

Sygn. akt: KIO/UZP 604/10

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwiłk

Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Spraw Zagranicznych, 00-580 Warszawa, al. J. Ch. Szucha 23** protestu z dnia 22 marca 2010 r.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a.**

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Uruchomienie Centrum Wsparcia Technicznego dla pracowników Ministerstwa Spraw Zagranicznych oraz placówek zagranicznych” wykonawca: ComArch S.A. (dalej „protestujący” lub „odwołujący”) złożył protest na czynności i zaniechania zamawiającego - Ministerstwa Spraw Zagranicznych, polegające na:

1. ocenie przez zamawiającego ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
2. wyborze oferty firmy SIEMENS Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczeniu ComArch S.A. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (dalej „ustawa” Pzp) i uznaniu oferty ComArch S.A. za ofertę odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,

Z ostrożności protestujący protestem objął również:

1. zaniechanie wezwania ComArch S.A. do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu,
2. zaniechanie wezwania ComArch S.A. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu ze wskazaniem, jakie błędy dostrzega w nich zamawiający.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty firmy SIEMENS Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej
2. dokonanie ponownej oceny ofert,
3. unieważnienie czynności wykluczenia ComArch S.A. z przedmiotowego postępowania,
4. unieważnienie czynności uznania oferty ComArch S.A. za ofertę odrzuconą,
5. dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty ComArch S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Z ostrożności protestujący wniósł o również o:

1. wezwanie ComArch S.A. do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu,
2. wezwanie ComArch S.A. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału

w przedmiotowym postępowaniu ze wskazaniem, jakie błędy dostrzega w nich zamawiający.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1, poprzez nierówne traktowanie wykonawców oraz prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez wykluczenie ComArch S.A. z przedmiotowego postępowania pomimo, że ComArch S.A. spełnia wszystkie postawione warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, złożył wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a złożone oświadczenia i dokumenty nie zawierają błędów,
3. art. 24 ust. 4, poprzez uznanie oferty ComArch S.A. za ofertę odrzuconą, pomimo że ComArch S.A. nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Z ostrożności protestujący zarzucił również zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania ComArch S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu,
2. art. 26 ust. 3, poprzez nieprawidłowe zastosowanie trybu wzywania do uzupełnienia, poprzez zaniechanie wskazania, jakie błędy dostrzega zamawiający w treści złożonych przez ComArch SA. w ofercie oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Jako niezrozumiałe ocenił protestujący powoływanie się przez zamawiającego na czynność wezwania do uzupełnienia pismem z dnia 11 lutego 2010 r., jak i na „weryfikację wymienionych dostaw i usług bezpośrednio u ich Zleceniodawców”, podnosząc, że w piśmie nie ma żadnego uzasadnienia korzystania z trybu uzupełnień, a jedyne o czym poinformował wówczas zamawiający to stwierdzenie, że wzywa do uzupełnienia dokumentów referencyjnych potwierdzających należyte wykonanie przynajmniej jednej z usług wskazanych w wykazie. Zdaniem protestującego zamawiający powinien wówczas (w tymże piśmie) „podzielić się” swoimi zastrzeżeniami do wykazywanych przez ComArch S.A. zamówień, a nie bezpodstawnie wykluczać później wykonawcę z przedmiotowego postępowania.

Protestujący wyjaśnił, że pismem z dnia 17 lutego 2010 r. (z przyczyn tam wskazanych) uzupełnił referencje dotyczące pozycji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaś odnośnie pozostałych zamówień, że wobec braku wskazania jakichkolwiek błędów w złożonych dokumentach, potwierdził, że złożone w ofercie dokumenty są prawidłowe, potwierdzają należyte wykonanie wykazanych zamówień i brak

jest podstawy prawnej do żądania zawarcia w tychże dokumentach większej ilości szczegółów.

Odnosząc się do wskazywanej przez zamawiającego „weryfikacji wymienionych dostaw i usług bezpośrednio u ich Zleceniodawców”, protestujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 141 /08. Podniósł, że jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości dotyczące treści złożonej oferty, to nie może wyjaśnić ich z osobami trzecimi (...), nie występując jednocześnie do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień ani nie informując go o tym fakcie (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-60/05 oraz Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 03.11.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3159/05) - dopóki zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 1 i nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności zachodzącej w treści oferty jednego wykonawcy, to nie wolno mu odrzucić tej oferty. (...)

Dodatkowo podniósł, że skoro potwierdzone jest przez orzecznictwo (Wyrok KIO z dnia 09.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/42/07 oraz Wyrok KIO z dnia 22.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/99/08) istnienie obowiązku podjęcia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego celem ustalenia prawdziwości złożonych przez wykonawcę oświadczeń, w wypadku powzięcia w drodze protestu wątpliwości, co do ich zgodności ze stanem faktycznym (niniejsze należy odnieść także do dokumentów), a powyższy obowiązek wynika z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 1 i 2 Pzp (Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 02.02.2006 r., sygn. akt: III Ca 727/05), to tym bardziej istnieje taki obowiązek na etapie badania i oceny złożonych ofert, w wypadku zaistnienia uzasadnionych wątpliwości co do ich treści (tak też Wyrok KIO z dnia 31.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 119/08).

Protestujący podniósł również, że dopiero w piśmie informującym o dokonanej wykluczeniu z przedmiotowego postępowania ComArch S.A. został zawiadomiony o tym, że zamawiający ma wiele różnego rodzaju zastrzeżeń dotyczących wykazywanych przez ComArch S.A. zamówień.

Wyjaśnił, że po dokonanej wglądzie do dokumentacji postępowania stwierdził, że zamawiający sporządził notatki wewnętrzne z rozmów telefonicznych z pracownikami odbiorców zamówień i z niezrozumiałych powodów notatki te zamawiający traktuje jako dowód na niespełniania warunków przez ComArch S.A, w sytuacji gdy w notatkach tych nie ma nawet przytoczonych pytań, za to znajdują się w nich twierdzenia przedstawiciela zamawiającego odnośnie wykazywanych przez ComArch S.A. zamówień. Protestujący wskazał, że zamawiający nie występował na piśmie do tych odbiorców (nie ma takich pism ani pisemnych odpowiedzi odbiorców w dokumentacji udostępnionej ComArch S.A.).

Podniósł, że w trakcie badania i oceny oferty ComArch S.A. w ogóle nie dano ComArch S.A. szansy ustosunkowania się do zastrzeżeń, jakie przedstawił zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się uzasadnienia wykluczenia protestującego przez zamawiającego w zakresie usługi realizowanej na rzecz Ministerstwa Finansów i Ministerstwa Edukacji Narodowej protestujący stwierdził, że z zakresu usług dla tych odbiorców, opisanych w wykazie wykonanych usług, wynika, że zamówienia te spełniają wszystkie wymagania postawione w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzucił zamawiającemu, że ten opiera się na jakiejś wewnętrznej notatce służbowej z rozmowy telefonicznej, dokonując przy tym dowolnej interpretacji wymagań SIWZ tj. zakresu usługi pn. świadczenia wsparcia technicznego dla pracowników Zleceniodawcy w zakresie rozwiązywania problemów związanych z użytkowaniem wykorzystywanych przez nich: sprzętu komputerowego, aplikacji i oprogramowania.

Wskazał, że nie wie, jakie pytania zadawał odbiorcy zamawiający, ani jakie otrzymał w rzeczywistości odpowiedzi, zwrócił jednak uwagę, że jeśli w jakikolwiek sposób zamawiający zamierzał doprecyzowywać (stawiać dalej idące) wymagania dotyczące wykazywanego doświadczenia to powinien czynić to w SIWZ, a nie w piśmie o wykluczeniu wykonawcy.

W załączniku nr 1 do odwołania odwołujący odniósł się do trzeciej wskazanej w Wykazie usługi, stwierdzając, że w kolumnie dotyczącej zakresu usług znajduje się jasne oświadczenie, że usługa ta spełnia wszystkie wymagania postawione w przedmiotowym postępowaniu i była świadczona na rzecz podmiotu zatrudniającego nie mniej niż 1 000 osób.

Wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 17 lutego 2010 r. uzupełnił referencje dotyczące tego zamówienia stwierdził bowiem, że referencje pierwotnie przedłożone do oferty dołączone zostały omyłkowo (dotyczy innej usługi dla tego odbiorcy). Jednocześnie stwierdził, że data zakończenia podana w wykazie została wpisana błędnie i w związku z tym dokonał uzupełnienia wykazu.

Po raz kolejny podniósł, że zamawiający oparł się na wewnętrznej notatce służbowej z rozmowy telefonicznej, najwidoczniej pomijając fakt, że zamówienie było zamówieniem o szerokim zakresie, spełniającym wymagania. Ponownie także podniósł, że zamawiający dokonuje dowolnej interpretacji wymagań SIWZ, tj. zakresu usługi pn. świadczenia wsparcia technicznego dla pracowników zleceniodawcy w zakresie rozwiązywania problemów związanych z użytkowaniem wykorzystywanych przez nich: sprzętu komputerowego, aplikacji i oprogramowania.

Zamawiający protest oddalił.

Odnosząc się w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu do postawionego przez siebie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zamawiający wyjaśnił, że warunek ten składał się z kilku łącznie wymaganych składowych, tj.

1. usługa powinna polegać na uruchomieniu wymaganej infrastruktury technicznej dla zapewnienia funkcjonowania centrum wsparcia technicznego dedykowanego dla obszaru informatyki,
2. usługa powinna polegać na świadczeniu podstawowego wsparcia technicznego dla pracowników zleceniodawcy w zakresie rozwiązywania problemów związanych z użytkowaniem wykorzystywanych przez nich: sprzętu komputerowego, aplikacji i oprogramowania,
3. usługa, w zakresie wymienionym w SIWZ (uruchomienie infrastruktury technicznej dla zapewnienia funkcjonowania centrum wsparcia technicznego dedykowanego dla obszaru informatyki oraz świadczenie podstawowego wsparcia technicznego dla pracowników zleceniodawcy w zakresie rozwiązywania problemów związanych z użytkowaniem wykorzystywanych przez nich: sprzętu komputerowego, aplikacji i oprogramowania) powinna była opiewać na wartość nie mniejszą niż 2 000 000,00 PLN,
4. usługa świadczenia podstawowego wsparcia technicznego w zakresie rozwiązywania problemów związanych z użytkowaniem wykorzystywanych przez pracowników zleceniodawcy sprzętu komputerowego, aplikacji i oprogramowania powinna była być wykonywana na rzecz pracowników podmiotu zlecającego z tym, że podmiot ten powinien zatrudniać nie mniej niż 1 000 osób.

Zamawiający ocenił, że protestujący wypełnił wszystkie trzy pozycje Wykazu usług w sposób mechaniczny i bezrefleksyjny, powtarzając za zamawiającym błąd gramatyczny znajdujący się w przytoczonym punkcie SIWZ, co świadczy o tym, że czynność ta z całą pewnością nie została wykonana po to, by przedstawić zamawiającemu dokładny zakres wykonanych usług na podstawie, którego możliwe byłoby zweryfikowanie podanych informacji.

Zamawiający podniósł, że poprzez zabieg, polegający na przekopiowaniu zapisów SIWZ do wykazu zrealizowanych lub realizowanych usług protestujący pozbawił zamawiającego możliwości wezwania do jego uzupełnienia lub wyjaśnienia

Zamawiający wyjaśnił, że w związku z tym, że treść dokumentów załączonych do wykazu była sprzeczna z informacjami zawartymi w samym wykazie, skorzystał z zastrzeżonego sobie prawa zweryfikowania podanych przez protestującego informacji - wymagane było podanie w wykazie zrealizowanych lub realizowanych usług obok nazwy zamawiającego oraz jego adresu, również osoby do kontaktu i jej numeru telefonu.

Zamawiający stwierdził, że weryfikacja wymienionych dostaw i usług bezpośrednio

u ich zleceniodawców potwierdziła, że w żadnym ze wskazanych w wykazie projektów rola protestującego nie objęła usługi uruchomienia wymaganej infrastruktury technicznej dla zapewnienia funkcjonowania centrum wsparcia technicznego dedykowanego dla obszaru informatyki i świadczenia wsparcia technicznego dla pracowników zleceniodawcy w zakresie rozwiązywania problemów związanych z użytkowaniem wykorzystywanych przez nich: sprzętu komputerowego, aplikacji i oprogramowania. Stwierdził także, że w jednym przypadku było to wykorzystanie, wyłącznie do celów rejestracji zaistniałych zdarzeń związanych ze sprzętem komputerowym pracowników zleceniodawcy uruchomionej usługi call center dedykowanej dla klientów (detalicznych oraz korporacyjnych) zleceniodawcy korzystających z jego produktów finansowych oraz wspierającej przygotowanie i wykonanie kampanii marketingowych i sprzedażowych (o czym sam protestujący informuje na łamach swojego „Firmowego” publikatora), w drugim zaś dotyczyło wyłącznie usługi utrzymania jednej z aplikacji zleceniodawcy - Ministerstwa Finansów (Trezor) jej modyfikacji i dodaniu nowych funkcjonalności oraz wsparciu wdrożenia nowych wersji oprogramowania. Trzecia pozycja w przedstawionym wykazie dotyczyła dostawy oraz świadczenia serwisu gwarancyjnego sprzętu komputerowego zamówionego przez Ministerstwo Edukacji Narodowej, jednak – jak wyjaśnił zamawiający - sprzęt ten został jedynie rozdystrybowany do szkolnych pracowni informatycznych bez udziału MEN, zaś prowadzenie serwisu gwarancyjnego sprzętu przekazanego do eksploatacji nie jest świadczeniem tożsamym ani z uruchomieniem infrastruktury dedykowanej dla pracy centrum wsparcia technicznego ani tym bardziej ze świadczeniem samej usługi call center.

Zamawiający dodał, że protestujący nie podjął nawet próby przedstawienia dodatkowych informacji na poparcie swoich twierdzeń - zarówno na etapie badania ofert jak i samego uzasadnienia wniesionego protestu - skupiając się jedynie na dopasowywaniu fragmentów orzecznictwa KIO do swojej aktualnej sytuacji.

Jako nieuzasadnione ocenił zamawiający twierdzenie protestującego, że zamawiający bez wiedzy protestującego dokonywał weryfikacji przedstawionych przez niego dokumentów, ponieważ zamawiający poinformował w SIWZ wszystkich wykonawców o tym, że zastrzega sobie możliwość weryfikacji przedstawionych przez nich informacji dotyczących odpowiedniego doświadczenia. Protestujący nie miał żadnych podstaw, by zakładać nierzetelność lub nieracjonalność zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że nie mógł wymagać podania w wykazie wykonanych usług konkretnych osób kontaktowych i ich numerów telefonów, a następnie nie wykonać awizowanego kontaktu (weryfikacji) w przypadkach uzasadnionych wątpliwości dotyczących projektów przedstawionych przez wykonawców lub wymagać podania w/w informacji bez jakiegokolwiek powodu.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty i argumentację zawartą uprzednio w proteście. Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wskazanych w proteście.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu, tj. „poprzez zabieg opisany powyżej polegający na przekopiowaniu zapisów SIWZ do wykazu zrealizowanych lub realizowanych usług Protestujący pozbawił Zamawiającego możliwości wezwania do jego uzupełnienia lub wyjaśnienia” odwołujący stwierdził, że zamawiający mógł wzywać do uzupełnienia lub wyjaśnienia wykazów, a nie zrobił tego jedynie z tego powodu, że od początku zamierzał wykluczyć wykonawcę z postępowania.

Jako bezpodstawne ocenił twierdzenie zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, że „treść dokumentów załączonych do wykazu była sprzeczna z informacjami zawartymi w samym wykazie”, będące rzekomą przyczyną skorzystania przez zamawiającego z zastrzeżonego sobie prawa zweryfikowania podanych przez protestującego informacji.

Odwołujący stwierdził, że nie można mówić o sprzeczności pomiędzy oświadczeniami zawartymi w wykazach usług a dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Zdaniem odwołującego zamawiającemu ewidentnie chodziło o to, aby w dokumentach referencyjnych znajdował się szczegółowy zakres zamówienia, a nie o jakieś rzekome sprzeczności.

Podniósł, że sama „weryfikacja”, jeśli była prowadzona z osobami kontaktowymi (wskazanymi osobami do kontaktów) nie może prowadzić do pozbawienia wykonawcy przysługujących mu praw.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający bezprawnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, oznaczałoby dla odwołującego szansę na

uzyskanie przedmiotowego zamówienia, ponieważ odwołujący się zaoferował w tym postępowaniu najniższą cenę, zaś cena stanowi, zgodnie z pkt. 12 SIWZ, jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1. specyfikację istotnych warunków zamówienia, opracowaną przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
2. ofertę odwołującego złożoną w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
3. pismo zamawiającego z dnia 11.02.2010 r., wzywające odwołującego do uzupełnienia dokumentów (pismo znak: BPiZP-84-264/09/29/GR),
4. pismo z dnia 17.02.2010 r. wraz z dokumentami, złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11.02.2010 r.,
5. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12.03.2010 r. (pismo znak: BPiZP-84-264/09/48/MF),
6. protest ComArch S.A. z dnia 22.03.2010 r.,
7. rozstrzygnięcie protestu z dnia 31.03.2010 r. (pismo znak: BPiZP-84-264/09/10/67/MF),
8. odwołanie ComArch S.A. z dnia 08.04.2010 r.,
9. specyfikację istotnych warunków zamówienia na dostawę, instalację i integrację pracowni komputerowych do szkół o wartości przekraczającej 10 000 000 Euro (znak: BA-WZP-AW-322-20/06), stanowiącą załącznik nr 1 do umowy BA-WZP-AW-322-20B/2006, złożoną na rozprawie przez odwołującego,
10. notatkę służbową z rozmowy telefonicznej z dnia 25.02.2010 r., sporządzoną przez Zastępcę Dyrektora Biura Informatyki i Telekomunikacji zamawiającego Dariusza T. (notatka zawierająca informacje zastrzeżone przez odwołującego jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa),
11. wydruk korespondencji e-mailowej z dnia 29.03.2009 r. pomiędzy pracownikiem zamawiającego a pracownikiem Ministerstwa Edukacji Narodowej,
12. pismo zamawiającego z dnia 08.04.2010 r., skierowane do Dyrektora Departamentu Budżetu Państwa Ministerstwa Finansów (pismo znak: BPiZP-84-264/09/10/71/GR),
13. odpowiedź Dyrektora Departamentu Budżetu Państwa Ministerstwa Finansów z dnia 21.04.2010 r. (pismo znak: BP7/041/15/EKC/2010/1717).

W przedmiotowym postępowaniu - zgodnie z postanowieniem rozdziału 7 pkt 7.2. SIWZ - zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem, że w ciągu ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali lub wykonują jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością (minimum 2 000 000,00 PLN brutto) usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, przy czym zamawiający doprecyzował, że za usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia uzna usługę polegającą na uruchomieniu wymaganej infrastruktury technicznej dla zapewnienia funkcjonowania centrum wsparcia technicznego dedykowanego dla obszaru informatyki oraz świadczeniu podstawowego wsparcia technicznego dla pracowników zleceniodawcy (w podmiotach zatrudniających nie mniej niż 1 000 osób) w zakresie rozwiązywania problemów związanych z użytkowaniem wykorzystywanych przez nich: sprzętu komputerowego, aplikacji i oprogramowania.

Zamawiający opracował także wzór „Wykaz zrealizowanych lub realizowanych usług w okresie ostatnich 3 lat, odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia”, który stanowił załącznik nr 5 do SIWZ. Wzór ten zawierał w szczególności tabelę z następującymi kolumnami: „Lp.”, „Zakres usługi (szczegółowy opis usługi)”, „Zamawiający (nazwa firmy, jej adres, telefon i osoba do kontaktu)”, „Termin realizacji od/do (dd-mm-rrrr / dd-mm-rrrr)”, „Wartość brutto zamówienia”.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału 8 pkt 8.2 lit. k) i l) SIWZ na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał przedłożenia wykazu przynajmniej jednej zrealizowanej lub realizowanej usługi w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia zgodnie z pkt 7.2 SIWZ z podaniem wartości, przedmiotu (szczegółowego opisu), dat wykonania i odbiorców (nazwa, adres, telefon, osoba do kontaktu) oraz dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący w złożonym przez siebie wraz z ofertą wykazie (wykaz, który nie został zastrzeżony jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa; str. 41 - 42 oferty) w poz. 1 w kolumnie „Zakres usługi (szczegółowy opis usługi)” wpisał: „Świadczenie usługi utrzymania oraz rozwoju informatycznego systemu obsługi budżetu państwa TREZOR”, a następnie po sformułowaniu: „Przedmiot zamówienia obejmował m.in.” cytat z pkt 7.2. SIWZ, tj. „usługę polegającą na uruchomieniu wymaganej infrastruktury technicznej dla zapewnienia funkcjonowania centrum wsparcia technicznego dedykowanego dla obszaru informatyki oraz świadczeniu podstawowego wsparcia technicznego dla pracowników zleceniodawcy (w podmiotach zatrudniających nie mniej niż 1 000 osób) w zakresie rozwiązywania problemów związanych z użytkowaniem wykorzystywanych przez nich:

sprzętu komputerowego, aplikacji i oprogramowania". W kolumnie „Zamawiający (nazwa firmy, jej adres, telefon i osoba do kontaktu) odwołujący wpisał: „Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12 00-916 Warszawa” oraz podał numer telefonu i osobę do kontaktu, w kolumnie „Termin realizacji od/do (dd-mm-rrrr / dd-mm-rrrr)” odwołujący wpisał: „Od 11-2007 Do 10-07-2008” zaś w kolumnie „Wartość brutto zamówienia” odwołujący wpisał: „4 218 760,00 PLN”.

W poz. 2 w kolumnie „Zakres usługi (szczegółowy opis usługi)” odwołujący wpisał: „Dostawa sprzętu”, a następnie po sformułowaniu: „Przedmiot zamówienia obejmował m.in.” cytat z pkt 7.2. SIWZ jak wyżej. W kolumnie „Zamawiający (nazwa firmy, jej adres, telefon i osoba do kontaktu) odwołujący wpisał: „Ministerstwo Edukacji Narodowej Al. Szucha 25 00-918 Warszawa”, nie podając numeru telefonu i osoby do kontaktu, w kolumnie „Termin realizacji od/do (dd-mm-rrrr / dd-mm-rrrr)” odwołujący wpisał: „Od 30-04-2007 do 09-07-2007” zaś w kolumnie „Wartość brutto zamówienia” odwołujący wpisał: „43 668 036,98 PLN”.

Do wykazu odwołujący załączył - odnośnie poz. 1 wykazu - „Protokół odbioru zadania”, w którym zawarto: nr umowy, której dotyczy protokół (C/434/07/R1/BP/B/R/2), datę jego sporządzenia, tj. 10.07.2008 r., osobę sporządzającą protokół, klienta, tj. Ministerstwo Finansów, ilość stron, tj. 1, dwuosobowy skład komisji (po jednej osobie ze strony klienta i ComArch), rozdzielnik podmiotów otrzymujących protokół, tj. ComArch i Ministerstwo Finansów, przedmiot odbioru, tj. „Przedmiotem odbioru jest realizacji zadań określonych w Umowie C/434/07/R1/BP/B/R/2”, stwierdzenie, iż zadanie zostało zrealizowane zgodnie z umową i w związku z tym zaakceptowane, podpisy osób działających w imieniu obu stron oraz informację o sporządzeniu protokołu w dwóch egzemplarzach, po jednym dla każdej ze stron.

Odnośnie poz. 2 wykazu odwołujący załączył dokument Ministerstwa Edukacji Narodowej - „Referencja” z dnia 07.09.2007 r., w którym podano, że ComArch S.A. zrealizowała w terminie od 30.04.2007 r. do 09.07.2007 r. zamówienie polegające na dostawie, integracji i instalacji 961 pracowni internetowych do szkół. Wyszczególniono sprzęt objęty dostawą. W dokumencie dalej podano, że umową objęła również: „budowę 961 lokalnych sieci komputerowych LAN, połączenie komputerów i monitorów oraz urządzeń peryferyjnych z elementami aktywnymi w sieć lokalną z dostępem do Internetu wraz z oprogramowaniem podstawowym, położenie okablowania sieci lokalnej w miejscu instalacji i połączeniu za jej pomocą wszystkich elementów sprzętowych, zainstalowanie oprogramowania w komputerach i konfiguracja aktywnych urządzeń sieciowych, połączenie sieci lokalnej z siecią zewnętrzną, prowadzenie serwisu przez okres 3 lat. Wskazano nadto wartość przedmiotu umowy, tj. 43 668 036,98 PLN oraz zawarto stwierdzenie: „zamówienie zostało zrealizowane z należytą starannością”.

W części zastrzeżonej oferty jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołujący zawarł drugi wykaz zawierający jedną pozycję (str. 45 oferty). W kolumnie „Zakres usługi (szczegółowy opis usługi)” odwołujący wpisał: „Dostawa oraz uruchomienie call center oraz centrum wsparcia technicznego”, a następnie po sformułowaniu: „Przedmiot zamówienia obejmował m.in.” cytat z pkt 7.2. SIWZ jak wyżej. W kolumnie „Zamawiający (nazwa firmy, jej adres, telefon i osoba do kontaktu) odwołujący podał nazwę, adres, numer telefonu i osobę do kontaktu, w kolumnie „Termin realizacji od / do (dd-mm-rrrr / dd-mm-rrrr)” odwołujący wpisał okres na przestrzeni 2008 roku oraz w kolumnie „Wartość brutto zamówienia” odwołujący wpisał: „Ponad 2 000 000,00 PLN”.

Do wykazu odwołujący załączył List referencyjny z 2009 roku, wystawiony przez podmiot wskazany w wykazie.

Pismem z dnia 12 marca 2010 r., powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w pkt. 8.2 lit. ISIWZ, potwierdzających należyte wykonanie przynajmniej jednej z usług wskazanych w wykazie, tj. usługi jak w pkt. 7.2 SIWZ, zakreślając termin uzupełnienia do 17.02.2010 r. do godz. 15.30 oraz wskazując, iż dokumenty należy przedstawić w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy.

Odwołujący nie wniósł protestu na czynność wezwania go do uzupełnienia dokumentu, w szczególności co do elementów, które miałyby być dla odwołującego niezrozumiałe, o czym odwołujący wspomniał w swojej odpowiedzi (str. 2, wiersz czwarty - „Niezrozumiałym jest zatem żądanie Zamawiającego w tym zakresie”).

W wymaganym terminie, w piśmie z dnia 17 lutego 2010 r. odwołujący wskazał, że uzupełnia dokumenty w odpowiedzi na pismo z dnia 11 lutego 2010 r. Załączył „Wykaz wykonanych usług wraz z dokumentem potwierdzającym ich należyte wykonanie, tj. załączył nowy dokument na potwierdzenie należytego wykonania usługi wskazanej w części zastrzeżonej oferty, wyjaśniając, że w ofercie załączył pomyłkowo referencje dotyczące innej niż wskazana usługi, a jednocześnie informując o błędnym wskazaniu daty zakończenia usługi i uzupełnieniu wykazu w tym zakresie.

W odniesieniu do pozostałych dwóch pozycji wykazu odwołujący stwierdził, że przedstawił w ofercie dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie.

Pismem z dnia 12 marca 2010 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, wskazując jako podstawę prawną przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz podając, że wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podał także, że żaden z dokumentów potwierdzających należyte wykonanie nie odnosił się do usług wskazanych w wykazie załączonym do oferty.

Postanowienia pkt 8.2. lit. k i l SIWZ jednoznacznie nałożyły na wykonawców obowiązek złożenia w ofercie (pkt 10.2 SIWZ: „Oferta powinna zawierać: (...) oświadczenia i dokumenty, o których mowa w pkt 8 SIWZ) dwóch dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia wykonawcy, określonego w pkt. 7.2. SIWZ.

Był to po pierwsze wykaz przynajmniej jednej usługi o opisanych cechach, po drugie dokumenty potwierdzające, że wskazane usługi zostały wykonane należycie.

Przywołane powyżej ustalenia odnośnie zawartości oferty odwołującego prowadzą do wniosku, że wymagany przez zamawiającego postanowieniem pkt. 8.2. lit. k SIWZ wykaz został przez odwołującego złożony w ofercie oraz, że wykaz ten nie zawierał żadnego błędu.

Wynika to z faktu, że wszystkie trzy pozycje wykazu opisywały zakres usług w sposób tożsamy z zakresem wymaganym przez zamawiającego dla wykazania doświadczenia, wskazywały na usługi zrealizowane w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania, tj. 21.12.2009 r. (daty zakończenia: 2008, 2007 i 2008) oraz powyżej 2 mln zł każda, a zatem spełniały postawiony wymóg.

Brak zatem podstaw do twierdzenia, że wykaz zawiera jakiegokolwiek błędy.

W konsekwencji uznania, że złożony przez odwołującego wykaz był prawidłowy, tj. nie zawierał żadnych błędów uznać należy, że zamawiający nie mógł wezwać odwołującego do jego uzupełnienia na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten obowiązuje zamawiającego do jego zastosowanie - w przypadku dokumentu złożonego - wyłącznie w sytuacji, gdy dokument ten zawiera błędy. Wyjątkowy charakter tego przepisu nie pozwala na jego rozszerzającą wykładnię.

Przesądza to definitywnie o niedopuszczalności wezwania odwołującego w przedmiotowym postępowaniu do uzupełnienia wykazu, tj. jednego z dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Przywołane powyżej ustalenia odnośnie zawartości oferty odwołującego prowadzą także do wniosku, że wymagane przez zamawiającego postanowieniem pkt. 8.2. lit. l SIWZ dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie zostały przez odwołującego złożone w ofercie, jednak nie potwierdzały należytego wykonania usług wskazanych w wykazie.

W przypadku usługi zrealizowanej na zamówienie Ministerstwa Finansów wynika to z faktu, że przypisany przez odwołującego tej usłudze „Protokół odbioru zadania” odnosił się wprawdzie do zadania objętego umową C/434/07/R1/BP/B/R/2, której stroną było to Ministerstwo, ale nie sposób zidentyfikować, że zadanie odebrane tym protokołem to usługa wskazana w poz. 1 wykazu (wykaz, który nie zawierał informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa).

Izba w pełni podziela stanowisko odwołującego co do tego, że treść dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi nie musi zawierać szczegółów odnośnie samej usługi (w zakresie szczegółowego opisu tej usługi, jej przebiegu, terminu jej realizacji, czy wartości), jednocześnie jednak Izba stoi na stanowisku, że aby można było uznać należyte wykonanie usługi niezbędne jest stwierdzenie, że dokument rzeczywiście odnosi się do usługi wskazanej w wykazie, a nie innej usługi realizowanej przez wykonawcę na rzecz tego samego odbiorcy i zakończonej w tym samym czasie. Informacje w tym zakresie, zawarte w tych dwóch dokumentach powinny sobie odpowiadać (być zgodne).

„Protokół odbioru zadania” nie pozwala na uznanie, że objęte nim zadanie to usługa wskazana w wykazie - nie pozwala na to w żadnym razie numer umowy, który sam w sobie nie niesie żadnych informacji, które pozwoliłyby powiązać ten protokół ze wskazaną w wykazie usługą. Co więcej, sam odwołujący oświadczył na rozprawie, że wiązało go z Ministerstwem Finansów wiele umów odnośnie systemu „Trezor”, tj. systemu, którego dotyczyła objęta wykazem usługa.

W przypadku usługi zrealizowanej na zamówienie Ministerstwa Edukacji Narodowej wynika to z faktu, że przypisane przez odwołującego tej usłudze „Referencje” odnosiły się wprawdzie do dostawy sprzętu, ale nie sposób uznać, że dostawa opisana w referencjach i towarzyszące jej usługi to usługa wskazana w poz. 2 wykazu.

Izba stoi na stanowisku, że w sytuacji, gdy dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi opisuje jej zakres, pomimo braku wymogu, aby opis taki zawierał, o czym była mowa powyżej, to nie sposób opis ten pominąć, tj. nie skonfrontować go z opisem usługi zawartym w wykazie.

Brzmienie referencji (brak sformułowań „m.in.”, „w szczególności” itp.) przesądza o tym, iż wymieniony w tej referencji zakres wyczerpuje zamówienie, którego referencja dotyczy. Konfrontacja opisu zakresu usługi w referencjach z opisem odwołującego zawartym w wykazie prowadzi do wniosku, że referencje nie potwierdzają usługi jak opisuje pozycja w wykazie.

W ocenie Izby w żadnej mierze opis usługi jako prowadzenie serwisu dostarczonego do pracowni internetowych szkół sprzętu komputerowego nie może być uznane za odpowiadające ujętej w wykazie usłudze polegającej na uruchomieniu wymaganej infrastruktury technicznej dla zapewnienia funkcjonowania centrum wsparcia technicznego dedykowanego dla obszaru informatyki. Usługa, której należyte wykonanie potwierdzają referencje z 07.09.2007 r. to inna usługa, niż usługa wskazana w wykazie w poz. 2, o czym przesądza węższy zakres usługi, której referencje dotyczą.

W przypadku usługi zrealizowanej na rzecz podmiotu wskazanego w wykazie, który został zastrzeżony jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wynika to z faktu,

że złożony w ofercie „List referencyjny” nazywa i opisuje zupełnie inną usługę niż nazwana i opisana w wykazie.

Omyłkowe złożenie w ofercie tego dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie wskazanej w wykazie usługi odwołujący przyznał w proteście i odwołaniu, stwierdzając wprost, że dokument dotyczy innej usługi dla tego odbiorcy.

Uwzględniając powyższe ustalenia i argumentację Izba uznała, że żaden z dokumentów złożonych przez odwołującego w ofercie nie potwierdzał należytego wykonania usług wskazanych w wykazie, a zatem zamawiający był zobligowany na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wezwania odwołującego do ich uzupełnienia (przynajmniej jednego z nich).

Dokumenty złożone na potwierdzenie należytego wykonania usług były błędne, poprzez to, że nie pozwalały uznać, że dotyczą usług objętych prawidłowym wykazem.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego kwestii braku wskazania przez zamawiającego, jakie błędy dostrzega w złożonych w ofercie dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówień, przedstawionych w wykazach, Izba stwierdza, że odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa wniesienia protestu na wadliwą jego zdaniem czynność zamawiającego z dnia 11.02.2010 r.

Izba stoi na stanowisku, że rezygnacja z prawa do złożenia protestu w tym zakresie świadczy o uznaniu przez samego odwołującego, że poprzez wezwanie o treści, jak w piśmie zamawiającego z dnia 11.02.2010 r., interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia nie doznał i nie może doznać uszczerbku. Przemawia za tym także fakt, że w istocie odwołujący skorzystał - w odniesieniu do usługi wskazanej w wykazie zawierającym informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa - z dobrodziejstwa przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ w załączeniu do pisma z dnia 17.02.2010 r. przedłożył zamawiającemu nowy dokument. Przemawia za tym nadto przyjęcie, iż wykonawca działa profesjonalnie tak co do nadawania treści składanym przez siebie dokumentom własnym (odwołujący zdecydował się nadać wykazowi treść z wykorzystaniem opisu zamawiającego zawartym w SIWZ), jak i podejmowanych w toku postępowania o zamówienie publiczne decyzji o składaniu środków ochrony prawnej

W ocenie Izby uzupełnienie dokumentu w odniesieniu do jednej z usług było jednak niewystarczające do uznania, że usługa objęta wykazem została wykonana należycie, a w konsekwencji, że odwołujący spełnia warunek postanowiony odnośnie doświadczenia.

Wynika to z faktu, że złożona przez odwołującego w ramach uzupełnienia „Informacja” odnosi się wprawdzie do wdrożenia rozwiązania call center oraz aplikacji do tego rozwiązania (również w nazwie usługi podanej w wykazie mówi się o call center), ale nie sposób uznać, że usługa opisana w „Informacji” to usługa wskazana w poz. 1 wykazu (wykaz zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa).

Izba ponawia swoje stanowisko, wyrażone uprzednio w odniesieniu do dokumentu z Ministerstwa Edukacji Narodowej, że w sytuacji, gdy dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi opisuje jej zakres, pomimo braku wymogu, aby opis taki zawierał, to nie sposób opisu tego pominąć, tj. nie skonfrontować go z opisem usługi zawartym w wykazie.

Brzmienie „Informacji” (brak sformułowań „m.in.”, „w szczególności” itp.) przesądza o tym, iż opisanie tej usługi wyczerpuje zakres zamówienia. Konfrontacja opisu zakresu usługi opisanego w „Informacji” z opisem odwołującego zawartym w wykazie prowadzi do wniosku, że „Informacja” nie potwierdza należytego wykonania usługi wskazanej w wykazie.

W ocenie Izby w żadnej mierze zakres usługi, polegający na wdrożeniu rozwiązania call center oraz konkretnej aplikacji do tego rozwiązania oraz jego serwisowanie nie może być uznane za odpowiadające ujętej w wykazie usłudze polegającej na uruchomieniu wymaganej infrastruktury technicznej dla zapewnienia funkcjonowania centrum wsparcia technicznego dedykowanego dla obszaru informatyki w sytuacji - co podnosił zamawiający na rozprawie, a czemu odwołujący nie zaprzeczył - że call center to jedynie jeden z elementów składających się na zamawianą w ramach przedmiotowego postępowania usługę.

Usługa, której należyte wykonanie potwierdza „Informacja” to inna usługa, niż usługa wskazana w wykazie, o czym przesądza węższy zakres usługi, której referencja dotyczy.

Reasumując, zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywając odwołującego do uzupełnienia jedynie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług w sytuacji, gdy sam wykaz nie zawierał błędów.

Zasadnie też zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z tego powodu, że odwołujący nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, (żaden z dokumentów potwierdzających należyte wykonanie nie odnosił się do usług wskazanych w wykazie załączonym do oferty) po wyczerpaniu obowiązku, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który w tym przypadku polegał na wezwaniu uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia żadnego z przepisów wskazanych w proteście oraz odwołaniu i na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....