

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę

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

w postępowaniu prowadzonym przez

Centrum Projektów Informatycznych MSWiA ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa

przy udziale wykonawców:

A. Andra Sp. z o.o. ul. Pryzmaty 6/8, 02-226 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 56c, 00-803 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

C. Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

D. SYGNITY S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

E. MAXTO Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda Sp. j., ul. Reduta 5, 31-421 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

F. INTARIS Sp. z o.o., ul. Księcia Ziemowita 53 bud. III lok. 3, 03-885 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Qumak – Sekom S.A. Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Qumak – Sekom S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji prowadzi postępowanie dotyczące zawarcia umowy ramowej na „dostawę oraz ubezpieczenie serwerów i urządzeń peryferyjnych dla potrzeb wdrożenia aplikacji informatycznych realizowanych w ramach projektów prowadzonych przez CPI MSWiA, w tym aplikacji Zintegrowanego Modułu Obsługi Końcowego Użytkownika, wspierającej zadania z obszaru wydawania dowodów osobistych, ewidencji ludności i aktów stanu cywilnego” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Przedmiotowe ogłoszenie zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 31 maja 2011 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

16 sierpnia 2011 r. Odwołujący – Qumak – Sekom S.A. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na badaniu ofert w zakresie nieodrzczenia z postępowania ofert złożonych przez: Intaris Sp. z o.o., Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o., MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j. i Sygnity S.A. zarzucając Zamawiającemu: błędne ustalenie stanu faktycznego, nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i złamanie zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec Intaris Sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty przedmiotowej spółki, również jako niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych, natomiast w stosunku do wszystkich wymienionych ofert – niezastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zaniechanie ich odrzucenia jako niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaliczenie do grona wybranych najlepszych siedmiu ofert firm, w których znajdują się obcojęzyczne dokumenty bez ich tłumaczenia na język polski.

Odwołujący wskazał, że w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego jego oferta zostałaby wybrana jako jedna z siedmiu najkorzystniejszych, które warunkowały zawarcie umowy ramowej.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie decyzji o zatwierdzeniu listy wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w niniejszym postępowaniu,
2. powtórne dokonanie oceny złożonych ofert,
3. odrzucenie ofert: Intaris Sp. z o.o., Biuro Informatyczne – Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o., MAXTO Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda Sp. j., Sygnity S.A. jako ofert nie spełniających warunków niniejszego postępowania,
4. wybór oferty Odwołującego jako jednej z najkorzystniejszych w przedmiotowym postępowaniu,
5. dopuszczenie jako dowodów dokumentów załączonych do odwołania,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny złożonych przez ww. wykonawców ofert, gdyż oferowany przez nich przedmiot zamówienia nie odpowiada wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zasadom ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawcy ci zaoferowali bowiem serwery niespełniające podstawowego wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartego w załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia”. W tabelach opisujących poszczególne serwery w wierszu 3. każdej z tabel Zamawiający zażądał: dla serwera typ I: „Płyta główna dwuprocesorowa umożliwiająca obsługę procesora zaoferowanego przez Wykonawcę (pkt 1) zaprojektowana i wyprodukowana przez producenta serwera”, dla serwera Typ II: „Płyta główna umożliwiająca obsługę procesora zaoferowanego przez Wykonawcę (pkt 1) zaprojektowana i wyprodukowana przez producenta serwera”, dla serwera Typ III: „Płyta główna umożliwiająca obsługę procesora zaoferowanego przez Wykonawcę (pkt 1) zaprojektowana i wyprodukowana przez producenta serwera.”

Natomiast wskazani wykonawcy w swoich ofertach proponują rozwiązania serwerowe Action S.A., które nie spełniają tego wymogu. Zamawiający swoje wymagania co do serwerów określił w sposób konkretny i czytelny i nie bez przyczyny żądał, aby płyta główna została zaprojektowana i wyprodukowana przez producenta serwera, a nie dopuścił rozwiązań, gdzie płyta główna jest zaprojektowana dla producenta serwera, a nie przez producenta serwera.

Projektowanie płyt głównych jest czynnością kosztowną i stać na nią jedynie firmy, które osiągnęły wysoką i ugruntowaną pozycję rynkową. W związku z tym intencja Zamawiającego jest oczywista i związana z bezpieczeństwem projektu w fazie dostawy, realizacji i opieki serwisowej. Odwołujący był zainteresowany zaoferowaniem tanich serwerów Action S.A. z rodziny Actina Solar, jednak musiał od tego zamiaru odstąpić, gdyż Action S.A.

i Grupa Action nie zajmuje się projektowaniem płyt głównych, co wyklucza zaoferowanie ich serwerów w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na ww. wymóg Zamawiającego.

W prospekcie emisyjnym Action S.A. z 21 czerwca 2006 r. wskazano: „Badania i rozwój, patenty i licencje. Według opinii zarządu spółka ani grupa Action nie prowadziły i nie prowadzą działań o charakterze badawczo – rozwojowym. Wynika to przede wszystkim z profilu prowadzonej przez nie działalności gospodarczej. Od czerwca 2006 r. Action S.A. ani Grupa Action nie przedstawiła jakiegokolwiek komunikatu giełdowego, który by informował o podjęciu prac rozwojowo – badawczych w rozumieniu ogólnym, a tym bardziej o projektowaniu płyt głównych serwerowych. Potwierdza to sprawozdanie finansowe za rok 2010.

Dodatkowo w ofercie Intaris Sp. z o.o. brak jest tłumaczenia na język polski certyfikatu ISO dla EPSON. Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego zamieszczonym w ust. 12 pkt 1.: „Dokumenty sporządzone w języku obcym winny być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski”. Ponadto obowiązek złożenia oferty w języku polskim nakłada na wszystkich wykonawców art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i jest to norma bezwzględnie obowiązująca. Wszystkie załączniki, jakie oferent dołącza do oferty, stają się jej integralną częścią i również do nich stosuje się wymogi takie, jak do oferty.

W ofercie wykonawcy Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o. zamieszczony został certyfikat ISO dla producenta oferowanych urządzeń firmy Kyocera, którego data ważności wygasła 11 marca 2011 r. Zamawiający wymagając certyfikatu ISO oczekiwał, aby ten certyfikat był ważny i obowiązywał w dniu składania ofert.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy poinformował, iż powtórzył czynność badania ofert, w trakcie której wezwał Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu wskazanego w odwołaniu, czyli certyfikatu ISO (został on uzupełniony), a także odrzucił ofertę Intaris Sp. z o.o. (z innych powodów niż wskazane w odwołaniu) – ze względu na to odrzucenie nie wzywał jej do uzupełnienia tłumaczeń dokumentów złożonych w języku angielskim, jednak wykonawca ten przedłożył je z własnej inicjatywy. W związku z odrzuceniem Intaris Sp. z o.o. Zamawiający ustalił nowy ranking wykonawców, w którym znalazł się też Odwołujący, który tym samym utracił interes w popieraniu odwołania.

Wskazane oferty są, zdaniem Zamawiającego, zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i przedstawionymi w niej wzorami – ze sposobem przygotowania ofert, jaki wskazał w tej specyfikacji. Odwołujący ewentualnie mógłby postawić nie zarzut dotyczący

niezgodności ze specyfikacją, lecz złożenia nieprawdziwych informacji, chociaż według Zamawiającego nieprawdziwe informacje w tych ofertach nie występują.

Niniejsze postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej i w ofertach nie było mowy o modelach serwerów.

Celem przedmiotowego postanowienia jest, aby serwer działał wspólnie w sposób zamierzony przez producenta i oczekiwany przez Zamawiającego. Zamawiający nie miał natomiast na myśli, by płyta była zaprojektowana w zakładzie producenta. To, kto jest projektantem płyty głównej, nie ma dla niego znaczenia.

W złożonych ofertach producenci są wskazani poprzez załączone certyfikaty. W certyfikacie rejestracji systemu zarządzana jakością systemu Action S.A. widnieje, iż produkcja obejmuje projektowanie konfiguracji, montaż, testowanie i serwis zestawów komputerowych. Jego zdaniem jest to wystarczające i zgodne z jego rozumieniem tego wymogu, gdyż projektowanie konfiguracji ma wpływ na poprawne działanie serwerów.

Po otrzymaniu odwołania nie sprawdzał, czy Action S.A. projektuje płyty główne, natomiast wskazany certyfikat ISO wskazuje wg niego, że je projektuje.

Wskazał też, iż w ofercie Sygnity S.A. i Maxto Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda Sp. j. występowały też certyfikaty DELL'a.

Informacje, które uzyskał o dotychczasowych realizacjach Action S.A. wskazują, że Odwołujący próbuje pomniejszyć zdolność tej firmy do realizacji zamówienia.

Zamawiający celowo nie żądał wskazania modeli urządzeń, a jedynie zadeklarowania spełniania wymagań minimalnych. W odwołaniu kwestionowane są czysto teoretyczne urządzenia, które będą dostarczone w przyszłości i nawet jeśli Action S.A. obecnie ich nie produkuje, może okazać się, że będzie oferowała je w przyszłości.

W związku z powyższym wniósł o oddalenie odwołania.

Przystąpienie do odwołania po stronie Odwołującego zgłosiły Andra Sp. z o.o. i Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., natomiast po stronie Zamawiającego – wszyscy wykonawcy, których oferty zostały zakwestionowane.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych w pismach i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przede wszystkim interes we wniesieniu odwołania bada się na chwilę jego wniesienia, tym samym nie wpływają na niego późniejsze czynności Zamawiającego. Poza tym informacja o powtórным badaniu ofert została przekazana wykonawcom w dniu rozprawy, podlega więc jeszcze zaskarżeniu przez spółkę Intaris i Odwołujący może „powrócić” na dotychczasową pozycję w rankingu. Ponadto interes Odwołującego we wniesieniu odwołania może przejawiać się także w tym, by, poprzez zmniejszenie liczby zakwalifikowanych wykonawców, zwiększyć swoją szansę na uzyskanie zamówień, które będą udzielane po zawarciu umowy ramowej – analogicznie jak w przypadku odwołań dotyczących wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy dokumentów) nie jest sporny.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności ofert złożonych przez Intaris Sp. z o.o., Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o., MAXTO Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda Sp. j. i Sygnity S.A., Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w punkcie 3. każdej z tabel opisujących wymogi dla serwerów, które będą przedmiotem dostawy, dla danego typu serwera, zarówno w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia”, jak i w załączniku nr 3 do specyfikacji „Formularz techniczny”, który wykonawcy mieli złożyć w ramach oferty, zawarł wymóg: „Płyta główna umożliwiająca obsługę procesora zaoferowanego przez Wykonawcę (pkt 1) zaprojektowana i wyprodukowana przez producenta serwera”.

Wymóg ten odnosi się więc do przyszłych dostaw serwerów, które będą dostarczane w ramach postępowań prowadzonych po zawarciu umowy ramowej. Zamawiający nie wymagał więc, aby cechę tę dane serwery – czy też płyty główne – posiadały obecnie (tym bardziej, że nie żądał na tym etapie zaoferowania konkretnych serwerów ani płyt głównych), lecz aby została ona zadeklarowana na przyszłość. Zamawiający nie wymagał też, by oferowane płyty były produkowane seryjnie, od określonego czasu albo wypróbowane w danej liczbie serwerów. Tym samym na gruncie opisu przedmiotu zamówienia nie ma znaczenia, czy Action S.A. w przeszłości lub obecnie projektuje płyty główne – jakkolwiek, zgodnie z jej oświadczeniami, złożonymi zarówno w formie pisemnej przez Przystępujących, jak i jej pełnomocnika podczas rozprawy, to robiła – lecz, że dostarczane w przeszłości serwery będą takie płyty posiadały.

Odwołujący z kolei, jak wynika z jego argumentacji oraz oświadczenia złożonego podczas rozprawy, informacje o produktach Action S.A., także na etapie przygotowywania oferty

w niniejszym postępowaniu, czerpał nie bezpośrednio od Action S.A. (czy jest ona w stanie wyprodukować serwer zgodny z wymaganiami Zamawiającego), lecz z ogólnodostępnych informacji nie związanych nawet z ofertą sprzedaży serwerów, ale sporządzonych w innych celach – jak prospekt emisyjny, w dodatku, jak to podkreślali Przystępujący, nieaktualny.

Zamawiający podczas rozprawy oświadczył, iż uwzględnił poniższe zarzuty, jednak z okoliczności złożenia oświadczenia wynika, że nie było to uwzględnienie w rozumieniu art. 186 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Izba orzekła co do tych zarzutów następująco.

W odniesieniu do złożonego przez Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o. w ofercie nieaktualnego certyfikatu ISO dla Kyocera, w ramach powtórzonych przez Zamawiającego czynności, został on uzupełniony, zatem okoliczność ta obecnie nie ma wpływu na wynik postępowania, zatem, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzut ten zostaje oddalony.

W odniesieniu do braku w ofercie Intaris Sp. z o.o. tłumaczenia na język polski certyfikatu ISO dla EPSON, Izba uznała, że podlega on oddaleniu. Zamawiający co prawda nie żądał uzupełnienia tego dokumentu ze względu na odrzucenie oferty tego wykonawcy – co wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – jednak, jak pokazuje uzupełnienie go przez Intaris Sp. z o.o. z własnej inicjatywy, jest to możliwe na każde żądanie Zamawiającego. (Jakkolwiek w orzecznictwie i piśmiennictwie wskazuje się, że uzupełnienie dokumentu przez wykonawcę bez wezwania jest wystarczające, nie jest to pogląd jednolity, zatem, jeśli Zamawiający powtarzałby czynność badania oferty spółki Intaris, powinien postąpić *lege artis* i poprosić o takie uzupełnienie). Poza tym, ze względu na obecne odrzucenie tej oferty, w chwili orzekania okoliczność ta nie ma wpływu na wynik postępowania i nakazywanie Zamawiającemu uzupełnienia tego dokumentu byłoby bezprzedmiotowe, a poza tym niezgodne z brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym nie uzupełnia się dokumentów w stosunku do ofert podlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: