

Sygn. akt KIO/UZP 1509/09

WYROK
z dnia 15 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku, ul. Okopowa 15, 80-819 Gdańsk** (adres do korespondencji: Sekcja Zamówień Publicznych KWP w Gdańsku ul. Biskupia 23, 80-875 Gdańsk), protestu z dnia **28.09.2009 r.**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia, tworzących **konsorcjum firm: ComArch S.A. (lider konsorcjum), Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków, Madkom Sp. z o.o., Al. Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia, Sprint Sp. z o.o., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** 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 **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice,**
- 2) 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 **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice.**

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

Odwołujący - WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie, podnosząc, że zarówno protest, jak i odwołanie wniósł w terminach określonych w przepisach 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 ustawą.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „E-Policja elektroniczna platforma komunikacyjna Pomorskiej Policji ze społecznością regionu - dostawa i wdrożenie systemu”, znak sprawy 78/09.

Ogłoszenie o zamówieniu – Usługi – opublikowane zostało Dz. U. U. E. w dniu 8.07.2009 r. nr 2009 /S 128-187005.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej odwołujący uzasadnił tym, iż jego oferta jest drugą ofertą w kolejności po ofercie wybranej, jako najkorzystniejszej i gdyby zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji z siedzibą w Gdańsku, nie zaniechał czynności w toku badania i oceny ofert i wykluczył z postępowania wykonawcę - konsorcjum firm: ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Madkom Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni i Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, zwanego w skrócie konsorcjum ComArch, którego ofertę wybrał

jako najkorzystniejszą i następnie uznał złożoną przez tego wykonawcę ofertę za odrzuconą, wówczas odwołujący uzyskałby zamówienie będące przedmiotem postępowania.

Zarzucając zamawiającemu zaniechanie powyższych czynności i niezgodne z prawem dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazał naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy.

Podając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum ComArch, jako najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie konsorcjum ComArch z udziału w postępowaniu i uznanie jego oferty za odrzuconą;
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podał, że konsorcjum ComArch S.A. powinno być wykluczone z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, w zakresie potwierdzenia doświadczenia zawodowego w realizacji usług odpowiadających przedmiotowi prowadzonego postępowania.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie przepisów ustawy niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 191 ust. 1 a ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza, powinna uwzględnić odwołanie.

O podaniu nieprawdziwych informacji świadczą przedstawione okoliczności.

Zamawiający ostatecznie określił warunek udziału w postępowaniu (pismo z dnia 29 lipca 2009 r. następująco: „1.2. Warunkiem szczególnym w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest wykazanie, że wykonawca:

1.2.1. w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedno zamówienie, którego elementem było dostarczenie, wdrożenie i zintegrowanie systemu elektronicznego obiegu dokumentów, zawierającego aplikację zintegrowaną z bazami danych, pocztą elektroniczną i faksową, zbudowanego z wykorzystaniem technologii internetowych.

Wykazywany projekt powinien spełniać wymagania w zakresie bezpieczeństwa, określone w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych oraz wymagania określone w aktach wykonawczych do tej ustawy. Wykazywany projekt powinien odpowiadać innym cechom, takim jak dostarczenie, zainstalowanie i skonfigurowanie w ramach systemu: serwerów, aktywnych elementów sieciowych (zapory sieciowe, routery, switche), stanowisk komputerowych użytkowników, dedykowanych aplikacji, komponentu uwierzytelnienia, zarządzania uprawnieniami użytkowników, sporządzania rejestrów zdarzeń, raportów i statystyk. Wykazywany projekt winien być przeznaczony dla minimum 1000 użytkowników pracujących równoległe w systemie w strukturze rozproszonej geograficznie. Wartość wykazanego kontraktu winna być wyższa niż 1.500.000,00 PLN brutto.”

Na potwierdzenie tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu, zamawiający zażądał w siwz (rozdział V wymagania zamawiającego, pkt 2. - Dokumenty lub oświadczenia wymagane od wykonawców, aby złożyli: „Wypełniony załącznik nr 4 z dokumentami potwierdzającymi, że usługę wykonano należycie”, przy czym załącznik nr 4 to wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych projektów i wdrożeń, z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie.

Konsorcjum ComArch złożyło żądany wykaz, w którym wskazało dwa zamówienia, w tym jedno zamówienie wykonane na rzecz Gminy Miejskiej Kraków, a drugie na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego.

Zamówienia te miały potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj., że przedmiot zamówienia odpowiada „innym cechom, takim jak dostarczenie, zainstalowanie i skonfigurowanie w ramach systemu: (...) aktywnych elementów sieciowych (zapory sieciowe, routery, switche)”.

Na podstawie informacji uzyskanych ze stron internetowych obu urzędów i dostępu do informacji publicznej, odwołujący uzyskał informacje oraz dokumenty, z których wynikało, że zamówienia wykonane dla Gminy Miejskiej Kraków i Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego, nie obejmowały dostarczenia, zainstalowania i skonfigurowania w ramach systemu aktywnych elementów sieciowych, tj. zapór sieciowych, routerów, switchy (więcej niż jednego).

Zamówienie Gminy Miejskiej Kraków było zamówieniem udzielonym w 2007 r. w trybie negocjacji z ogłoszeniem p.n. „Opracowanie i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Zarządzania Oświatą”.

Odwołujący uzyskał w szczególności umowę i ofertę złożoną przez konsorcjum w tamtym postępowaniu. Z dokumentów wynika, że zamówienie nie obejmowało dostarczenia, zainstalowania i skonfigurowania w ramach systemu aktywnych elementów sieciowych, tj. zapór sieciowych, routerów, switchy (więcej niż jednego).

Przedmiot zamówienia w ogóle nie obejmował dostawy zapór sieciowych i routerów. W zakresie switchy (przełączniki sieciowe), to przedmiot zamówienia obejmował dostaw, tylko i wyłącznie jednego switcha (jednego przełącznika sieciowego), podczas gdy zamawiający wymagał switchy, a zatem co najmniej dwóch.

W załączniku nr 10 do umowy, który przesądzał o zakresie przedmiotu zamówienia, jest mowa jedynie o następujących elementach sieciowych (w tabeli oznaczonej jako „Dodatkowe elementy wyposażenia systemu o parametrach nie gorszych niż”):

- szafa serwerowa
- zasilacz awaryjny
- przełącznik sieci LAN (inaczej switch).

Tym samym zamówienie nie spełnia wymagań określonych w zakresie warunku udziału w postępowaniu, tj. nie obejmowało dostarczenia, zainstalowania i skonfigurowania w ramach systemu aktywnych elementów sieciowych, tj. zapór sieciowych, routerów, switchy (więcej niż jednego).

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że wbrew informacjom podanym przez konsorcjum ComArch w złożonym wykazie, wskazane zamówienie jako wykonane dla Gminy Miejskiej Kraków, nie spełnia warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Również zamówienie wykonane dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego nie obejmowało dostarczenia, zainstalowania i skonfigurowania w ramach systemu aktywnych elementów sieciowych (zapory sieciowe, routery, switchy) i stanowisk komputerowych użytkowników.

Zamówienie wskazane przez konsorcjum ComArch było zamówieniem udzielonym w 2008 r. w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „Dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego wspomagającego pracę Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego”.

Z opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz zamieszczonej na stronie internetowej urzędu, wynika, że zamówienie nie obejmowało dostarczenia, zainstalowania i skonfigurowania w ramach systemu aktywnych elementów sieciowych (zapory sieciowe, routery, switchy) i stanowisk komputerowych użytkowników.

W siwz określono, że infrastruktura sieciowa nie wchodzi w skład przedmiotu zamówienia.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał następujące informacje:

5. Środowisko projektu.

5.1 Zależność prac wdrożeniowych od innych projektów i działań.

5.2 Opis platformy sprzętowej i powiązanych systemów.

Ze szczegółowego opisu wynika, że nie było tam mowy o stanowiskach komputerowych użytkowników.

Tym samym ww. zamówienie nie odpowiadało „innym cechom, takim jak dostarczenie, zainstalowanie i skonfigurowanie w ramach systemu: (...) aktywnych elementów sieciowych (zapory sieciowe, routery, switchy), stanowisk komputerowych użytkowników”.

Podsumowując, odwołujący stwierdził, że wbrew informacjom podanym przez konsorcjum ComArch w złożonym wykazie, zamówienie wykonane dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego nie spełniało warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający wymagał wykonania co najmniej jednego zamówienia. Ponieważ konsorcjum ComArch w złożonym wykazie wskazało jedynie dwa zamówienia, a żadne z nich nie spełniało warunków, to nie ulega wątpliwości, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum ComArch, podając nieprawdziwe informacje na temat obu wykonanych zamówień, wywarło wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Konsorcjum ComArch powinno zostać wykluczone z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy.

Podanie przez Konsorcjum ComArch nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, wyłącza możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługę wykonano należycie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie można zastępować nieprawdziwych informacji prawdziwymi, np. wyrok z dnia 13 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 60/08, również wyrok z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1098/08 oraz wyrok z dnia 5 marca 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 141/08.

Odwołujący podkreślił, że decyzja zamawiającego o wyborze oferty konsorcjum ComArch jako najkorzystniejszej, a przede wszystkim uznanie, że wykonawca ten spełnia warunek w zakresie doświadczenia, budzi zdumienie wobec faktu wniesienia protestu przez tego

wykonawcę na warunki udziału w postępowaniu na poprzednim etapie postępowania oraz późniejszego odwołania, które zostało cofnięte po wyborze oferty tego wykonawcy.

W ówczesnych środkach ochrony prawnej wykonawca podnosił, że wadliwe jest wymaganie aby wykonawcy legitymowali się zamówieniem obejmującym dostawę dwóch różnych elementów informatycznych, tj. systemu umożliwiającego automatyzację elektronicznego obiegu dokumentów lub spraw oraz serwerów, aktywnych elementów sieciowych (zapory sieciowe, routery, switche), stanowisk komputerowych użytkowników.

W tym samym odwołaniu konsorcjum ComArch S.A. postawiło żądanie określenia warunku adekwatnego do przedmiotu zamówienie poprzez:

- odrębne wymaganie w zakresie doświadczenia we wdrożeniu systemu umożliwiającego automatyzację elektronicznego obiegu dokumentów,
- usunięcie lub przeniesienie do odrębnego warunku nic nie wnoszących, nadmiernych wymagań określonych w pkt. V.1.1. lit e) siwz tzw. „inne cechy”, zwłaszcza w zakresie dostaw sprzętu.

W świetle powyższego, ComArch S.A. nie spełnia warunku doświadczenia, zwłaszcza w zakresie dostaw sprzętu i dlatego we wniesionym odwołaniu wykonawca określił wyżej podane zarzuty i żądania.

Skoro wykonawca nagle wskazał, że warunek doświadczenia spełnia, to okoliczność taka powinna wzbudzić uzasadnione podejrzenia zamawiającego i skłonić go do skrupulatnej weryfikacji opisanego doświadczenia ComArch S.A. Tymczasem zamawiający nie przeprowadził takiego badania pomimo, że znał i dysponował dokumentami i oświadczeniami ComArch S.A.

Odwołujący negatywnie odniósł się do rozstrzygnięcia protestu, podając, że zamawiający stwierdził, iż w jego rozumieniu i intencji, użycie takich nazw jak zapory sieciowe, routery, switche, miało charakter przykładowego nazewnictwa określającego aktywne elementy sieci. Oprócz wymienionych, istnieje wiele innych rodzajów aktywnych elementów sieci, które również zawierają się w definicji i mogłyby być wykorzystane przez zamawiającego w opisie tego warunku.

W ocenie odwołującego, stanowisko zamawiającego jest sprzeczne z literalnym brzmieniem warunku.

Powołując się na treść warunku odwołujący uznał, że stwierdzenie zamawiającego „użycie takich nazw jak zapory sieciowe, routery, switche miało charakter przykładowego nazewnictwa określającego aktywne elementy sieci” jest nieprawdziwe, bowiem nic takiego nie wynika z treści warunku. Zamawiający, wskazując co rozumie przez aktywne elementy sieciowe, nie posłużył się takimi wyrazami, jak „na przykład”, „między innymi”, czy „w

szczegółności”, które wskazywałyby na przykładowy charakter wyliczenia. Przeciwnie, zamawiający nie pozostawił wykonawcom żadnej swobody i precyzyjnie wskazał jakich aktywnych elementów sieciowych wymaga, tj. zapór sieciowych, routerów i switchy. Lista wymagań jest listą zamkniętą i nie pozwala na jakiegokolwiek od niej odstępstwa. Odwołujący uznał, że można się zgodzić z zamawiającym, że „oprócz wymienionych, istnieje wiele innych rodzajów aktywnych elementów sieci” i „mogłyby być wykorzystane przez zamawiającego w opisie tego warunku”. Jednak inne rodzaje aktywnych elementów sieci nie zostały wykorzystane przez zamawiającego w opisie tego warunku. Zamawiający wskazał tylko i wyłącznie na zapory sieciowe, routery i switchy.

Odwołujący dodatkowo podkreślił, że sporządzone przez zamawiającego wyliczenie aktywnych elementów sieciowych nie miało charakteru przykładowego, co wynika w sposób oczywisty z literalnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu.

Podał, że zamawiający stwierdził na późniejszym etapie, że wyliczenie to miało charakter otwarty i że wykonawcy mogli wskazać inne aktywne elementy sieciowe. Taka interpretacja warunku oparta wyłącznie na nigdzie wcześniej nie wskazanym „rozumieniu” i „intencji” zamawiającego, jest sprzeczna, zdaniem odwołującego, z literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu i odwołujący ocenił ją jako niedopuszczalną.

Odwołujący odwołał się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczącego kwestii niezgodności treści oferty z treścią siwz - wyrok KIO z dnia 29 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1118/08 i wyrok z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 365/09.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiający stwierdził również, że „opisując dodatkowe cechy przedstawionego warunku nie precyzował i nie wymagał dokładnych danych zawierających ilości i szczegółowego typu sprzętu dostarczonego w ramach dokonania.”

Powyższe zdanie odwołujący ocenił jako oczywiście nieprawdziwe. Podał, że zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu, precyzyjnie wskazał wymagany typ sprzętu, tj. wymagany typ aktywnych elementów sieciowych (zapory sieciowe, routery, switchy), jak również posługując się liczbą mnogą (zapory sieciowe, routery, switchy) określił minimalną wymaganą ilość sprzętu, tj. minimum dwie zapory sieciowe, minimum dwa routery i minimum dwa switchy. Przytoczony powyżej fragment rozstrzygnięcia protestu stanowi zatem kolejny przykład niedopuszczalnego odchodzenia przez zamawiającego od treści warunku udziału w postępowaniu, a wręcz interpretowania warunku w sposób sprzeczny z jego literalnym brzmieniem. Takie postępowanie zamawiającego odwołujący ocenił, jako niedopuszczalne.

Odnosnie przedstawionego przez Konsorcjum Comarch listu referencyjnego z Urzędu Miasta Krakowa z dnia 4 grudnia 2008 r., potwierdzającego wykonanie m.in. dostawy infrastruktury teleinformatycznej, w tym elementów aktywnych sieci, odwołujący wskazał, że umowa w sprawie zamówienia publicznego, zawarta pomiędzy konsorcjum ComArch S.A., a Gminą

Miejską Kraków, obejmowała dostawę i instalację elementów sieciowych: - Szafa serwerowni, - Zasilacz awaryjny, - Przełącznik sieci LAN (inaczej switch). Z wymienionych elementów sieci, aktywnym elementem jest niewątpliwie przełącznik sieci LAN (inaczej switch), stąd też takie brzmienie listu referencyjnego jest dla odwołującego zrozumiałe i w pełni usprawiedliwione.

Zamawiający, jak wyżej podano, oddalił protest, powołując się na treść warunku. Wskazał w piśmie, że uznał, iż zamówienie wykonane na rzecz Gminy Miejskiej Kraków – „Zintegrowany System Zarządzania Oświatą dla Gminy Miejskiej Kraków” potwierdza doświadczenie wykonawcy niezbędne do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Podał, że wskazał w warunku jakim innym cechom odpowiadać ma dokonanie, a w szczególności, iż ma zawierać dostarczenie sprzętu teleinformatycznego służącego wdrożeniu systemu. Opisując dodatkowe cechy przedstawionego warunku, nie precyzował i nie wymagał dokładnych danych zawierających ilości szczegółowego typu sprzętu dostarczanego w ramach dokonania.

Stwierdził, że w jego rozumieniu i intencji użyte nazwy, takie jak zapory sieciowe, routery, switche, miało charakter przykładowego nazewnictwa określającego aktywne elementy sieci (...). Zamawiający uznał przedstawione w ofercie i poparte listem referencyjnym Urzędu Miejskiego w Krakowie z dnia 4 grudnia 2009 r. doświadczenie za wystarczające.

Na rozprawie przystępujący ograniczył swoje doświadczenie zawodowe w wykonywaniu usług, do potwierdzenia poprzez wykazanie wykonania usługi na rzecz Gminy Miejskiej Kraków. Zrezygnował z posługiwania się doświadczeniem przez wykonanie usługi na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego. Wniósł o ograniczenie postępowania dowodowego dotyczącego doświadczenia związanego z wykonaniem usługi, wyłącznie na rzecz Gminy Miejskiej Kraków.

Wobec zgody odwołującego (który stwierdził, że gdyby okazało się, że doświadczenie w realizacji usługi na rzecz Gminy Miejskiej Kraków było prawdziwe, a doświadczenie na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego nieprawdziwe, to i tak nie ma to znaczenia, gdyż w takiej sytuacji nie byłoby podstawy do wykluczenia przystępującego – ComArch S.A. z postępowania) i braku sprzeciwu zamawiającego, KIO ograniczyła postępowanie dowodowe do zarzutu, którego treścią jest podważenie doświadczenia nabytego przez wykonanie usługi na rzecz Gminy Miejskiej Kraków.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie, gdyż jego oferta uzyskała drugą punktację w kolejności, otrzymując 93,11 pkt, z ceną droższą o 323 118,22 zł, od ceny oferty wybranej. W razie skutecznego podważenia czynności badania ofert i wyeliminowania z postępowania przystępującego, odwołujący ma potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Spór dotyczy wyłącznie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, dokonanej przez zamawiającego w toku badania ofert.

Zgodnie z postanowieniami siwz, zmienionej w zakresie warunku, pismem z dnia 29 lipca 2009 r., zamawiający ograniczył wymóg doświadczenia wykonawców do wykazania co najmniej jednego zamówienia (1.2.1), którego elementem było dostarczenie, wdrożenie i zintegrowanie systemu elektronicznego obiegu dokumentów, zawierającego aplikację zintegrowaną z bazami danych, pocztą elektroniczną i faksową, zbudowanego z wykorzystaniem technologii internetowych. W opisie zamawiający zawarł wymóg spełniania bezpieczeństwa wynikającego z ustawy o ochronie danych osobowych. W końcowej części opisu warunku podał, że wskazany projekt powinien odpowiadać innym cechom, takim jak dostarczenie, zainstalowanie i skonfigurowanie w ramach systemu: serwerów, aktywnych elementów sieciowych (zapory sieciowe, routery, switche), stanowisk komputerowych użytkowników (...).

Ta końcowa część opisu stanowi zarzut odwołania, gdyż odwołujący uznał, że usługa wykazana jako doświadczenie przystępującego, nie spełnia elementów dostarczenia, zainstalowania i skonfigurowania w ramach systemu: (...), aktywnych elementów sieciowych, w zakres, których wchodzi łącznie - zapory sieciowe, routery i switche.

Przystępujący złożył w ofercie wymagany załącznik nr 4, w którym podał usługę wykonaną na rzecz na Gminy Miejskiej Kraków. Opis zawarty w siódmej ostatniej kolumnie tabeli stanowiącej załącznik nr 4, zatytułowany „Inne informacje”, został skutecznie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, zatem odwołujący zarzut odwołania i poprzedzającego odwołanie protestu, oparł na danych zebranych w sposób opisany w odwołaniu, a więc uzyskanych od zamawiających lub na podstawie danych zamawiających udostępnionych publicznie.

Z listu referencyjnego Urzędu Miasta Krakowa Wydziału Informatyki z dnia 4 grudnia 2009 r., który został załączony do zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się wyniku wniesienia protestu, wynika, że przystępujący zrealizował usługi w ramach zaprojektowania,

zbudowania, dostarczenia, wdrożenia i uruchomienia systemu. Natomiast z pisma z 8 grudnia 2009 r., w którym dane przedstawione przez przystępującego potwierdził jako zakres wykonanej dostawy, dyrektor Wydziału Informatyki Urzędu Miasta Krakowa wynika, że w ramach wykonania umowy z dnia 26 lutego 2007 r. na realizację Zintegrowanego Systemu Zarządzania Oświatą, został dostarczony sprzęt, m.in. przełącznik sieciowy LAN: 3COM Switch 5500-EI 24-PORT, 400 komputerów wyposażone w kartę sieciową (...), dziewięć serwerów wyposażonych w karty sieciowe (...). Odwołujący nie kwestionował doświadczenia w zakresie przełącznika sieciowego LAN. Natomiast głównie dowodził, że w ramach wykazanej usługi brak jest doświadczenia wykonawcy – przystępującego, w zakresie dostawy zapór sieciowych i routerów, a jeśli chodzi o switchy, to wykonano dostawę i zamontowanie tylko jednego.

Przystępujący złożył na rozprawie pisemne oświadczenie, uznane w klasyfikacji dowodowej, jako stanowisko strony, która składa taki dowód, przedstawiciela producenta 3Com Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który stwierdził, że urządzenie 3Com®Switch 5500G-EI 24-Port spełnia zarówno rolę routera jak i switcha, ponieważ realizuje przełączanie zarówno w warstwie 2 jak i 3 modelu OSI. Pełni jednocześnie rolę zapory ogniowej (firewall) ponieważ zapewnia obsługę filtrowania ruchu sieciowego w warstwie 2, 3 i 4 modelu OSI.

W oświadczeniu tym przedstawiciel producenta opisał szczegółowo funkcje przełącznika, które przesądzą o jego możliwości zastosowania w zakresie routera, switcha i firewalla.

Odwołujący nie podważył w sposób skuteczny przedstawionych opisów, nie podważył tym, wykazanej przez strony przeciwne okoliczności, iż niekwestionowany w odwołaniu przełącznik LAN spełnia opisane w oświadczeniu funkcje.

Podnoszona na początku różnica w oznaczeniu przełącznika przez brak litery „G” w jego oznaczeniu, w piśmie z dnia 8 grudnia 2009 r. w stosunku do treści oświadczenia przedstawiciela producenta, została wyjaśniona, w ocenie KIO, w sposób przekonujący na podstawie złożonego protokołu odbioru z dnia 31 maja 2007 r., który potwierdzał wykonanie umowy, na którą powoływał się odwołujący. Z protokołu w sposób jednoznaczny wynika, że do Wydziału Informatyki UMK dostarczono przełącznik sieci LAN producenta 3Com, model Switch 5500G-EI 24 Port, co do którego przedstawiciel producenta potwierdził spełnianie wielofunkcyjności.

Zdaniem KIO, trudno jest uznać, że przystępujący nie posiada doświadczenia w realizacji usługi, opisanego w piśmie z dnia 29 lipca 2009 r.

Doświadczenia tego w żaden sposób nie podważa, w ocenie KIO, stanowisko zastępcy dyrektora Wydziału Edukacji Urzędu Miasta Krakowa z dnia 16.10.2009 r. Z pisma jednoznacznie wynika, że wykonawca dostarczył, zainstalował i skonfigurował 1 urządzenie

typu switch, zainstalował i skonfigurował 1 urządzenie typu router, które pełni również funkcję zapory sieciowej. To, że urządzenie router nie było przedmiotem tego samego postępowania przetargowego, nie ma zupełnie znaczenia dla nabycia doświadczenia w zakresie jego zainstalowania i skonfigurowania. Z pewnością, zdaniem KIO, ważniejsze jest doświadczenie w zainstalowaniu i skonfigurowaniu urządzenia, niż w jego nabyciu, które to nabycie, jak wyjaśniono na rozprawie, jest zakupem u producentów lub dystrybutorów urządzeń, gdyż odwołujący i przystępujący nie są ich producentami.

Ponadto, w ocenie KIO, doświadczenie wykonawcy nie musi być identycznym odwzorowaniem przedmiotu prowadzonego postępowania, ocena w tym zakresie dokonywana jest na podstawie postanowień siwz, w której zamawiający określił swoje oczekiwania.

Z opisu warunku doświadczenia w cytowanym już piśmie z dnia 29 lipca 2009 r. wynika, że zamawiający wskazał jako istotę warunku, co potwierdził na rozprawie, by przede wszystkim wykazać doświadczenie dotyczące wykonania co najmniej jednego systemu elektronicznego obiegu dokumentów, gdzie powinien być zawarty element dostarczenia, wdrożenia i zintegrowania (...). Przedostatni opisany wymóg wskazywał przykładowo, że wykazywanie powinno odpowiadać innym cechom w zakresie dostarczenia, zainstalowania i skonfigurowania w ramach systemu m.in. aktywnych elementów sieciowych, przy którym to określeniu podano jako przykładowe wskazanie zapory sieciowe, routery i switche. Opis ten jest dalszą częścią myśli wyrażonej w warunku, a nie stanowiącą jego zasadniczej kwestii.

W ocenie KIO, z opisu warunku nie można w żaden sposób wywieść twierdzenia, że trzy nazwy aktywnych elementów sieciowych podane w siwz, stanowią zamknięty katalog i wymagane są wyłącznie do łącznego spełnienia.

Odwołujący potwierdził na rozprawie, że nie dysponuje jakimkolwiek dokumentem, by zamawiający żądał łącznego spełnienia wymogów wynikających z warunku.

Dla oceny doświadczenia wykonawcy nie ma również znaczenia okoliczność, że na postanowienia siwz w zakresie warunku odwołujący wnosił protest i odwołanie, argumentując wówczas, że nie jest w stanie złożyć oferty.

Ocena doświadczenia dokonywana jest na podstawie treści złożonej oferty i poprzednie stanowisko wykonawcy, zakończone ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, nie może przesądzać bez innych podstaw, o negatywnej aktualnie ocenie. Wykonawca mógł korzystać ze środków ochrony prawnej, o ile potrafił wykazać wymagane przesłanki skutecznego wniesienia protestu, czy odwołania, by nawet poprawić warunki swojego dalszego udziału w prowadzonym postępowaniu.

Na podstawie powyższych ustaleń, KIO uznała, że odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2, w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, przez zamawiającego, który uznał doświadczenie przystępującego, jako odpowiadające postanowieniom siwz i wystarczające do wykonania zamówienia, będącego przedmiotem prowadzonego postępowania.

KIO na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 4 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....