

Sygn. akt: KIO/UZP 720 /08

WYROK
z dnia 28 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Małgorzata Stręciwiłk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: KLK Sp. z o.o., WASKO S.A. ul. Pod Młynem 1C, 40-310 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Częstochowa ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa** protestu z dnia **30 czerwca 2008 r.**

przy udziale **Konsorcjum: Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A. ul. Dworcowa 56, 44-100 Gliwice, Systemy Komputerowe GŁÓWKA S.A. Al. Armii Krajowej 56, 43-316 Bielsko Biała** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: KLK Sp. z o.o., WASKO S.A. ul. Pod Młynem 1C, 40-310 Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: KLK Sp. z o.o., WASKO S.A. ul. Pod Młynem 1C, 40-310 Katowice**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 928 złotych 00 groszy** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: KLK Sp. z o.o., WASKO S.A. ul. Pod Młynem 1C, 40-310 Katowice** na rzecz **Gminy Miasto Częstochowa ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: KLK Sp. z o.o., WASKO S.A. ul. Pod Młynem 1C, 40-310 Katowice**.

Uzasadnienie

W prowadzonym przez Gminę Miasto Częstochowa - zwaną „Zamawiającym”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksowe wykonanie systemu informatycznego o tematyce turystycznej dla projektu Miejski System Informacji Turystycznej (sprawa: IŻ.II.3412-3/08) w dniu 30.06.2008 r. wykonawca: Konsorcjum: KLIK Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach, zwany „Odwołującym” wniósł protest.

Protest został wniesiony wobec:

- 1) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum: Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A. z siedzibą w Gliwicach oraz Systemy Komputerowe GŁÓWKA S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej, zwane dalej „Konsorcjum ISPiK” jako sprzecznej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”);
- 2) czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu oferty Konsorcjum ISPiK za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 8 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum ISPiK jako sprzecznej z SIWZ, a następnie wybranie jej jako oferty najkorzystniejszej,
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez nie zapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez nieodtajnienie specyfikacji technicznej oraz specyfikacji związanej z punktami oceny oferty Konsorcjum ISPiK, zawierającej informacje pozwalające na dokonanie oceny ofert wg kryterium właściwości technicznych, a w szczególności dot. zadań 1 i 4 oraz oceny podkryteriów zawartych w tabeli „funkcjonalność systemu informatycznego”.

Składający protest wniósł o:

1. odrzucenie oferty Konsorcjum ISPiK,
2. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu po odrzuceniu oferty Konsorcjum ISPiK,
3. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej na warunkach przewidzianych w ustawie oraz w SIWZ,

4. ujawnienia oferty Konsorcjum ISPiK w zakresie jej specyfikacji technicznej oraz specyfikacji związanej z punktami oceny oferty, a w szczególności dot. zadań 1 i 4 oraz oceny podkryteriów zawartych w tabeli „funkcjonalność systemu informatycznego – na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, co następuje.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 24.06.2008 r. otrzymał od Zamawiającego pismo informujące o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ISPiK. Podniósł, iż jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum ISPiK jest wadliwa z uwagi na następujące okoliczności:

1) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 8 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum ISPiK jako sprzecznej z SIWZ, a następnie wybranie jej jako oferty najkorzystniejszej.

Konsorcjum ISPiK nie załączyło do swojej oferty, w zakresie zadania 4, wymaganych deklaracji zgodności. Wymóg ten, Zamawiający zawarł w SIWZ na s. 7: „Oferowany sprzęt musi spełniać normę CE. Wykonawca musi dołączyć do oferty deklarację zgodności sprzętu z normą bezpieczeństwa CE – należy przez to rozumieć certyfikat wydany przez upoważnioną instytucję certyfikującą lub oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że oferowane wyroby są zgodne z zasadniczymi wymaganiami, zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku o systemie zgodności (tekst jednolity Dz. U. z 2004 roku Nr 204 poz. 2087)”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23.06.2008 r. do uzupełnienia brakujących dokumentów, w wyznaczonym terminie, (do 24.06.2008 r. do godz. 10.00) Konsorcjum ISPiK przesało do Zamawiającego faksem trzy dokumenty:

- nieprzetłumaczony na język polski dokument „DECLARATION OF CONFORMITY” according to ISO/IEC 17050-1 and EN 17050-1”,
- deklarację zgodności, opiewającą na „Infokiosk zaprojektowany zgodnie z SIWZ dla UM Częstochowa”,
- oświadczenie (wydruk e-mail) podpisane przez pana Marka P.

Odwołujący w proteście przyznał, że Konsorcjum ISPiK w wyznaczonym terminie nie uzupełniło brakujących dokumentów, gdyż za niedopuszczalne w świetle przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, uznać należy uzupełnienie brakujących dokumentów przedmiotowych poprzez przesłanie ich Zamawiającemu faksem. Zgodnie z par. 4 ust. 1 Rozporządzenia, dokumenty mogą być składane wyłącznie w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, zatem dokumenty przesłane faksem tego wymogu, co do formy nie zachowują, zgodnie z par. 4 ust. 3 Rozporządzenia, dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę. Powyższe wprost wynika również ze znajdującego się na stronie 9 SIWZ punktu 9, zgodnie z którym „Oferta ostateczna ma być sporządzona w języku polskim”.

Konsorcjum ISPiK, poza niespełnieniem wymogów, co do formy i tłumaczenia wyżej wymienionych przedmiotowych dokumentów, nie uzupełniło brakujących, a wymaganych deklaracji zgodności, dla:

- trzech przenośnych stacji zarządzających serwerami (str. 7 SIWZ, Zadanie 4 – Konsorcjum ISPiK zaoferowało tutaj notebooki HP 2510p),
- sprzętowego firewalla (str. 7 SIWZ, Zadanie 4 - Konsorcjum ISPiK zaoferowało firewall SonicWALL TZ 180 Wireless),
- zasilacza bezprzewodowego UPS (str. 7 SIWZ, Zadanie 4 – Konsorcjum ISPiK zaoferowało UPS APC Smart-UPS RT 10,000VA).

Za deklarację zgodności nie można uznać, zdaniem Odwołującego, oświadczenia (wydruk e-mail) sygnowanego przez pana Marka P., gdyż nie jest on ani instytucją certyfikującą ani producentem, ani upoważnionym przedstawicielem producenta tych urządzeń.

Odwołujący w proteście podniósł naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nie zapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum ISPiK, jako niezgodnej z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie Pzp, jak i ze SIWZ, oraz wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej;

Odwołujący wskazał również na naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp poprzez nie odtajnienie specyfikacji technicznej oraz specyfikacji związanej z punktami oceny oferty Konsorcjum ISPiK, zawierającej informacje pozwalające na dokonanie oceny ofert wg kryterium właściwości technicznych.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Odwołującego swoje przystąpienie złożyli następujący wykonawcy:

1) ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, podnosząc, iż protest powinien zostać uwzględniony, a przedmiotowe postępowanie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

2) Konsorcjum ISPiK, oponując przeciw podniesionym w proteście zarzutom i wnosząc o odrzucenie protestu.

Przystąpienie to zostało złożone w piśmie z dnia 04.07.2008 r., doręczonym Zamawiającemu w tej samej dacie za pomocą faksu, na skutek wezwania Zamawiającego doręczonego Konsorcjum ISPiK w dniu 04.07.2008 r.

Rozstrzygnięciem protestu z dnia 09.07.2008 r. Zamawiający odrzucił protest złożony przez Odwołującego. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podniósł, iż protest został podpisany przez pana Marka K. - Dyrektora Działu Kluczowych Klientów, pomimo, iż pan Marek Kornas nie posiada pełnomocnictwa do podpisania i złożenia protestu w imieniu Odwołującego.

Jednocześnie, „jedynie dodatkowo”, Zamawiający odniósł się do zarzutów protestu stwierdził, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego w dniu 11.07.2008 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście. Jednocześnie wniósł o uwzględnienie żądań odwołania całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty Konsorcjum ISPiK,
2. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu po odrzuceniu oferty ISPiK,
3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej na warunkach przewidzianych w ustawie oraz w SIWZ,
4. ujawnienia oferty Konsorcjum ISPiK w zakresie jej specyfikacji technicznej oraz specyfikacji związanej z punktami oceny oferty – na podstawie art. 8 ustawy.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przed otwarciem posiedzenia Izby, złożył swoje przystąpienie wykonawca - Konsorcjum ISPiK S.A.

Skład orzekający Izby, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego, złożone w trakcie rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe wykonanie systemu informatycznego o tematyce turystycznej dla projektu Miejski System Informacji Turystycznej. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż – jak wskazał w uzasadnieniu zastosowania tego trybu (w protokole postępowania sporządzonym na druku ZP-1, część ogólna poz. 3) – ze względu na specyficzny charakter przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie może z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. Przedmiotem zamówienia są usługi, które można opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący dopiero po przeprowadzeniu negocjacji.

Rozpoznając zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 8 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum ISPiK jako sprzecznej z SIWZ, z powodu nie załączenia do oferty, w zakresie zadania 4, wymaganych deklaracji zgodności skład orzekający Izby ustalił i zważył.

Pismem z dnia 23.06.2008 r. Zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Konsorcjum ISPiK S.A. do uzupełnienia w terminie do dnia 24.06.2008 r. do godz. 10.00 dokumentu dot. zadania 4 „Wymagania i zalecenia dotyczące serwerów oraz zainstalowanego na nich oprogramowania do nadzoru informatów, zarządzania treściami w nich udostępnianymi, dotyczącymi MSIT” – deklaracji zgodności sprzętu z normą bezpieczeństwa CE i wskazał w tym zakresie na wymóg zawarty na str. 7 SIWZ. Zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego postanowieniem SIWZ *„Oferowany sprzęt musi spełniać normę CE. Wykonawca musi dołączyć do oferty deklarację zgodności sprzętu z normą bezpieczeństwa CE – należy przez to rozumieć certyfikat wydany przez upoważnioną instytucję certyfikującą lub oświadczenie producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że oferowane wyroby są zgodne z zasadniczymi wymaganiami, zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku o systemie zgodności (tekst jednolity Dz. U. z 2004 roku Nr 204 poz. 2087)”*.

Jednocześnie, w piśmie tym (wezwanie z 23.06.2008 r.) Zamawiający wskazał. m.in., iż żądany dokument należy w wyznaczonym terminie przesłać pocztą elektroniczną na wskazany przez Zamawiającego adres e-mailowy, ewentualnie faksem, na podany numer,

a oryginał lub kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli, należy dostarczyć lub przesać niezwłocznie na adres Zamawiającego.

Konsorcjum ISPiK doręczyło Zamawiającemu, w wyznaczonym terminie, żądany dokument. W dniu 24.06.2008 r. o godz. 09:24 wpłynęło bowiem do Zamawiającego, za pomocą faksu, na wskazany w wezwaniu numer faksu, oświadczenie pana Marka Papee, złożone w imieniu producenta sprzętu komputerowego – ABC Integraf-Systemy Komputerowe z siedzibą w Gliwicach, o treści:” Oświadczamy, że zaoferowany poniższy sprzęt komputerowy posiada normę bezpieczeństwa CE:

1. Serwery HP Blade 460C wraz z elementami rozbudowy
2. Notebooki HP 2510p
3. UPS APC Smart-UPS RT 10,000VA
- 4.Firewall SonicWALL TZ 180 Wireless”

Skład orzekający uznał za zasadne stanowisko Przystępującego, że ze względu na dopuszczony przez Zamawiającego sposób przekazania uzupełnianego dokumentu – oświadczenie przesłane e-mailem, jak i faksem, w związku z charakterem tych sposobów komunikacji, nie mogło zawierać podpisu osoby składającej oświadczenie czyniąc z niego oświadczenie woli w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.

W świetle oświadczeń złożonych na rozprawie przez Zamawiającego oraz Przystępującego, pan Marek P. przesłał to oświadczenie do firmy ISPiK e-mailem, a wykonawca ten z kolei przesłał je do Zamawiającego za pomocą faksu, zaś oryginał tych oświadczeń, w formie pisemnej, wpłynął do Zamawiającego w dniu 03.07.2008 r.

Konsorcjum ISPiK S.A. wypełniło żądanie uzupełnienia dokumentu, w sposób określony w wezwaniu Zamawiającego z dnia 23.06.2008 r.

Mając na uwadze, iż oświadczenie złożone przez pana Marka P., które dotyczy sprzętu komputerowego wymienionego w poz. 1 - 4 oświadczenia, obejmującego całe zamówienie w zadaniu 4 oraz przywołane powyżej postanowienia SIWZ (str. 7), bez znaczenia z punktu oceny ważności oferty Konsorcjum ISPiK pozostaje fakt złożenia przez to Konsorcjum, tylko w wersji angielskiej dokumentu deklaracji p.n.: „DECLARATION OF CONFORMITY” according to ISO/IEC 17050-1 and EN 17050-1”).

Skład orzekający Izby wskazuje jednocześnie, iż przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) nie dopuszczają możliwości żądania od wykonawców przedłożenia dokumentu na okoliczność wykazania, że osoba składająca oświadczenie w imieniu

producenta jest umocowana do złożenia oświadczenia. Niemniej jednak Zamawiającemu zostało przedłożone dodatkowo oświadczenie Pana Marka P. o tym, że ABC Integraf – Systemy Komputerowe Sp. Jawna jest upoważnionym przedstawicielem do sprzedaży oferowanego sprzętu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp poprzez nie odtajnienie oferty (specyfikacji technicznej oraz specyfikacji związanej z punktami oceny oferty) Konsorcjum ISPiK.

Skład orzekający Izby uznał, że - biorąc pod uwagę nowatorski charakter zamówienia, czego Odwołujący nie kwestionował - oferta w części opisującej sposób realizacji zamówienia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy Odwołujący dochowa aktów staranności i zastrzegł tajność tej części oferty, a informacje zawarte w ofercie mogą stanowić wiedzę autorską wykonawcy, wcześniej nigdzie nie prezentowaną.

Za nowatorskim charakterem przedmiotu zamówienia i tym, że w ofercie znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przemawia także fakt, że trzech spośród czterech wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu, zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do części dotyczącej sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, a tego także Odwołujący nie kwestionował.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum ISPiK nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust 1 pkt 1, 2, 8 Pzp.

Bezpodstawne okazały się również zarzuty naruszenia przez Zamawiającego określonej w art. 7 ust 1 Pzp zasady nakazującej Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, jak również przepisu art. 7 ust 3 Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu na podstawie przepisów ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~ - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*