

Sygn. akt: KIO 954 /12

WYROK
z dnia 23 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2012r. przez odwołującego wykonawcę Maxto sp.z o.o. S.K.A. ul. Reduta 5 31-421 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Czerwieńsk ul. Rynek 25 66-016 Czerwieńsk

przy udziale wykonawcy Stimo Niedzielski Sp.j. ul.Sikorskiego 11 a 38-4000 Krosno zgłaszającego się po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Maxto sp.z o.o. S.K.A. i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00**zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Maxto sp.z o.o. S.K.A. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Maxto sp.z o.o. na rzecz Gminy Czerwieńsk kwotę 3.600,00 **zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Gminę Czerwieńsk obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika

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 Zielonej Górze

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 10 maja 2012 r. wniesione zostało odwołanie przez odwołującego, którym jest Maxto sp. z o.o. S.K.A.(dawniej: Maxto Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda sp.j.) ul. Reduta 5, 31-421 Kraków, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Gmina Czerwieńsk ul. Rynek 25, 66-016 Czerwieńsk

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia są dostawy pn. „Internet dla mieszkańców Gminy Czerwieńsk -przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu”; oznaczenie sprawy : ZP.271.1/UE.2011.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2012 r. pod numerem 2012/S 1-001369.

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art. 180 ust.1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie od następujących czynności i zaniechań zamawiającego, niezgodnych z przepisami ustawy Pzp:

1. od zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy STIMO Niedzielski spj., zwanego dalej „STIMO” lub „przystępującym” - pomimo niezgodności treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. od niezgodnej z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę STIMO jako oferty najkorzystniejszej - pomimo, że oferta ta powinna zostać odrzucona, w związku z czym nie może być brana pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej.

Powyższym zaniechaniom i czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez jego zastosowanie w nieprawidłowy sposób.

Odwołujący uzasadniając swój interes do wniesienia odwołania wskazał, że powyższe naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, uniemożliwiając odwołującemu uzyskanie zamówienia. Bowiern w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał zatem uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, przez co odwołujący może ponieść

szkodę.

Uzasadniając terminowe wniesienie odwołania zaznaczył, że informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia niniejszego odwołania (pismo zamawiającego Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 30.04.2012 r.) została przesłana odwołującemu w dniu 30 kwietnia 2012 r.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty STIMO jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty STIMO,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym uiszczzonego wpisu w kwocie 15 000 złotych oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Podstawę wniesienia odwołania stanowiło naruszenie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w ocenie odwołującego, zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymagań dotyczących parametrów serwera - ze względu na brak przedłożenia wraz z ofertą wymaganego oświadczenia producenta serwera i potwierdzenia spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego, w zakresie wymagań dotyczących organizacji szkoleń z zakresu obsługi komputera - ze względu na określenie w ofercie liczebności grup szkoleniowych większej niż maksymalna liczebność dopuszczona przez zamawiającego, w zakresie wymagań co do zawartości kosztorysu ofertowego - ze względu na brak jednoznacznego wskazania modelu oferowanych terminali klienckich.

Co do pierwszego zarzutu odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami Części VII. SIWZ Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie powinni złożyć Wykonawcy do oferty, punkt 2. Dokumenty składające się na ofertę, podpunkt 6), Zamawiający żądał wraz z ofertą złożenia następujących dokumentów przedmiotowych:

6) Oświadczenia lub certyfikaty lub deklaracje zgodności - zgodnie z wymaganiami określonymi dla poszczególnych urzędzeń w PF-U.

Jako dowód wskazał dokumentację postępowania-wersja ostateczna SIWZ z dnia 3 kwietnia 2012 r. strona 17.

Dalej odwołujący zacytował opis przedmiotu zamówienia: Warunki gwarancji to jest przynajmniej trzy lata gwarancji z czasem reakcji serwisu do końca następnego dnia roboczego od zgłoszenia awarii, z naprawą na miejscu u klienta. Firma serwisująca musi posiadać ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzację producenta serwera.

Oświadczenie producenta serwera, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych

oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem - wymagane dołączenie oświadczenia do oferty.

W przypadku awarii dysku twardego uszkodzony nośnik pozostaje u Zamawiającego -wymagane dołączenie do oferty oświadczenia producenta serwera o spełnianiu wymogu.

(dowód: dokumentacja postępowania - wersja ostateczna PFU z dnia 3 kwietnia 2012 r. strona 21)

Odwołujący podkreślił, że ze względu na wysoce zaawansowane rozwiązania techniczne serwera, dotyczące go czynności serwisowe mogą być wykonywane tylko przez wyspecjalizowany serwis producenta takiego serwera lub serwisy autoryzowane przez producenta, posiadające dostęp do części zamiennych oraz know-how. Wykonawca oferujący dany serwer wraz z zapewnieniem serwisu gwarancyjnego musi zatem zakupić u producenta (lub jego dystrybutora) oprócz samego urządzenia także usługę serwisu (wsparcia technicznego) o poziomie odpowiednim do wymagań Zamawiającego. Zobowiązanie wykonawcy do zapewnienia serwisu gwarancyjnego oznacza zatem w istocie zobowiązanie do spełnienia świadczenia przez osobę trzecią (producenta serwera lub autoryzowaną przez niego firmę serwisującą). W związku z powyższym Zamawiający wymagał oświadczenia producenta serwera o przejęciu wszelkich zobowiązań związanych z serwisem w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej. Przejęcie powinno dotyczyć „wszelkich zobowiązań związanych z serwisem” - a zatem usług serwisowych w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, a nie np. jedynie w podstawowym zakresie, wynikającym ze standardowej gwarancji udzielanej przez producenta serwera. Należy w tym momencie wskazać, że nie tylko brak oświadczenia producenta, ale nawet ograniczenie zakresu zobowiązania wynikającego z takiego oświadczenia stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Na powyższe twierdzenia odwołujący wskazał następujące orzeczenia KIO: Wyrok KIO z dnia 15 marca 2011 r. Sygn. akt KIO/411/11 (s. 8-10), Wyrok KIO z dnia 22 października 2010 r., sygn.. akt 2200/10 (s. 8-9).

Odwołujący przywołał oświadczenie wykonawcy STIMO złożone w ofercie o następującej treści:

W imieniu STIMO Niedzielski Sp. J. z siedzibą w Krośnie przy ul. Sikorskiego 11 a, potwierdzam, że:

1. Dla oferowanych w przedmiotowym postępowaniu komputerów i serwerów:
 - a. serwis urządzeń będzie realizowany przez producenta lub autoryzowanego partnera producenta,
 - b. firma serwisująca posiada ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz posiada autoryzację producenta komputera,
 - c. w przypadku awarii dysków twardech dysk pozostaje u Zamawiającego.

(dowód: dokumentacja postępowania - oferta STIMO. strona 71).

W ocenie odwołującego powyższe oświadczenie nie potwierdza, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego w zakresie warunków serwisu i nie jest zgodne z żądaniem zamawiającego.

Wykonawca STIMO złożył w ofercie także oświadczenie producenta serwera (firmy Dell), które zostało

jednak wystawione w związku z przetargiem prowadzonym przez innego zamawiającego (Gminę Borzęcin).

(dowód: dokumentacja postępowania - oferta STIMO, strona 77)

W trakcie badania i oceny złożonych ofert, w związku ze stwierdzonym brakiem wymaganego oświadczenia, w piśmie z dnia 24 kwietnia 2012 r. Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał STIMO do uzupełnienia dokumentów, informując co następuje:

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w PF-U wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty: Oświadczenie producenta serwera, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem przy zachowaniu warunku, że w przypadku awarii dysku twardego uszkodzony nośnik pozostaje u Zamawiającego.

Wykonawca załączył do oferty oświadczenie, które dotyczyło usług serwisowych dla serwera wystawione dla Gminy Borzęcin, a nie dla Gminy Czerwieńsk

Brak wymaganego oświadczenia. (dowód: dokumentacja postępowania - pismo Zamawiającego do STIMO z dnia 24 kwietnia 2012 r.)

Pomimo wezwania, wykonawca STIMO nie złożył w wyznaczonym terminie wymaganego dokumentu. Zamiast żądanego dokumentu wykonawca STIMO złożył wyjaśnienia, w których powołuje się m.in. na stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 13 lutego 2012 r., gdzie Zamawiający „uznaje oświadczenia Wykonawcy za należyte zabezpieczenie świadczeń gwarancyjnych”.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawca STIMO przemilcza jednak to, że po udzieleniu wskazanej odpowiedzi Zamawiający dokonywał kolejnych zmian w SIWZ, w wyniku których usunął żądanie złożenia wraz z ofertą odpowiednich oświadczeń producenta oferowanych komputerów, utrzymując jednak żądanie złożenia wraz z ofertą odpowiednich oświadczeń producenta oferowanego serwera - co dodatkowo zostało potwierdzone także w ostatecznej wersji SIWZ i PFU z dnia 3 kwietnia 2012 r.

W związku z udzieloną odpowiedzią Zamawiający dokonał zatem zmian SIWZ tylko w zakresie wymagań dotyczących komputerów, natomiast wymagania dotyczące serwera nie zostały w trakcie postępowania zmienione.

(dowód: dokumentacja postępowania - PFU wersja pierwotna z dnia 5 stycznia 2012 r.. strona 23; PFU wersja ostateczna z dnia 3 kwietnia 2012 r.. strona 21)

Podsumowując ten zarzut odwołujący stwierdził, że w związku z niezłożeniem wraz z ofertą i nieuzupełnieniem na wezwanie Zamawiającego wymaganego dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego w zakresie warunków serwisu, treść oferty wykonawcy STIMO jest w istotny i nieusuwalny sposób niezgodna z treścią SIWZ.

Co do drugiego zarzutu odwołujący przywołał, że w opisie przedmiotu zamówienia (w części opisowej PFU) Zamawiający określił m.in. następujące zadanie wykonawcy:

15. Zorganizować i przeprowadzić szkolenie dla wszystkich użytkowników (max. 10 osób w jednej grupie szkoleniowej) po min. 10 godzin, z zakresu praktycznego wykorzystania komputera i Internetu.

(dowód: dokumentacja postępowania - wersja ostateczna PFU z dnia 3 kwietnia 2012 r.. strona 7)

Odwołujący podkreślił że przedmiotem oferty STIMO było natomiast zorganizowanie szkoleń w grupach o liczności przewyższającej dwukrotnie maksymalną liczebność dopuszczoną przez Zamawiającego:

Szkolenia w grupach max 20 osobowych, po min. 10 godzin z zakresu praktycznego wykorzystania komputera zgodnie z wymaganiami SIWZ.

(dowód: dokumentacja postępowania - oferta STIMO. strona 27)

Podsumowując odwołujący stwierdził, że treść oferty STIMO w oczywisty sposób nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wskazując trzeci zarzut podniósł, że wykonawca STIMO w swoim kosztorysie ofertowym wskazał, że przedmiot zamówienia wykona z użyciem terminali klienckich określonych w następujący sposób:

Nazwa urządzenia (nazwa producenta/typ)

Terminal firmy Aharion 4M-CPE3000-PRO-1D-3.6 lub firmy Ubiquiti Networks Nanostation M2/5 zgodny ze standardem 802.11 a/b/g/n (w zależności od uwarunkowań i potrzeb)

(dowód: dokumentacja postępowania - oferta STIMO. strona 23)

W związku z powyższym według odwołującego oferta wykonawcy STIMO przewiduje różne sposoby (warianty) wykonania zamówienia. Zamawiający nie może na podstawie tej oferty' jednoznacznie stwierdzić, jakie urządzenia są przedmiotem oferowanej dostawy. W powyższym zakresie treść oferty STIMO jest zatem niezgodna z treścią SIWZ. Oferowanie dwóch różnych typów urządzeń będzie przy wykonaniu zamówienia powodowało konieczność konkretyzacji złożonej oferty, co prowadziłoby z kolei do naruszenia zakazu wprowadzania zmian i prowadzenia negocjacji co do treści złożonej oferty, wynikający z art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

Wobec przedstawionej argumentacji odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu.

Pismem z dnia 12 maja 2012r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca wybrany to jest Stimo Niedzielski sp.j. z siedzibą w Krośnie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i przedstawiając stosowną argumentację za utrzymaniem dokonanego wyboru jego oferty.

Pismem z dnia 14 maja 2012r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca, którego oferta została odrzucona to jest Ornet sp. z o.o. ul. Lipowa 26, 64-100 Leszno. Przystępujący po stronie odwołującego wniósł o odrzucenie oferty wykonawcy wybranego oraz oferty odwołującego i w efekcie wniósł o unieważnienie postępowania, przedstawiając stosowną argumentację na poparcie swoich wniosków.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Co do zgłoszonych przystąpień oferentów do niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawcę wybranego to jest Stimo Niedzielski S.J., którego przystąpienie spełniło przesłanki ustawowe z art. 185 ust.2 i 3 ustawy Pzp w zakresie trzydniowego terminu zgłoszenia przystąpienia, wskazania strony do której przystępuje, wniesienia pisma w formie pisemnej, przesłania kopii przystąpień zamawiającemu i odwołującemu oraz co do interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje. Wykonawca wybrany przystępując po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania w całości, czyli o utrzymanie czynności zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie odwołującego, którego oferta została odrzucona, stwierdzając po jego stronie brak interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, ponieważ uwzględnienie przedmiotowego odwołania nie zmieniło by jego sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ pomimo złożenia najtańszej oferty, przy kryterium 100% cena, nie wniósł odwołania w związku z odrzuceniem jego oferty. Dodatkowo należy nadmienić, że wykonawca ten w przystąpieniu wskazał, jako stronę do której przystępuje odwołującego, ale w treści pisma wniósł również o odrzucenie oferty odwołującego i unieważnienie postępowania, co przeczy regule aby przystępujący miał interes w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której przystępuje.

Poza tym na posiedzeniu z udziałem stron pełnomocnik zamawiającego pismem z dnia 22 maja 2012r. zgłosił opozycję przeciwko przystąpieniu wykonawcy Ornet sp. z o.o., którego oferta została odrzucona. Izba wobec powyżej przedstawionych ustaleń, postanowiła uwzględnić opozycję, w myśl art.185 ust.4 ustawy Pzp, z uwagi na brak interesu zgłaszającego przystąpienie do rozstrzygnięcia odwołania na korzyść składającego odwołanie, a w szczególności z uwagi na brak odwołania na odrzucenie oferty przystępującego oraz wnioski w przystąpieniu, o odrzucenie oferty odwołującego, czyli strony do której

przystępuje i wniosek o unieważnienie postępowania, czyli nie dokonanie wyboru oferty odwołującego w toczącym się postępowaniu.

Co do interesu odwołującego do wniesienia odwołania.

Wobec nie stwierdzenia wystąpienia przesłanek ustawowych z art.189 ust.2 ustawy Pzp, do odrzucenia odwołania, Izba postanowiła w myśl art.189 ust.4 ustawy Pzp skierować sprawę na rozprawę.

W toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożone zostały trzy oferty.

Przy czym jako oferty ważne zamawiający uznał dwie oferty to jest ofertę odwołującego Maxto sp. z o.o. S.K.A. i przystępującego po stronie zamawiającego to jest Stimo Niedzielski sp.j.

Trzecia oferta to jest zgłaszającego przystąpienie po stronie odwołującego czyli spółka Ornet sp. z o.o. została odrzucona.

Oferta wykonawcy wybranego zawiera cenę niższą niż oferta odwołującego, przy czym cena stanowi 100% kryterium oceny ofert. W przypadku uwzględnienia odwołania czyli odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, oferta odwołującego zawierać będzie najkorzystniejszą cenę jako jedyna pozostała ważna oferta. Tym samym odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w przypadku naruszenia ustawy przez zamawiającego. Stąd odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił co następuje

Odwołanie zostało wniesione w związku z pismem zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2012 r., w którym powiadomił odwołującego o wyborze oferty Stimo Niedzielski sp.j. czyli przystępującego po stronie zamawiającego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgadza się z wyborem najkorzystniejszej oferty, a w szczególności z powodu sprzeczności treści tej oferty z treścią SIWZ i żąda w niniejszym odwołaniu jej odrzucenia w związku z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Bowiern zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł sprzeczność treści oferty wykonawcy wybranego Stimo Niedzielski sp.j. z treścią SIWZ w następującym zakresie:

1. co do wymagań dotyczących parametrów serwera - ze względu na brak przedłożenia wraz z ofertą wymaganego oświadczenia producenta serwera,

2. co do wymagań dotyczących organizacji szkoleń z zakresu obsługi komputera - ze względu na określenie w ofercie liczebności grup szkoleniowych większej (grupy maksymalnie 20 osobowe) niż maksymalna liczebność dopuszczona przez zamawiającego (grupy maksymalnie 10 osobowe),
3. co do zawartości kosztorysu ofertowego - ze względu na brak jednoznacznego wskazania modelu oferowanych terminali klienckich.

Na rozprawie odwołujący cofnął ostatni zarzut (trzeci zarzut) dotyczący zawartości kosztorysu ofertowego to jest braku jednoznacznego wskazania modelu oferowanych terminali klienckich.

Co do pierwszego zarzutu Izba ustaliła i zważyła co następuje

Pierwszy zarzut dotyczył „parametrów serwera”, zgodnie z którymi jako serwer danych pracować powinna jednostka o następujących między innymi wymaganiach: Warunki gwarancji to jest przynajmniej trzy lata gwarancji z czasem reakcji serwisu do końca następnego dnia roboczego od zgłoszenia awarii, z naprawą na miejscu u klienta. Firma serwisująca musi posiadać ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzację producenta serwera. Oświadczenie producenta serwera, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem - wymagane dołączenie oświadczenia do oferty.

W przypadku awarii dysku twardego uszkodzony nośnik pozostaje u Zamawiającego - wymagane dołączenie do oferty oświadczenia producenta serwera o spełnianiu wymogu (Program Funkcjonalno Użytkowy tekst jednolity z dnia 3 kwietnia 2012 r. strona 21).

Z ustaleń Izby na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w tym złożonych w odwołaniu wniosków dowodowych wynika co następuje.

W ofercie wykonawcy wybranego spółki Stimo Niedzielski sp.j. strona 71 oferty znajduje się Oświadczenie w pkt 1 o następującej treści:

W imieniu STIMO Niedzielski Sp. J. z siedzibą w Krośnie przy ul. Sikorskiego 11 a, potwierdzam, że:

1. Dla oferowanych w przedmiotowym postępowaniu komputerów i serwerów:
 - a. serwis urządzeń będzie realizowany przez producenta lub autoryzowanego partnera producenta,
 - b. firma serwisująca posiada ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz posiada autoryzację producenta komputera,
 - c. w przypadku awarii dysków twardech dysk pozostaje u Zamawiającego.

Zamawiający w toku badania ofert stwierdził braki w ofercie wybranej i pismem z dnia 24 kwietnia 2012 r. w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę wybranego do uzupełnienia dokumentów informując, że zgodnie z wymaganiami zawartymi w Programie Funkcjonalno Użytkowym wykonawca

zobowiązany był załączyć do oferty: Oświadczenie producenta serwera, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem przy zachowaniu warunku, że w przypadku awarii dysku twardego uszkodzony nośnik pozostaje u Zamawiającego.

Dalej w piśmie zamawiający stwierdził, że wykonawca załączył do oferty oświadczenie producenta (strona 77 oferty), które dotyczyło usług serwisowych dla serwera wystawione dla Gminy Borzęcin, a nie dla Gminy Czerwieńsk, prowadzącej niniejsze postępowanie.

Wobec powyższego zamawiający w przywołanym piśmie do wykonawcy wybranego wezwał go do dostarczenia brakujących dokumentów lub wyjaśnienia.

Wykonawca wybrany Stimo Niedzielski sp.j. w wyznaczonym terminie to jest w piśmie do zamawiającego z dnia 25.04.2012r. oświadczył i poinformował, że dla oferowanego serwera Dell-w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych wykonawcy lub firmy serwisującej, producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem przy zachowaniu warunku, że w przypadku awarii dysku twardego uszkodzony nośnik pozostaje u Zamawiającego (ww. sposób obsługi gwarancyjno-serwisowej bezpośrednio wynika z faktu udzielenia na urządzenie gwarancji producenta, na warunkach zgodnych z wymaganiami SIWZ). Dalej wykonawca wybrany wyjaśnił: Natomiast co do oświadczenia firmy Dell to zostało ono załączone omyłkowo i dotyczy innego postępowania, w ramach którego producent nie odmówił jego złożenia.

Dalej w punkcie trzecim pisma wykonawca wybrany oświadczył: 3.Złożone przez Wykonawcę w ramach niniejszego postępowania dokumenty i oświadczenia dotyczące produktów stanowiących przedmiot zamówienia, potwierdzają spełnienie przez nie wszystkich wymagań określonych w dokumentacji przetargowej uzupełnionej stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedziach na pytania wykonawców, w tym także w Zawiadomieniu z dnia 13.02.2012r., gdzie Zamawiający „uznaje oświadczenia Wykonawcy za należyte zabezpieczenie świadczeń gwarancyjnych”.

W związku z przywołanym w powyższym piśmie wyjaśnieniu zamawiającego z dnia 13.02.2012r. Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający w piśmie z dnia 13.02.2012r. udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców na pytanie nr 1 udzielił następującej odpowiedzi zastrzegając, iż Zamawiający postanawia udzielić odpowiedzi na pytania i wnioski mające znaczenie merytoryczne dla wykonania przedmiotu zamówienia oraz przygotowania i złożenia oferty:

Czy Zamawiający uzna za zgodną z wymaganiami SIWZ ofertę wykonawcy, zawierającą oświadczenie Wykonawcy, iż (dla oferowanych komputerów i serwerów): - serwis urządzeń będzie realizowany przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta, - firma serwisująca posiada ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz posiada autoryzację producenta komputera, - w

przypadku awarii dysków twarde dyski pozostaje u Zamawiającego.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Zamawiający uzna oświadczenia Wykonawcy za należyte zabezpieczenia świadczeń gwarancyjnych.

Izba również ustaliła, że w kontekście udzielonej odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający nie dokonał zmiany SIWZ, co potwierdza jednolity tekst SIWZ sporządzony w dniu 03.04.2012r.

Jednocześnie Izba ustaliła, że w dniu 13.02.2012r. zamawiający dokonał zmiany treści PFU. Przy czym dokonał zmiany tylko i wyłącznie w zakresie wymagań dotyczących komputerów użytkowników odnoszących się do parametrów technicznych, bez jakichkolwiek zmian dotyczących udzielonej gwarancji.

Na rozprawie odwołujący złożył w poczet dowodów pismo z 2012.05.10. spółki Dell sp. z o.o. pn. Oświadczenie, które odnosi się do przetargu na dostawę sprzętu komputerowego dla Gminy Czerwieńsk „Internet dla mieszkańców Gminy Czerwieńsk – przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu” znak sprawy: ZP.271.1/UE.2011 Dokument wystawiony na w/w potrzeby dla firmy Maxto Sp. z o.o. S.K.A. Szanowni Państwo, w opinii firmy Dell sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie firma Stimo Niedzielski s.j. nie skorzystała z oferty Dell sp. z o.o. do w/w postępowania. W związku z powyższym producent firma Dell sp. z o.o. nie udzielił firmie Stimo Niedzielski s.j. gwarancji w zakresie jaki wynika z oświadczenia tego wykonawcy.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego i prawnego zarzutu odnoszącego się do nieprawidłowo złożonego oświadczenia w zakresie gwarancji Izba zważyła co następuje

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ wykonawca wybrany Stimo Niedzielski sp.j. złożył oświadczenie do oferty o udzieleniu gwarancji, zgodnie z udzieloną odpowiedzią zamawiającego z dnia 13 lutego 2012r., stanowiącą wyjaśnienie zapisu PFU (Programu Funkcjonalno Użytkowego) dotyczącego warunków gwarancji.

Zgodnie z tym wyjaśnieniem to wykonawca składający ofertę, a nie producent urządzeń (komputer i serwer) ma złożyć oświadczenie w zakresie gwarancji.

W ofercie wykonawcy wybranego znajduje się oświadczenie o przejęciu zobowiązań z gwarancji przez producenta lub autoryzowanego serwisanta (str.71 oferty).

Nie ma znaczenia, wobec jednoznacznie brzmiącego udzielonego wyjaśnienia zamawiającego, że nie został zmieniony w tym zakresie program Funkcjonalno Użytkowy, który przewiduje, że producent ma złożyć takowe oświadczenie do oferty.

Tym samym wobec jednoznacznie brzmiącego wyjaśnienia stosownego zapisu PFU nie jest konieczna zmiana SIWZ w tym PFU, skoro zamawiający wyjaśnił, że przez sformułowanie producent składa do oferty oświadczenie rozumie, że oświadczenie do oferty składa wykonawca.

W tej sytuacji wykonawca wybrany złożył do oferty odpowiednie oświadczenie to jest pochodzące od niego, a nie od producenta oferowanego sprzętu.

Fakt załączenia to oferty oświadczenia producenta do innego postępowania przed innym zamawiającym nie dyskredytuje oferty wykonawcy wybranego, który na wezwanie zamawiającego oświadczył, że przez pomyłkę załączył oświadczenie producenta złożone do innego postępowania.

W ocenie Izby nie może ostać się twierdzenie odwołującego, że bez zmiany SIWZ (PFU) w ślad za jednobrzmiącym wyjaśnieniem, wyjaśnienie to nie obowiązuje.

W zaistniałej sytuacji należy uznać, że warunek gwarancyjny w PFU obligujący do złożenia oświadczenia przez producenta, zamawiający rozumie jako oświadczenie wykonawcy składającego ofertę.

Co do argumentacji odwołującego, że w tym samym dniu zmieniono PFU to z treści tej zmiany wynika, że zmiana dotyczyła parametrów technicznych urządzeń, a nie warunków gwarancyjnych jak to podnosił odwołujący. W związku z tym posługiwanie się tą argumentacją przez odwołującego nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Z kolei w związku z tym, że pomimo wyjaśnienia z dnia 13.02.2012r. zamawiający nie zmienił SIWZ to nie oznacza, że miał obowiązek sporządzając na dzień 03.04.2012r. tekst jednolity SIWZ (PFU) dostosować zapis o gwarancji do udzielonej odpowiedzi na pytanie z dnia 13.02.2012r. Należy wręcz stwierdzić, że zamawiający nie miał podstaw do takiej zmiany, skoro wątpliwość wykonawców rozstrzygnął przez jednoznacznie brzmiące wyjaśnienie, a nie zmianę SIWZ.

Co do przedłożonego na rozprawie pisma Dell sp. z o.o. z dnia 10.05.2012r. to przede wszystkim należy stwierdzić, że nawet jak odnosi się ono do przedmiotowego postępowania to należy stwierdzić, że pomimo tytułu „oświadczenie” w jego treści zawarto formułę „w opinii Dell sp. z o.o.”. Powyższe oznacza, że „oświadczenie Dell” nie ma ono charakteru jednoznacznego, pewnego a jest to tylko opinia a nie np. stanowisko.

Z treści oświadczenia spółki Dell sp. z o.o. wynika także, że firma Dell nie udzieliła gwarancji. Takie stwierdzenie odpowiada rzeczywistości, ponieważ na dzień składania ofert zamawiający nie dokonuje zakupu sprzętu, w związku z czym nie udziela się gwarancji. Takie rozumienie oświadczenia spółki Dell wynika z charakteru udzielenia gwarancji, którą kupujący otrzymuje od sprzedawcy z datą zakupu sprzętu, a nie z datą złożenia oferty sprzedaży sprzętu, jakim jest złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia u zamawiającego.

Spółka Dell nie udzieliła gwarancji skoro sprzętu nie zakupiono (art.577 k.c. w związku z art. 535 k.c. i art.14 ustawy Pzp). Tym samym oświadczenie Dell sp. z o.o. nie stanowi potwierdzenia na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie oświadczenia, co do udzielenia gwarancji, złożonego w ofercie wykonawcy wybranego.

Resumując oświadczenie do oferty w zakresie warunków gwarancyjnych ma prawo złożyć wykonawca składający ofertę, zgodnie z udzieloną przez zamawiającego odpowiedzią na pytanie z dnia 13.02.2012r.

Co do drugiego zarzutu Izba ustaliła i zważyła co następuje

Podobnie jak zarzut pierwszy, zarzut drugi dotyczy sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. W SIWZ zamawiający ustalił obowiązek dla wykonawcy prowadzenia szkoleń dla użytkowników w grupach maksymalnie do 10 osób.

Natomiast w kosztorysie ofertowym wykonawca wybrany wskazał, że szkolenia będą odbywały się w grupach maksymalnie do 20 osób.

W związku z zaistniałą sprzecznością pomiędzy wymogiem SIWZ a złożoną ofertą, odwołujący wywiódł obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy wybranego Stimo Niedzielski spółka jawna.

Izba ustaliła co następuje

W pkt 15 na str. 7 Programu Funkcjonalno Użytkowego znajduje się zapis następującej treści: W zadaniach wykonawcy (str.5 PFU 4.) 15. Zorganizować i przeprowadzić szkolenie dla wszystkich użytkowników (max. 10 osób w jednej grupie szkoleniowej) po min. 10 godzin, z zakresu praktycznego wykorzystania komputera i Internetu.

Z oferty wykonawcy wybranego Stimo Niedzielski s.j. str.27 kosztorysu ofertowego wynika 9.Szkolenia nazwa Organizacja szkoleń z zakresu obsługi komputera (systemu operacyjnego, pakietu biurowego oraz Internetu) ogólny opis szkoleń Szkolenia w grupach max 20 osobowych, po min. 10 godzin z zakresu praktycznego wykorzystania komputera zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Pkt 5 SIWZ Warunki rozliczenia wykonania przedmiotu zamówienia (str.9) ppkt 2) Z wybranym wykonawcą zostanie zawarta umowa. Z wynagrodzeniem ryczałtowym (w znaczeniu i ze skutkami opisanymi w art.632 kodeksu cywilnego). W ramach wynagrodzenia wykonawca wykona zakres rzeczowy wynikający z dokumentacji projektowej, teletechnicznej wskazań i wytycznych zawartych w SIWZ.

Rozdział XII Opis sposobu obliczenia ceny. Str. 21 SIWZ. Pkt 5.Z uwagi na formę wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ofertowy nie będzie przedmiotem porównania i oceny. Błąd w kosztorysie lub nie ujęcie jakiegokolwiek elementu wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia nie zwalnia wykonawcy od pełnego wykonania zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia opisanego w PF-U, STWiORB i SIWZ.

Skład orzekający Izby zważył co następuje w zakresie zarzutu drugiego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ pomyłka co do ilości osób w grupie szkoleniowej nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ

Bezspornie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że zamawiający postawił wymóg szkoleń w grupach maksymalnie 10 osobowych, a wykonawca wybrany Stimo Niedzielski

s.j. w kosztorysie ofertowym wskazał na szkolenia w grupach maksymalnie do 20 osób.

Powyższe jednoznacznie wskazuje na sprzeczność oferty z SIWZ w tym PFU.

Niemniej z uwagi na to, że cena ma charakter ryczałtowy i wszelkie błędy w kosztorysie lub nie ujęcie jakiegokolwiek elementu wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia nie zwalnia wykonawcy od pełnego wykonania zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia, tego rodzaju błąd nie stanowi o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji. Bowiem z powyżej cytowanych zapisów SIWZ, wykonawca w takim wypadku ma obowiązek wykonania zamówienia zgodnie z zakresem określonym w SIWZ czyli szkolenia będą musiały się odbyć w grupach maksymalnie 10 osobowych.

Reasumując skoro żaden z dwóch przedstawionych zarzutów nie potwierdził się to odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art.192 ust.9 i 10 ustawy Pzp i zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) lit.b) oraz § 5 ust.3 pkt1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15.000,00zł. uiszczony przez Odwołującego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący:.....