie przedmiotowego oświadczenia, jeżeli miało zastąpić lub uzupełnić spóźnione zaświadczenie, jest niezgodne z przepisami Ordynacji podatkowej. Zgodnie z przepisem art. 306 a § 3 Ordynacji podatkowej, zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania. W świetle tego przepisu, jedynym stanem faktycznym podlegającym potwierdzeniu przez uzupełnione zaświadczenie, jest stan na dzień wydania zaświadczenia, tj. na dzień 29.06.2009 r. (co znajduje swe odzwierciedlenie w pkt I zaświadczenia, poprzez stwierdzenie, iż zaległości podatkowych nie ujawniono na dzień 29.06.2009 r.

I tylko stan z takiej daty (wydania zaświadczenia), zdaniem odwołującego, można uznać za potwierdzony przez właściwy organ podatkowy. Zamawiający nie może uznać, iż prywatne oświadczenie Małgorzaty K. zastępuje zaświadczenie w rozumieniu rozporządzenia w/s dokumentów i w rozumieniu przepisów Ordynacji podatkowej.

Szczegółowe zasady i tryb wydawania zaświadczeń określa rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie zaświadczeń wydawanych przez organy podatkowe (Dz. U. Nr 165 poz. 1374). Wzór zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości (ZAS-W) stanowi załącznik nr 4 do rozporządzenia i nie przewiduje on możliwości zamieszczenia w nim innych informacji, niż określone w jego treści. Wzór ten odpowiada bowiem przepisowi art. 306 e § 1 i 4 Ordynacji podatkowej, które ściśle określają zakres informacji, jakie mogą być w przedmiotowym zaświadczeniu zawarte. W szczególności § 4 stanowi:

„Na żądanie wnioskodawcy w zaświadczeniu podaje się także informacje:

1) czy w stosunku do wnioskodawcy prowadzone jest:

- a) a) postępowanie mające na celu ujawnienie jego zaległości podatkowych i określenie ich wysokości,
- b) postępowanie egzekucyjne w administracji, również w zakresie innych niż podatkowe zobowiązań wnioskodawcy,

c) postępowanie w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe;

2) dotyczące:

a) okresów, z których pochodzą zaległości, i ich tytułów,

b) podatków, których termin płatności został odroczony lub których płatność została rozłożona na raty”.

Odwołujący wskazał, że katalog informacji jakie można zamieścić na żądanie wnioskodawcy jest zamknięty. Nie jest zatem możliwe podanie w zaświadczeniu na żądanie wnioskodawcy informacji o niezaleganiu z podatkami na dzień inny, niż dzień wydania zaświadczenia. Byłoby to zresztą sprzeczne z zasadą art. 306 a § 3 Ordynacji podatkowej, iż zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania.

W tej sytuacji żądanie wykluczenia konsorcjum GISPartner jest uzasadnione.

2. Zaświadczenie o niekaralności współników członka konsorcjum GISPartner, tj. Madu s.c. M. Durak J. Ostańkiewicz, jest nieaktualne, a zatem nie potwierdza spełniania warunków udziału w wymaganym okresie. Daty wydania obydwu zaświadczeń z KRK, to 17 marca 2008 r., co oznacza, że zostały one wydane wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, co jest niezgodne z § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Tym samym, z uwagi na nieprzedłożenie przez tego wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, konsorcjum GISPartner podlega wykluczeniu z postępowania.

3. Konsorcjum GISPartner nie było wzywane przez zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowych zaświadczeń o niekaralności. Z tego powodu, jedynie z ostrożności, odwołujący zarzucił naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia w/w dokumentów.

W świetle Pzp zamawiający nie może wezwać konsorcjum GISPartner do uzupełnienia tych dokumentów, bowiem z uwagi na podleganie wykluczeniu z postępowania w związku z zarzutem opisanym w pkt 1 protestu, co jest równoznaczne z odrzuceniem oferty tego wykonawcy (art. 24 ust. 4 Pzp), nie można zastosować trybu wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z brzmieniem przepisu, zamawiający jest zwolniony z obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów, gdy mimo ich złożenia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Nawet w przypadku wezwania i uzupełnienia przedmiotowych dokumentów - informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dokumenty te i tak nie będą potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, gdyż nie jest możliwe, podobnie jak w przypadku innych dokumentów urzędowych, uzyskanie ich z datą wcześniejszą, niż data wydania.

4. Ze względów opisanych w pkt 1-3 uzasadnienia protestu, wobec nieprzedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, konsorcjum GISPartner podlega wykluczeniu z postępowania.

5. Treść oferty konsorcjum GISPartner nie odpowiada treści siwz. Zamawiający określił następujące wymaganie (załącznik nr 4 do siwz): „Dodatkowo serwery muszą umożliwić archiwizację danych. W tym celu w każdym z serwerów należy uwzględnić urządzenie archiwizujące taśmowe LTO.” Tymczasem zaoferowany przez konsorcjum GISPartner serwer IBM x 3550 nie umożliwia zainstalowania napędu taśmowego w ramach jego obudowy. Producent zaoferowanego sprzętu nie przewiduje takiej opcji. Zaoferowany napęd (urządzenie archiwizujące taśmowe) jest napędem zewnętrznym, połączonym za pomocą SAS. Powyższe uzasadnia odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

6. Oferta konsorcjum ISPIK podlega odrzuceniu z następujących powodów:

- 1) wskazane w ofercie procesory zostały zaoferowane wariantowo, zgodnie z opisem procesora „procesor dual core/qued core”. Są to dwa różne procesory, co jest alternatywą i prowadzi do wariantowości złożonej oferty, czego zamawiający nie dopuścić;
- 2) zaoferowane serwery nie zostały wyposażone w karty Fibre Channel (FC) oraz napęd taśmowy, co było bezwzględnie wymagane w siwz;
- 3) konsorcjum ISPIK nie określiło w ofercie modelu następującego sprzętu: Routera, Swicha Fibre Channel, Firewoll-a, co było wymagane przez zamawiającego w siwz (w nagłówku tabeli kolumna 3 – „Oferowany przez Wykonawcę model sprzętu wraz z wymaganymi parametrami”).

Powyższe uzasadnia odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego podanych przepisów, utracił możliwość uzyskania zamówienia, podczas gdy spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta jest jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu, której cena mieści się w kwocie, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Interes prawny we wniesieniu protestu wobec wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana niżej, niż oferta odwołującego, wynika z zasady koncentracji postępowania protestacyjnego. Odwołujący powołał się na postanowienie KIO z dnia 13 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP1041/08.

Zamawiający:

1. Uwzględnił protest w zakresie żądania:
 - 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 2) dokonania ponownej oceny ofert.
2. Oddalił protest w zakresie żądania:
 - 1) wykluczenia Konsorcjum GISPartner z postępowania,
 - 2) odrzucenia oferty konsorcjum GISPartner,
 - 3) wyboru oferty protestującego, jako oferty najkorzystniejszej.
3. Odrzucił protest w zakresie żądania odrzucenia oferty konsorcjum ISPIK.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podał.

Ad. 1. Protestujący podniósł dwa zarzuty: 1) że zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, dołączone przez konsorcjum GISPartner potwierdza stan na dzień 29.06.2009 r. a nie na dzień 26.06.2009 r. oraz 2) brak właściwej formy zaświadczenia.

Konsorcjum GISPartner zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak zalegania z opłacaniem podatków i w wymaganym ustawowo terminie dokumenty te uzupełniło, zdaniem zamawiającego, w sposób właściwy.

Przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w/s dokumentów zobowiązuje wykonawców do przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Pzp nie określa z jakiej daty powinien być dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazuje jedynie, że powinien on zostać wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Istotne jest, aby przedstawiony dokument zaświadczał stan aktualny. Zamawiający uznał, że warunek ten został spełniony przez złożenie dokumentu przedstawionego przez GISPartner, który przedłożył zaświadczenie aktualne, potwierdzające spełnianie warunku na dzień składania ofert, podpisane przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego, w osobie Małgorzaty K. Nie uznał za trafne twierdzenia, że odręczny dopisek dokonany przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego jest niezgodny z przepisami Ordynacji podatkowej, ponieważ zamieszczenie dopisku jest sprzeczne z treścią art. 306 § 3 tej ustawy. Za chybione również uznał rozważania, że w zaświadczeniu konsorcjum GISPartner zawarte były treści, których w zaświadczeniu zamieszczać nie można. Zamawiający przychylił się do poglądu, że dla ważności wydanego dokumentu nie jest istotne, aby był wydany na odpowiednim druku, ważne jest byleby został wydany w granicach kompetencji właściwego organu i wskazywał na brak zalegania w podatkach na właściwy dzień. Zdaniem zamawiającego, zawarta w treści zaświadczenia adnotacja uprawnionego organu, w zakresie jego kompetencji,

opatrzona datą, podpisem i pieczęcią wystawiającego, stanowi część integralną zaświadczenia i wypełnia wymóg posiadania zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach na dzień 26 czerwca 2009 r., we właściwej formie.

W tej sytuacji zamawiający oddalił zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 Pzp, jako bezpodstawny i bezzasadny.

Ad. 2 i 3. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2 i 3, stwierdzając, że przedłożone przez konsorcjum GISPartner zaświadczenie jest nieaktualne. Z tego powodu zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zapowiedział, iż wezwie wykonawcę GISPartner do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, tj. do przedstawienia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w siwz. Uwzględnienie tego zarzutu nie skutkuje wykluczeniem konsorcjum GISPartner z postępowania. Zamawiający stwierdził, że nie wzywał wcześniej wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w opisanym zakresie w trybie 26 ust. 3 Pzp.

Ad. 4. W związku z uwzględnieniem protestu w zakresie zarzutów opisanych w punkcie 2 i 3, zarzut opisany w punkcie 4 protestu, jest bezpodstawny i zasługuje na oddalenie.

Ad. 5. Protest w tym punkcie jest całkowicie bezzasadny, ponieważ zamawiający dopuścił możliwość proponowanego rozwiązania w odpowiedzi na pytanie nr 73 dotyczące treści siwz. W siwz określono wymagania dostarczenia urządzenia archiwizującego taśmowego LTO, ale nie wskazano sposobu i miejsca zamontowania w/w urządzenia, w związku z tym nie ma konieczności zainstalowania napędu w obudowie serwera. SIWZ określa minimalne parametry i ogólne ramy wykonania zadania, nie wskazując jednak konkretnych rozwiązań, których szczegółowe wykonanie pozostawia swobodnej decyzji wykonawcy. W związku z powyższym, zamawiający oddalił protest w tym zakresie, jako bezpodstawny i bezzasadny.

Ad. 6. Zamawiający odrzucił zarzut z pkt 6 z protestu z powodu braku interesu prawnego w jego wniesieniu. Protestujący nie posiada interesu prawnego w podważaniu, na podstawie art. 89 Pzp, zgodności treści oferty z treścią siwz, znajdującej się na trzecim miejscu w klasyfikacji ofert, w sytuacji gdy oferta protestującego zajmuje drugie miejsce. Brak interesu prawnego wykonawcy potwierdza m. in. treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/38/07, Lex Polonica nr 1819301, gdzie wskazano „Interes prawny wnoszącego środek odwoławczy ocenia się w konkretnym postępowaniu, w którym jest ten podmiot uczestnikiem i polega na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą”. W tej sytuacji w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 6 protestu,

protest podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp, jako złożony przez podmiot nieuprawniony.

W odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie: wykluczenia z postępowania konsorcjum GISPartner i odrzucenia oferty tego wykonawcy, odrzucenia oferty konsorcjum ISPIK oraz prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania powtórzył zarzuty zawarte uprzednio w proteście i wskazał naruszenie tych samych przepisów prawnych.

Wniósł o nakazanie:

- 1) wykluczenia konsorcjum GISPartner z postępowania,
- 2) odrzucenia oferty konsorcjum GISPartner,
- 3) odrzucenie oferty konsorcjum ISPIK,
- 4) wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W postępowaniu złożono trzy oferty przez wykonawców:

- 1) ComArch S.A. i Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o. (odwołujący) z ceną 1 274 900 zł, pkt 85,07,
- 2) Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A., Asseco Systems S.A. i GEO-MED Mariusz Górski z ceną 1 514 573,88 zł, pkt 71,60,
- 3) GISPartner Sp. z o.o., Madu s.c. M.Durak J.Ostańkowicz i ESRI Polska Sp. z o.o. (oferta wybrana) z ceną 1 084 580 zł, pkt 100.

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena o znaczeniu 100%.

Zatem, odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu protestu i odwołania, gdyż jego oferta uzyskała drugą w kolejności lokatę w punktacji ofert i gdyby zarzuty dotyczące wybranej oferty okazały się zasadne oraz nastąpiło powtórzenie oceny ofert, miałby potencjalną możliwość uzyskania zamówienia. Jednakże interes prawny dotyczy wyłącznie kwestionowania wybranej oferty, złożonej przez wykonawców - GISPartner Sp. z o.o., Madu s.c. M.Durak J.Ostańkowicz i ESRI Polska Sp. z o.o., z ceną 1 084 580 zł.

KIO rozpoznała zarzuty dotyczące tego wykonawcy i złożonej przez niego oferty.

Odwołujący nie posiada natomiast interesu prawnego w rozumieniu art.179 ust.1 Pzp w podważaniu oferty wykonawcy - Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A., Asseco Systems S.A. i GEO-MED Mariusz Górski, jako oferty, której treść nie odpowiada treści siwz, z uwagi na fakt, że uzyskana trzecia lokata tej oferty (najniższa punktacja w kryterium oceny ofert), z różnicą w cenie ofert wynoszącą 239 673,88 zł, na niekorzyść

wskazanego wykonawcy, nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego. Skład orzekający Izby podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 8 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/38/07, że interes prawny wykonawcy wnoszącego środek odwoławczy ocenia się w konkretnym postępowaniu, w którym wykonawca ten jest uczestnikiem postępowania i posiadanie interesu wykonawcy polega na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Stąd, odwołanie w części dotyczącej wskazanego wykonawcy i złożonej przez niego oferty, podlegałoby oddaleniu, jako odwołanie wniesione przez odwołującego nieposiadającego interesu prawnego. Rozstrzygnięcie protestu w tej części dotyczyło zakresu merytorycznego i w razie jego nieuwzględnienia protest powinien być oddalony, a nie odrzucony z powodu jego wniesienia przez podmiot nieuprawniony. Odwołujący, mimo braku interesu prawnego w tym zakresie, nie utracił przymiotu wykonawcy, a więc nie utracił statusu podmiotu uprawnionego. Odwołujący zrezygnował w toku rozprawy z popierania tego zarzutu, zatem KIO nie rozpoznawała tego zarzutu.

W pozostałej części, w zakresie zarzutów dotyczących wybranej oferty i wykonawcy, który złożył tę ofertę - GISPartner Sp. z o.o., Madu s.c. M.Durak J.Ostańkiewicz i ESRI Polska Sp. z o.o., odwołanie podlega oddaleniu, jako niezasadne.

KIO podziela pogląd zamawiającego, że zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego Wrocław-Śródmieście dotyczące firmy Madu s.c. Maciej Durak, Jarema Ostańkiewicz, z dnia 29.06.2009 r. o treści, że nie ujawniono zaległości podatkowych wnioskodawcy na dzień 29.06.2009 r., z dopisaną odręcznie częścią o treści, że w/w firma nie zalega na dzień 26.06.2009 r. w podatkach, złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, spełnia wymogi zamawiającego wynikające ze wskazanych przepisów, bowiem potwierdza spełnianie niezalegania w podatkach na dzień upływu terminu składania ofert, tj, dzień 26.06.2009 r. Nie można przyjąć argumentacji odwołującego, jako zasadnej, że nie może być wystawione zaświadczenie z datą późniejszą niż data składania ofert, bo w takim przypadku niemożliwe byłoby uzupełnianie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Uzupełniony dokument, z reguły wystawiony jest z późniejszą datą, niż data wskazująca upływ terminu składania ofert. Dokument ma jedynie potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Również KIO nie znalazła podstaw, by uznać, że złożone zaświadczenie nie odpowiada wymaganiom zamawiającego w świetle przepisów ustawy Ordynacja podatkowa i przepisów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy. Zaświadczenia, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wymagane są na podstawie przepisów wykonawczych do Pzp – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich

te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm.), gdzie w § ust.1 pkt 3 określono, że zaświadczenie ma potwierdzać nie zaleganie z opłacaniem podatków (...) i ma być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W razie uzupełniania dokumentów, termin wystawienia dokumentu, z konieczności, podlega korekcie wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp.

Nie można również uznać za zasadne twierdzenia odwołującego, że złożone zaświadczenie zawiera w swej treści, w istocie dwa zaświadczenia, co wymaga uiszczenia podwójnej opłaty skarbowej od wydania zaświadczenia i co w konsekwencji, uniemożliwia uznania zaświadczenia za wystarczające.

W ocenie KIO, zamawiający nie mógł nie uznać złożonego zaświadczenia. Odwołujący nie podważył zaświadczenia zarówno w zakresie prawdziwości danych w nim zawartych, jak również podpisu i uprawnienia osoby podpisującej zaświadczenie, do dokonania tych czynności. Sprostował na rozprawie swoje stanowisko w tym przedmiocie wyrażone w proteście i odwołaniu, że odrębny dopisek nie jest prywatnym oświadczeniem osoby, która podpisała oświadczenie, a jest oświadczeniem wiedzy.

W zakresie nieaktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących współników Madu s.c. Maciej Durak, Jarema Ostańkiewicz, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, zamawiający uwzględnił protest, w wyniku czego został zobowiązany na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp do dokonania czynności oprotestowanej, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Zarzut w przedmiocie wykluczenia wykonawcy z postępowania z tego powodu, na aktualnym etapie postępowania, podniesiony zresztą przez odwołującego z ostrożności, nie może być uwzględniony, gdyż zamawiający zobowiązany jest z mocy przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wadliwego dokumentu. Fakt złożenia wskazanego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, w ocenie KIO, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega na dzień składania ofert z opłacaniem podatków, jak najbardziej zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia aktualnych informacji z KRK.

Również zarzut dotyczący oferty konsorcjum GISPartner, jako oferty, której treść nie odpowiada treści siwz z tego powodu, że zaoferowany serwer IBM x 3550 nie umożliwia zainstalowania napędu taśmowego w ramach jego obudowy, gdyż producent zaoferowanego sprzętu nie przewiduje takiej opcji (zaoferowany napęd - urządzenie archiwizujące taśmowe - jest napędem zewnętrznym, połączonym za pomocą SAS), nie potwierdził się.

Zamawiający określił w siwz, w załączniku nr 4 (Specyfikacja techniczna sprzętu komputerowego) do części III – Opis przedmiotu zamówienia, na ostatniej stronie załącznika oznaczonej nr 27, w dopisku zatytułowanym „Uwaga”, zdanie drugie i trzecie, że „Dodatkowo

serwery muszą umożliwiać archiwizację danych. W tym celu w każdym z serwerów należy uwzględnić urządzenie archiwizujące taśmowe LTO.”

W odpowiedzi na zadane pytania dotyczące treści siwz, zamawiający udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 9.06.2009 r. znak: ZP.II.3411/39/09, str. 8 i 9, pytanie i odpowiedź 73 o treści, pytanie: „Dotyczy załącznika nr 4 do SIWZ. Czy Zamawiający, w zamian za zastosowanie napędu LTO w każdym serwerze, dopuści zastosowanie biblioteki taśmowej podłączonej do serwera bezpieczeństwa zawierającej 2 napędy LTO wraz z oprogramowaniem do tworzenia i zarządzania kopiami bezpieczeństwa? Rozwiązanie to znacznie ułatwi zarządzanie kopiami bezpieczeństwa oraz w pełni zautomatyzuje wymianę taśm.” Odpowiedź: „TAK, pod warunkiem, że rozwiązanie umożliwi odtworzenie systemu operacyjnego oraz danych po awarii na serwerach, w których nie będzie zainstalowanych urządzeń LTO. Rozwiązanie musi zapewnić odpowiednią wydajność operacji archiwizacji danych (jak najkrótszy czas procesu archiwizacji danych dla wszystkich urządzeń, których dane będą archiwizowane w porównaniu do łącznego czasu procesu archiwizacji na wbudowanych w urządzenia napędów LTO).”

W ocenie KIO, z powyższego wynika, że opis zawarty w siwz o treści „(...) w każdym z serwerów należy uwzględnić urządzenie archiwizujące taśmowe LTO”, nie precyzuje jednoznacznie, wbrew wywodom odwołującego na rozprawie, że każdy z serwerów ma być wyposażony w wewnętrzny napęd taśmowy, w szczególności nie można wywieść takiego wniosku z określenia „w każdym z serwerów”.

Dopiero z odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 73, dotyczącej wskazanej części siwz, gdzie zamawiający wyraził zgodę na zainstalowanie w zamian napędu LTO w każdym serwerze, biblioteki taśmowej podłączonej do serwera, jako napędu zewnętrznego, można uznać, że w opisie pierwotnym chodziło, istotnie o wewnętrznie wbudowany napęd taśmowy. Jednocześnie z odpowiedzi tej wynika, że dopuszczony zamiennie zewnętrzny napęd taśmowy ma umożliwić, po pierwsze, odtworzenie systemu operacyjnego oraz danych po awarii na serwerach, w których nie będzie zainstalowanych urządzeń LTO, a po drugie, że rozwiązanie musi zapewnić odpowiednią wydajność operacji archiwizacji danych.

Przystępujący, jak potwierdzono na rozprawie, zaoferował urządzenia taśmowe podpięte do każdego serwera, zainstalowane zewnętrznie. Potwierdził w złożonym oświadczeniu (IBM Polska Sp. z o.o.), że wydajność napędu taśmowego nie zależy od jego pozycji względem serwera, a od technologii przyłączenia. Z oświadczenia wynika, że zaoferowane urządzenie zapewnia oczekiwaną wydajność, także stwarza możliwość oszczędności miejsca w szafie rack.

Odwołujący, mimo precyzyjnego i opisowego przedstawienia rozwiązań oferowanych w postępowaniu, poza wykazaniem, że Przystępujący zaoferował zewnętrzny napęd taśmowy podpięty do każdego serwera, nie wykazał, że urządzenie to nie umożliwi odtworzenia

systemu operacyjnego oraz danych po awarii na serwerach i nie zapewni odpowiedniej wydajności operacji archiwizacji danych, porównywalnej do czasu procesu archiwizacji na wbudowanych w urządzenia napędów LTO.

Skoro zamawiający dopuścił zewnętrzne urządzenie taśmowe, pod pewnymi warunkami, a Przystępujący zaoferował również zewnętrzne urządzenie taśmowe, co do którego nie podważono parametrów technicznych w postaci możliwości odtworzenia danych w razie awarii serwera i osiągnięcia oczekiwanej wydajności urządzenia, nie można w ocenie KIO, uznać, że treść oferty Przystępującego nie jest zgodna z treścią siwz.

Zamawiający, potwierdził na rozprawie, że dopuścił możliwość rozwiązania przyjętego w ofercie Przystępującego, na podstawie wskazanej odpowiedzi nr 73. Potwierdził, że w siwz określono wymagania dostarczenia urządzenia archiwizującego taśmowe LTO, ale nie wskazano sposobu i miejsca zamontowania w/w urządzenia, w związku z tym uznał, nie ma konieczności zainstalowania napędu w obudowie serwera.

Z tych względów, KIO uznała, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów prawnych - art. 22 ust. 1 pkt 2-3, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 25 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z późn. zm.) i na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do wyniku sprawy, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust.1 pkt 2 lit.b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....