

Sygn. akt: KIO/UZP 1462/09

KIO/UZP 1463/08

WYROK
z dnia 26 listopada 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Renata Tubisz
Anna Packo

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24.11.2009r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **12 listopada 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. "Qumak-Sekom" S.A., 00-807 Warszawa, ul. Jerozolimskie 94 (sygn. akt. KIO/UZP 1462/09)

B. Veganet Sp. z o.o., 51-112 Warszawa, ul. Czeska 12 (sygn. akt KIO/UZP 1463/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Dolnośląskie - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, 50-411 Wrocław, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14** protestów:

A. "Qumak-Sekom" S.A., 00-807 Warszawa, ul. Jerozolimskie 94 z dnia 07 września 2009 r.

B. Veganet Sp. z o.o., 51-112 Warszawa, ul. Czeska 12 z dnia 03 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy "**Qumak-Sekom**" S.A., 00-807 Warszawa, ul. Jerozolimskie 94 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1463/09 po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. "Qumak-Sekom" S.A., 00-807 Warszawa, ul. Jerozolimskie 94

B. Veganet Sp. z o.o., 51-112 Warszawa, ul. Czeska 12

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez "**Qumak-Sekom**" S.A., 00-807 Warszawa, ul. Jerozolimskie 94,
 - B** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Veganet Sp. z o.o., 51-112 Warszawa, ul. Czeska 12,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 30 538 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty 17 769 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz "**Qumak-Sekom**" S.A., 00-807 Warszawa, ul. Jerozolimskie 94,
 - B** kwoty kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Veganet Sp. z o.o., 51-112 Warszawa, ul. Czeska 12.**

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

Sprawa sygn. KIO/UZP 1462/09

Odwołujący – Qumak-Sekom S.A. w Warszawie, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup wraz z instalacją sprzętu komputerowego i wyposażenia na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego oraz szkolenie w zakresie obsługi wyżej wymienionych urządzeń zarzucił Zamawiającemu, którym jest Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski nieuzasadniony wybór oferty Surfland Systemy Komputerowe S.A. pomimo, że nie spełnia ona wymagań SIWZ oraz nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia ofert Surfland Systemy Komputerowe oraz Veganet sp. z o. o., pomimo, iż wobec obu tych ofert zachodzą przesłanki określone w art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy.

Wniósł o unieważnienie decyzji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórne dokonanie oceny ofert, odrzucenie ofert Surfland Systemy Komputerowe oraz Veganet sp. z o. o. jako nie spełniających warunków postępowania oraz wybór oferty Qumak-Sekom S.A. jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając stanowisko wskazał, że zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców przeprowadzenia autoryzowanych szkoleń w autoryzowanym ośrodku szkoleniowym tj.: *„Wykonawca przeszkoli 6 osób z obsługi sprzętu i oprogramowania VMWare (minimum 5 dni po 8 godzin) oraz zapewni materiały dydaktyczne. Szkolenie musi być autoryzowane przez Producenta dostarczonych rozwiązań i przeprowadzone w autoryzowanym ośrodku szkoleniowym na terenie Polski. Pracownicy Zamawiającego muszą zostać przeszkoleni w co najmniej dwóch grupach, w dwóch nie pokrywających się terminach.”*

Odwołujący stwierdził, że dwie konkurencyjne oferty powinny być odrzucone wobec nie spełnienia powołanego wymogu:

1/ w ofercie Surfland Systemy Komputerowe S.A. w załączniku nr pkt 8 wykonawca nie odniósł się do wymogu wskazania, jaką część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, co oznacza, że zobowiązał się do samodzielnego wykonania całości przedmiotu zamówienia, w tym również samodzielnego przeprowadzenia szkoleń w zakresie oprogramowania VMWare i samodzielnego przeprowadzenia szkoleń z obsługi oferowanego sprzętu producenta Dell, co oznaczałoby, że spółka jest autoryzowanym podmiotem do przeprowadzania autoryzowanych szkoleń i jest autoryzowanym ośrodkiem szkoleniowym producentów oferowanych rozwiązań.

Odwołujący powołując się na wydruk ze strony internetowej producenta VMWare stwierdził, że wybrany wykonawca nie jest autoryzowanym podmiotem w zakresie szkoleń z obsługi VMWare, a Zamawiający mógł i powinien posiadać wiedzę o istniejących w Polsce

autoryzowanych jednostkach szkoleniowych w wymaganym przez siebie zakresie i zachowując wymaganą staranność stwierdzić, iż oświadczenie spółki SurfLand Systemy Komputerowe S.A. dotyczące możliwości samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia pozostaje w sprzeczności z faktycznymi możliwościami tego wykonawcy i zawiera nieprawdziwe informacje.

2/ Ofercie Veganet sp. z o. o. Odwołujący również zarzucił niezgodność w SIWZ wskazując, że wykonawca w formularzu ofertowym, (analogicznie jak wybrany wykonawca) nie odniósł się co do wymogu, jaką część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom. Zdaniem Odwołującego, należy przyjąć, że Veganet sp. z o. o. zobowiązał się do samodzielnego przeprowadzenia szkoleń w zakresie oprogramowania VMWare i samodzielnego przeprowadzenia szkoleń z obsługi oferowanego sprzętu producenta IBM, co oznaczałoby, że spółka ta jest autoryzowanym podmiotem do przeprowadzania autoryzowanych szkoleń oraz jest autoryzowanym ośrodkiem szkoleniowym producentów oferowanych rozwiązań. Odwołujący stwierdził, że Veganet sp. z o. o. nie jest takim podmiotem. Wskazał jako dowód wydruk ze strony internetowej VMWare Partner Locator. Stwierdził ponadto na podstawie informacji ze strony internetowej producenta IBM, że jedyny autoryzowany podmiot do prowadzenia szkoleń z zakresu obsługi sprzętu IBM to Centrum Edukacji IBM w Warszawie.

Odwołujący wskazał ponadto na konsekwencje składania nieprawdziwych informacji i oświadczeń wynikające z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp i art. 297 kk oraz błędy w ofertach wynikające z naliczenia dla całego przedmiotu zamówienia stawki VAT 22%, podczas gdy część związana ze szkoleniami objęta jest zwolnieniem z podatku od towarów i usług. Ofercie Veganet sp. z o. o. Odwołujący zarzucił również niezgodność z SIWZ polegającą na braku na stronie 8 oferty zał. nr 5 Parametry oferowane, wymaganej informacji, iż oferowane „Standardowe moduły rozszerzeń Ethernet” obsługują „Opcje warstwy 3: Trasy statyczne, Protokół Routing Information Protocol wersja I (RIPv1) i RIPv2”.

Zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne. Wniósł o oddalenie odwołania. Przypomniał, że nie żądał od wykonawców wskazania podwykonawcy, który świadczyłby usługi szkolenia. Sposób realizacji zamówienia został określony m.in. we wzorze umowy, gdzie w § 2 pkt 12 dopuszczono możliwość dostarczenia imiennych voucherów dla pracowników Zamawiającego uprawniających do udziału w szkoleniu, ważnych przez 6 miesięcy, przeprowadzanych przez autoryzowany podmiot. W tym świetle Zamawiający uznał, że nie ma podstaw odrzucenia kwestionowanych ofert. Odnośnie zarzutu dotyczącego podanej w ofercie stawki VAT Zamawiający powołał się na linię orzeczniczą, zgodnie z którą w sytuacji, gdy usługa ma charakter mieszany, o stawce podatku decyduje stawka przyjęta dla usługi o największym zakresie.

W stosunku do zarzutu o braku informacji w ofercie Veganet sp. z o. o. (Załącznik 5 – wykaz oferowanych parametrów), że Standardowe moduły rozszerzeń Ethernet obsługują „Opcje warstwy 3 ...” Zamawiający stwierdził, że przedstawiony przez wykonawcę Veganet sp. z o. o. sprzęt IBM BladeCenter H spełnia parametr określony w SIWZ. Zamawiający dodał, że Odwołujący w swojej ofercie zaoferował sprzęt identyczny (marka, model, typ), w związku z czym zarzut niezgodności z SIWZ jest dla niego niezrozumiały.

Sprawa sygn. KIO/UZP 1463/09

Odwołujący – Veganet sp. z o. o. we Wrocławiu, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zakup wraz z instalacją sprzętu komputerowego i wyposażenia na potrzeby Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego oraz szkolenie w zakresie obsługi wyżej wymienionych urzędzeń zarzucił Zamawiającemu, którym jest Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ i art. 89 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nie spełniającej SIWZ.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Surfland Systemy Komputerowe S.A. i jej odrzucenie oraz nakazanie dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty wskazał, że w wyniku oględzin ofert w siedzibie Zamawiającego w dniu 24 sierpnia 2009 r. stwierdził, że zaoferowana przez Surfland Systemy Komputerowe S.A. macierz dyskowa CX – 4 model 480 nie odpowiada minimalnym warunkom określonym w SIWZ. Wskazał, że Zamawiający niesłusznie oddalając zarzut jako bezzasadny podjął decyzję opierając się na oświadczeniu firmy Dell sp. z o. o.

Odwołujący stwierdził, powołując wymogi SIWZ, że wybrany wykonawca w swojej ofercie podał nieprawdziwe dane pisząc, że przestrzeń adresowa do przechowywania danych dla operacji odczyt wynosi 9GB, gdy rzeczywista wartość tego parametru wynosi 4,5 GB. Na poparcie tego twierdzenia Odwołujący powołał się na informację producenta macierzy dyskowej EMC Corporation zamieszczoną na stronach internetowych firmy wraz ze ścieżkami dostępu do nich. Wskazał, że EMC jest oryginalnym producentem przedmiotowych rozwiązań, jakkolwiek Dell (a także Jujitsu-Siemens), który nie produkuje macierzy ma umowę z EMC i sprzedaje je pod własnym logo.

Przedstawiając parametry macierzy Odwołujący stwierdził, że Surfland Systemy Komputerowe S.A. zaoferował macierz CX-480 podając dane macierzy CX4-960 spełniającej wymagania techniczne SIWZ, lecz przewyższającej ceną model zaoferowany tj. CX4-480. Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z treści zawartych na stronie producenta EMC, a także opinii załączonej do odwołania, w której autor stwierdził, że urządzenie Dell model 480

nie posiada przestrzeni adresowej do przechowywania danych (tzw. Data cache) większej lub równej 8 GB (szczególnie dla odczytu dopuszcza max. 4,5 GB i 4,5 GB dla operacji zapisu), a zatem nie spełnia wymagań SIWZ parametrów użytkowych – ilość pamięci podręcznej nie osiąga wymaganych 8 GB.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający uznał zarzuty za bezzasadne. Wniósł o oddalenie odwołania.

Opierając się na posiadanej wiedzy, popartej złożonym przez firmę DELL sp. z o. o. w Warszawie oświadczeniem, uznał ofertę wybranego wykonawcy za zgodną z treścią SIWZ. Stwierdził, że twierdzenie Odwołującego, iż zaproponowana przez Surfland SK S.A. macierz dyskowa nie spełnia postawionego warunku odnośnie pamięci cache, nie jest prawdziwe. Powołał się na dokument „Introduction to the EMC CLARIION CX4 Series Featuring UltraFlex Technology”, gdzie na stronie 8 znajduje się odnośnik „3” mówiący o tym, że „Wszystkie modele serii CX4 posiadają dwa kontrolery” (All models ins the CX4 series have two Sps”), a dane dotyczące rozmiaru pamięci odnoszą się do jednego kontrolera (per SP). Wskazał, że przestrzeń adresowa do przechowywania danych pamięci cache w macierzy DELL/EMC CX4-480 wynosi 9 GB, odpowiednio 4,5 GB (4498 MB) na kontrolerze A (SPA) i 4,5 GB (4498 MB) na kontrolerze B (SPB), w związku z czym maksymalna przestrzeń adresowa pamięci cache dla operacji odczyt wynosi 9GB, a nie 4,5 GB, jak twierdzi Odwołujący.

Na poparcie stanowiska złożył w toku rozprawy kopie dokumentów, w tym m. In. oświadczenie firmy EMC Komputer Systems Poland sp. z o. o. na okoliczność parametrów macierzy oferowanej przez wybranego wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników złożonych na rozprawie. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje:

Sprawa sygn. KIO/UZP 1462/09

Rozpatrując zarzuty w zakresie podtrzymanym w odwołaniu stwierdzono, że w formularzach ofertowych wybranego wykonawcy tj S.A. Surfland Systemy Komputerowe S.A. oraz w ofercie Veganet sp. z o. o. w pkt. 8 o treści: „Wykonanie następujących części zamówienia powierzemy podwykonawcom (jeżeli dotyczy)” zawarto sformułowanie „nie dotyczy”, natomiast w ofercie Odwołującego Qumak-Sekom S.A. stwierdzono: „Szkolenia

autoryzowane przez Producenta dostarczonych rozwiązań i przeprowadzone w autoryzowanym ośrodku szkoleniowym na terenie Polski.”

Oceniając zarzuty odwołania podniesione w stosunku do dwóch pierwszych ofert wskazujące na stwierdzenie w nich nieprawdy, Izba zarzuty uznała za niezasadne. Należy zauważyć, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał wskazania podwykonawcy, który miałby świadczyć usługi szkolenia. Ponadto Zamawiający przewidział w SIWZ, a konkretnie w § 2 pkt 12 wzoru umowy możliwość dostarczenia imiennych voucherów dla pracowników Zamawiającego uprawnionych do udziału w szkoleniu, które wchodzi w skład przedmiotu zamówienia.

Wskazana treść wzoru umowy podaje w ocenie składu orzekającego alternatywny sposób realizacji części zamówienia w zakresie szkoleń poprzez możliwość dostarczenia voucherów. Izba uznaje, że taka dopuszczona przez Zamawiającego metoda polegająca na dostarczeniu dokumentów o charakterze legitymacyjnym, uprawnionych do odbycia szkolenia w autoryzowanych ośrodkach nie stanowi zlecenia usługi podwykonawcy i jest w istocie rodzajem dostawy.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby nie dopatrył się w rozpatrywanym zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz nie stwierdził podstaw do odrzucenia kwestionowanych przez Odwołującego ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

Sprawa sygn. KIO/UZP 1463/09

Oceniając zarzut odwołania, że oferowana przez SurfLand Systemy Komputerowe S.A. macierz dyskowa Dell/EMC CX4-480 nie spełnia wymagań opisanych w charakterystyce wymagań minimalnych, które zostały wskazane w załączniku nr 5 do SIWZ stwierdzono, że dla parametru rozważanego tj. cache Zamawiający postawił, z uwzględnieniem dokonanych modyfikacji SIWZ następujące wymagania minimalne: „Z opcją przydziału przez administratora pamięci dla zapisu i odczytu; minimum 8GB sumarycznie, pamięć ciche zapisu mirrorowana między kontrolerami, z opcją zapisu na dysk lub podtrzymywana bateryjnie przez min. 48 h w razie awarii. Wymaga się, aby przestrzeń adresowa do przechowywania danych zapisu (tzw. Data cache) była nie mniejsza niż 8 GB dla operacji odczyt i 4 GB dla operacji zapis. Wymaga się, aby przestrzeń adresowa pod System Operacyjny macierzy i obsługę portów I/O tzw. System Cache była nie mniejsza niż 1 GB.”

Jak wynika z treści oferty wybranej wykonawca wybrany wykonawca, w zakresie objętym zarzutami, zaoferował przestrzeń adresową do przechowywania danych zapisu 9G dla operacji odczyt oraz 4,5GB dla operacji zapis. Wykonawca wskazał, że podane parametry posiada zaoferowana macierz model CX4-480.

Oceniając przedstawione przez strony dowody w przedmiotowej sprawie skład orzekający Izby uznaje za wiarygodne informacje zawarte w piśmie producenta macierzy będącego

również dostawcą, jak również oświadczenie firmy EMC Computers Systems Poland sp. z o. o. W oświadczeniu z dnia 9.09.2009 r. adresowanym do prowadzonego postępowania przez Zamawiającego Dell sp. z o. o. wskazał na dokument, którego kopia jest również załączona do odwołania pt. „Wprowadzenie do serii EMC CLARiiON CX4 przedstawiające zastosowaną technologię UltraFlex”, gdzie na stronie 8 znajduje się objaśnienie będące odnośnikiem „3” mówiącym o tym, że wszystkie modele serii CX4 posiadają dwa kontrolery, co ma oznaczać, że dane dotyczące pamięci podręcznej (cache) odnoszą się do jednego kontrolera. Dostawca wyjaśnia również w piśmie, że przestrzeń adresowa do przechowywania danych pamięci cache w oferowanej macierzy wynosi 9GB, odpowiednio 4,5G na kontrolerze A i 4,5 na kontrolerze B, co oznacza, że maksymalna przestrzeń adresowa pamięci cache dla operacji odczyt wynosi 9GB.

Powyższe informacje są spójne z drugim oświadczeniem zawartym w piśmie EMC CS Poland sp. z o. o. z dnia 29.09.2009 r., w którym firma EMC oświadczyła, że macierz model CX-480 posiada następujące parametry przestrzeni adresowej do przechowywania danych zapisu (tzw. Data Cache): 9GB dla operacji odczytu, 4,5 GB dla operacji zapisu. Wskazano nadto, że przestrzeń adresowa pod system operacyjny macierzy oraz operacje I/O jest nie mniejsza niż 1GB.

Biorąc pod uwagę, że przedstawione oświadczenia są spójne i nie pozostają w sprzeczności dokumentem pozyskanym przez Odwołującego ze strony internetowej producenta, Izba uznaje, że treść oferty wybranej jest w rozpatrywanym zakresie zgodna z zacytowaną wyżej treścią SIWZ. Oznacza to, że zarzuty odwołania są niezasadne i podlega ono oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art.191 ust. 1 ustawy.

Na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w sprawie wydano wyrok łączny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych dokonując równocześnie rozliczenia kwoty faktycznie uiszczonego wpisu przez Odwołującego w sprawie KIO/UZP 1462/09, w stosunku do wpisu należnego.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....