

WYROK

z dnia 27 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Betacom S.A., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12;**

przy udziale wykonawcy **CA Consulting S.A., 02-001 Warszawa, al. Jerozolimskie 81** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Betacom S.A., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Betacom S.A., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcę **Betacom S.A., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a** na rzecz **Ministerstwa Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu wraz z usługami towarzyszącymi dostawie oraz migrację systemów informatycznych resortu finansów.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

26 czerwca 2012 r. w formie faksu zamawiający poinformował wykonawcę Betacom S.A., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a (dalej: „odwołujący” lub „Betacom”) o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę CA Consulting S.A., 02-001 Warszawa, al. Jerozolimskie 81 (dalej: „przystępujący” lub „CA Consulting”).

6 lipca 2012 r. Betacom wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu wykonanie w prowadzonym postępowaniu czynności niezgodnych z przepisami ustawy. Odwołujący twierdził, że zamawiający naruszył:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez CA Consulting pomimo iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”);
2. art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty CA Consulting czyli oferty podlegającej odrzuceniu;
3. art. 7 ust. 1 ustawy, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: odrzucenia oferty CA Consulting jako oferty, której treść nie odpowiada treści siwz a następnie dokonania ponownego badania i oceny ofert.

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że w wyniku przeprowadzonego postępowania zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez CA Consulting jako oferty

najkorzystniejszej, o czym poinformował pismem z dnia 9 maja 2012 r. Betacom wniósł odwołanie wobec tej czynności zamawiającego domagając się m.in. dokonania ponownego badania i oceny ofert. Oprócz odwołania wniesionego przez ww. spółkę, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez trzy inne podmioty: Asseco Poland S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A. oraz Qumak-Sekom S.A. Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 6 czerwca 2012 r., uwzględniła odwołanie wniesione przez Betacom i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012r., sygn.: KIO 1002/12, KIO 1006/12, KIO 1008/12, KIO 1018/12).

Betacom zwracał uwagę, że zamawiający, wykonując ww. wyrok, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 9 maja 2012 r. i rzekomo powtórzył czynność badania i oceny ofert. W wyniku ponownego badania i oceny ofert jako ofertę najkorzystniejszą ponownie wybrano ofertę złożoną przez CA Consulting, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w ramach kryterium określonego w siwz, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

Zdaniem odwołującego oferta wykonawcy wybranego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy, gdyż nie spełnia wymogów siwz w zakresie zaoferowania:

1. licencji na oprogramowanie Statistica Server,
2. licencji Microsoft na platformę Active Directory dla 14000 użytkowników,
3. licencji Microsoft na usługi terminalowe dla 50 użytkowników -Remote Desktop.

Betacom podnosił, że w niniejszej sprawie zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, ale z pewnością nie dokonał powtórnego badania i oceny ofert bądź powtórzył przedmiotową czynność bez należytej staranności. Gdyby bowiem zamawiający, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 czerwca 2012 r., dokonał badania i oceny ofert z wymaganą skrupulatnością, to z pewnością dostrzegłby, iż oferta CA Consulting nie odpowiada treści siwz.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu zawartego w art. 180 ust. 5 Pzp.

6 lipca 2012 r. zamawiający przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

9 lipca 2012 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył Ca Consulting.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron wyrażone w pismach i rozprawie a także dowody złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania po odwoławczego wykonawcy CA Consulting wskazując, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wypełnił prawidłowo przesłanki zawarte w art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego włączyła również dokumentację postępowania złożoną w sprawach o sygn. akt KIO 706/12 oraz KIO 1002/12, KIO 1006/12, KIO 1008/12, KIO 1018/12.

Po zbadaniu całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznała zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji i stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się. I tak:

- licencje na oprogramowanie Statistica Server

W zakresie niniejszego zarzutu spornym było czy treścią siwz zamawiający nałożył na wykonawców wymóg zaoferowania 3 dodatkowych licencji oprogramowania Statistica Server dla użytkowników systemu Bestia@. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający

twierdził, że wymóg taki nie został zawarty w siwz. Odwołujący twierdził, że Zamawiający w załączniku XVIII do SOPZ – „Projekt techniczny systemu Bestia@ w środowisku IT CPD MF” – w pkt 5.1.7.5 zawarł wymóg zaoferowania 3 dodatkowych licencji oprogramowania Statistica Server. Jego zdaniem CA Consulting w złożonej przez siebie ofercie nie wskazało, że zamierza dostarczyć ww. licencje na powołane oprogramowanie. W toku rozprawy przez Izbą, tak zamawiający, jak i przystępujący twierdzili, że z przywoływanego zapisu pkt 5.1.7.5 a także pozostałej treści siwz nie wynika obowiązek dostarczenia przez wykonawców dodatkowych 3 licencji spornego oprogramowania.

Zdaniem Izby z treści specyfikacji jasno wynika, że dodatkowym oprogramowaniem wymaganym w środowisku, niezapewnionym przez bloki architektoniczne i usługi, a niezbędnym do działania systemu jest oprogramowanie Statistica Server wersja 9, licencja dla 3 użytkowników. W kontekście postanowień specyfikacji istotnym jest, że zamawiający w jej treści nie wskazał, że jest w posiadaniu niniejszego oprogramowania, a tym samym wykonawcy składający oferty nie powinni go uwzględniać w treści złożonych ofert. Nie można również zgodzić się z zamawiającym, że z treści przedłożonej na rozprawie umowy nr C/649/10/DI/B/415 z dnia 23 listopada 2010 r. wynikało jakoby zamawiający był w posiadaniu opisanego powyżej oprogramowania. Zgodzić się należy z odwołującym, że z § 1 ust. 1 niniejszej umowy wynika, że przedmiotem zamówienia jest dostarczenie zamawiającemu oprogramowania wraz z zapewnieniem wsparcia technicznego jednakże w okresie 12 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru bez zastrzeżeń. W konfrontacji z datą zawarcia umowy mało prawdopodobnym jest aby wsparcie takie obecnie miała miejsca, podczas gdy jest konieczne dla właściwego wykonania umowy. Powyższym twierdzeniom zamawiający nie zaprzeczył podczas rozprawy.

Wobec powyższego Izba uznała, że wykonawcy składający ofertę w niniejszym postępowaniu zobowiązani byli uwzględnić w złożonych ofertach 3 dodatkowe licencje na oprogramowanie Statistica Server.

Odnosząc powyższe do oferty złożonej przez CA Consulting Izba stwierdziła, że wykonawca w ramach złożonej oferty zaoferował ww. licencje. Powyższe wynika z strony 70 ofert złożonej przez CA Consulting (pkt 4 Tabeli) i zostało potwierdzone pismem z dnia 25 lipca 2012 r. przedłożonym Izbie podczas rozprawy.

Tym samym Izba nie stwierdziła w omawianym zakresie niezgodności treści oferty złożonej przez wykonawcę z treścią siwz. Zatem w powyższym zakresie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znajduje potwierdzenia.

- licencje Microsoft na platformę Active Directory dla 14000 użytkowników

Kolejnym zarzutem sformułowanym przez Betacom było twierdzenie o naruszeniu przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CA Consulting mimo, iż wykonawca ten złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji.

Z ustaleń Izby wynika, że pkt 15 Załącznika XVII do SOPZ „Wymagania dla Systemu Infrastruktura usług katalogowych w CPD MF Załącznik nr 2 do scenariusza wdrożenia” zawiera w sobie wymóg sformułowany funkcjonalnie. W ocenie składu orzekającego, - uwzględniając argumentację prezentowaną przez Betacom oraz treści pisma Microsoft z dnia 29 maja 2012 r. złożonego na rozprawie – odwołujący nie wykazał, aby z postanowień SIWZ wynikał obowiązek odrębnego ujęcia w ofercie 14 000 licencji CAL. Ponadto Izba ustaliła, że powyższa kwestia w odniesieniu do oferty CA Consulting była przedmiotem badania zamawiającego. W ocenie Izby wykonawca CA Consulting w piśmie z dnia 20 kwietnia 2012 r. złożył zamawiającemu przekonujące wyjaśnienia w tym zakresie, zaś odwołujący nie udowodnił, że wymóg ustanowiony w przywołanym wyżej pkt 15 nie został przez oferowane przez CA Consulting rozwiązanie wypełniony. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała podnoszony zarzut za niezasadny.

- licencje Microsoft na usługi terminalowe dla 50 użytkowników - Remote Desktop

W omawianej kwestii nie było spornym pomiędzy stronami, że każdy z wykonawców biorąc pod uwagę treść specyfikacji był zobowiązany uwzględnić w składanej ofercie dostawę 50 opisanych powyżej licencji.

Zdaniem odwołującego CA Consulting nie uwzględniło ich w swojej ofercie, podczas gdy zarówno zamawiający jak i przystępujący twierdzili, że ww. licencje zostały w ofercie przystępującego uwzględnione.

Z ustaleń Izby wynika, że w ofercie złożonej przez CA Consulting na stronie 89 w pkt 7 wykonawca zaoferował określony rodzaj i ilość licencji wymaganych przez zamawiającego treścią siwz, a zatem twierdzenia odwołującego jakoby oferta CA Consulting w tym zakresie była niezgodna z treścią specyfikacji należy uznać za nieuzasadnione. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zamawiającego należy znać za bezzasadny.

Konkludując, Izba po rozpoznaniu zarzutów zawartych w odwołaniu nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty związane z wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Przewodniczący: