

POSTANOWIENIE
z dnia 6 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania w dniu 6 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2015 r. przez **Odwołującego – Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Al. J. Ch. Szucha 23, 00-580 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Comterga Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania odwoławczego i nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Odwołującego – Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa** – kwoty 15 000,00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Spraw Zagranicznych w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „*Rozbudowę i modernizację infrastruktury serwisowej MSZ*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lipca 2015 r., pod nr: 2015/S 134-248022.

Pismem z dnia 14 września 2015 r., Zamawiający zawiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Comterga Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-844 Warszawa.

W dniu 24 września 2015 r., Odwołujący – Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 Ustawy Pzp. przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, poprzez m. in. bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego referencji Comtegra Sp. z o.o. oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Comtegra Sp. z o.o., w sytuacji, gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 91 ust 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Ustawy Pzp poprzez niezgodne z Ustawa Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) art. 24 ust 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy Pzp przez przyjęcie, że wykonawca i Comtegra Sp. z o.o. spełnił warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, pomimo że nie posiada odpowiedniej wiedzy i doświadczenia i nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu- doświadczenie, którym dysponuje Konsorcjum nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie Comtegra Sp. z o.o. z Postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji przez tego Wykonawcę mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik Postępowania,
- 5) art. 26 ust 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnień brakujących prawidłowych dokumentów w zakresie wskazywanego doświadczenia.

- 6) art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie względem oferty Comtegra Sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę względem przedmiotu zamówienia;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie względem oferty Comtegra Sp. z o.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bowiem cena za dostawę wraz z instalacją dwóch półek dyskowych NetApp DS4486 z dyskami zgodnie z opisem w pkt 2.3 OPZ jest ceną nie rynkową, co w myśl art. 15 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 rr o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), jest warunkiem uznania takiego działania za stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji.
- 8) art. 90 ust 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Comtegra Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny oraz wykazania, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Comterga Sp. z o.o.,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i, w zależności od ustaleń:
 - 1) dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z zastosowaniem wobec Comtegra Sp. z o.o. wymagań Ustawy PZP, w szczególności w zakresie art. 90 ust 1 Ustawy Pzp;
 - 2) odrzucenia oferty Comtegra Sp. z o.o. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu;
3. dokonanie wyboru oferty Qumak S.A. jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in., że zgodnie z treścią SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, a mianowicie:

w pkt 7.1 lit. b) SIWZ Wykonawcy wykażą się niezbędnym doświadczeniem, „*tj. w przypadku Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali o w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, należycie nie mniej niż dwie główne dostawy serwerów i macierzy dyskowych objętych 36 miesięczną gwarancją producenta o wartości nie mniejszej niż 800 000,00 PLN brutto każda*”.

Odwołujący wskazał, że Comtegra Sp. z o.o. do swojej oferty załączyła referencje z ACK Cyfro net AGH i Politechniki Wrocławskiej. W ocenie Qumak S.A. z SIWZ dotyczących zarówno postępowania prowadzonego przez ACK Cyfronet AGH jak i Politechnikę Wrocławską wynika, że dostawy wykonywane przez Comtegra Sp. z o.o. na rzecz powyższych podmiotów nie obejmowały dostaw wymaganych przez Zamawiającego. Z pkt I. SIWZ przedmiot Zamówienia na: „Dostawa i instalacja systemu dyskowego w ACK Cyfronet AGH na potrzeby projektu PLGrid Plus” - Oznaczenie sprawy: ACK-DA-ZP-5000-2/14, wyczytać można następujący zakres:

„Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia.

Rodzaj urządzenia: System dyskowy- pojedyncza macierz dyskowa lub zestaw macierzy dyskowych Zakres przedmiotowy zamówienia obejmuje

- A) Dostawę elementów systemu dyskowego do siedziby Zamawiającego,*
- B) Wniesienie, ustawienie i fizyczny montaż elementów (w tym okablowania logicznego) we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach, znajdujących się w jego siedzibie*
- C) Usunięcie opakowań i innych zbędnych pozostałości po procesie instalacji*
- D) Przeszkolenie pracowników Zamawiającego w zakresie awaryjnej wymiany dysków*

Wymagania dodatkowe

- a) Wszystkie zaoferowane urządzenia powinny być fabrycznie nowe*
- b) Dostarczone macierze muszą pochodzić z oficjalnych kanałów dystrybucyjnych producenta, zapewniających w szczególności realizację uprawnień gwarancyjnych*
- c) Dostarczone macierze dyskowe muszą mieć zainstalowane najnowsze dostępne oprogramowanie wewnętrzne (firmware)”*

Nie ma zatem wątpliwości, że powyższe zamówienie publiczne nie dotyczyło dostawy serwerów a jedynie systemu dyskowego- macierzy.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że Zamawiający też miał wątpliwości co do zakresu przedstawianych przez Comtegra Sp. z o.o. referencji. Stąd też w dniu 8 września 2015 r. Zamawiający wezwał Comtegrę do wyjaśnień. Znamiennym jest, że Comtegra w odpowiedzi na wezwanie złożyła jedynie swoje oświadczenie, nie poparte żadnymi dowodami.

Odwołujący podniósł, że w związku z tym, że ciężar udowodnienia spełnienia wymagań postępowania ciąży na wykonawcy, to przyjętym jest, że w takiej sytuacji oferenci, aby udowodnić swoje twierdzenia przedkładają wydruki z umów zawartych z klientami lub szczegółowe protokoły odbioru, wskazujące na wartość i zakres danych dostaw.

Bazując na posiadanej wiedzy i treści opisów przedmiotów zamówień wykonywanych dla ACK Cyfronet AGH i Politechniki Wrocławskiej, Qumak S.A. zarzucił, że Comtegra Sp. z o.o. raz, że nie spełnia wymagania, co do posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia do realizacji Zamówienia, to świadomie złożyła wobec Zamawiającego nieprawdziwe informacje o zakresie i wartości wykonanych dostaw.

Jednocześnie Odwołujący wskazał z ostrożności, że gdyby skład orzekający KIO nie przychylił się do twierdzeń Odwołującego w zakresie składania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, Odwołujący zarzuca, że w takim wypadku Zamawiający zobowiązany był do skorzystania z art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł również m.in., że z akt sprawy wynika, że Zamawiający nie zbadał w ogóle rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Comtegra Sp. z o.o. Znamionym dla niniejszej sprawy jest to, iż pomimo tego, że już na pierwszy rzut oka oferta Comtegra Sp. z o.o. jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jest niższa o około 500.000,00 złotych od kolejnej oferty w rankingu Zamawiającego, to Zamawiający zaniechał wezwania Comtegra Sp. z o.o. do wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Ustawy PZP.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Comtegra Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 5 października 2015 r. wskazał m.in., że rzeczywiście dostawa wykazana na rzecz ACK Cyfronet AGH, co do zakresu, nie do końca spełnia warunki postawione przez Zamawiającego, co spowodowane zostało błędem popełnionym przez Comtegra Sp. z o.o. Wskazano, że do niniejszego postępowania winna zostać wskazana dostawa dokonana również na rzecz ACK Cyfronet AGH, wykonana jednak na podstawie umowy nr ACK-DA-ZP-5000-1/15. Wyjaśniono, że pomyłka wynika z tego, że w podobnym czasie dla tego samego podmiotu były realizowane dwie dostawy i osoba kompletująca ofertę pomyliła je ze sobą. Jednocześnie, wskazano, że z uwagi na fakt, że Przystępujący nie był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia swojej oferty, może zostać wezwany do tego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Na posiedzeniu Zamawiający, po otrzymaniu ww. pisma procesowego Przystępującego oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości i zamierza powtórzyć czynność badania i oceny ofert, tj. zamierza wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień lub dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wezwać Przystępującego do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Na posiedzeniu Odwołujący oświadczył, że zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego i zgadza się z powtórzeniem czynności badania i oceny ofert, tj. z powtórzeniem badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, w tym ewentualnego wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, jak również zgadza się z przeprowadzeniem czynności dotyczących wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący wskazał, że po zapoznaniu się z wynikami tych czynności Zamawiającego, Odwołującemu będzie przysługiwało prawo do wniesienia nowego odwołania. W pozostałym zakresie Odwołujący cofnął zarzuty odwołania.

Przystępujący, w związku z oświadczeniami Zamawiającego i Odwołującego, oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości. (vide: protokół posiedzenia).

Zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W niniejszej sprawie została wypełniona dyspozycja ww. przepisu. Ostatecznie zarzuty i żądania odwołania ograniczone zostały do kwestii ponownego zbadania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przeprowadzenia weryfikacji ceny oferty Przystępującego stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp. Dalej idące zarzuty mogą być ewentualnie przedmiotem kolejnego odwołania, w zależności od kierunku rozstrzygnięcia, jakie Zamawiający podejmie po przeprowadzeniu ww. czynności. Na marginesie Izba wskazuje jedynie informacyjnie (nie było to bowiem ostatecznie przedmiotem merytorycznej oceny w tej sprawie), że w sytuacji, gdy w odwołaniu stawiany jest zarzut zaniechania zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp, dalsze zarzuty dotyczące odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji, dla którego podstawą są również kwestie związane z ceną oferty (które dopiero będą weryfikowane przez zamawiającego), mogą jawić się jako zarzuty przedwczesne (decydujące są jednak indywidualne okoliczności danej sprawy), które mogą być ewentualnie podnoszone dopiero po przeprowadzeniu przez zamawiającego stosownej procedury wyjaśniającej i po wyrażeniu swojego stanowiska w kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z uwzględnieniem odwołania w całości, Zamawiający wobec umorzenia postępowania na podstawie art. 186 ust. 3 Pzp, obowiązany jest wypełnić powyższe żądania Odwołującego. W dalszym toku postępowania Zamawiający unieważni więc w pierwszej kolejności wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 14 września 2015 r., oraz dokona ponownego badania i oceny ofert przeprowadzając w stosunku do Przystępującego procedurę wyjaśniającą w odniesieniu do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, wzywając Przystępującego do złożenia wyjaśnień lub dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp, jak również przeprowadzi w stosunku do Przystępującego procedurę wyjaśniającą stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp, oraz podejmie dalsze decyzje w sprawie z uwzględnieniem następstw wynikających z ww. czynności.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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), i stosownie do tego przepisu Izba postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: