

Sygn. akt: KIO 930/13

WYROK
z dnia 9 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2013r. przez **odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum firm S&T SERVICES POLSKA Sp. z o.o. ul. Postępu 21D; 02-676 Warszawa i Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 94 00-807 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Komenda Główna Straży Granicznej Al. Niepodległości 100; 02-514 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum firm Comtegra Sp. z o.o. ul. Puławska 474; 02-884 Warszawa i APN Promise S.A. ul. Kryniczna 1; 03-934 Warszawa; zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 930/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowną ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego: IT expert Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa i wykonawcy konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. ul. Puławska 474; 02-884 Warszawa i APN Promise S.A. ul. Kryniczna 1; 03-934 Warszawa

2. kosztami postępowania obciąża Komenda Główna Straży Granicznej Al. Niepodległości 100; 02-514 Warszawa

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez konsorcjum firm S&T SERVICES POLSKA Sp. z o.o. ul. Postępu 21D; 02-676 Warszawa i Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 94 00-807 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Komenda Główna Straży Granicznej Al. Niepodległości 100; 02-514 Warszawa na rzecz konsorcjum firm S&T SERVICES POLSKA Sp. z o.o. ul. Postępu 21D; 02-676 Warszawa i Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 94 00-807 Warszawa kwotę 18.600 **zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

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

W dniu 22 kwietnia 2013r. (wpływ bezpośredni) pismem z dnia 22 kwietnia 2013r. odwołujący zaskarżył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i nie odrzucenie oferty wykonawcy IT Expert Sp. z o.o. oraz oferty konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i APN Promise S.A. z siedzibą w Warszawie.

Nie odrzuconym ofertom zarzucił sprzeczność ich treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a w konsekwencji niezgodny z SIWZ wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie szeregu przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. Nr 2010r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” na podstawie której wniósł odwołanie to jest: art.7 ust.1 i 3 poprzez dokonywanie dowolnej, pobieżnej i nierzetelnej oceny ofert powyżej zaskarżonych wbrew treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji a w konsekwencji wyboru oferty nie spełniającej wymagań SIWZ. Kolejno naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy w zw. z art.82 ust.3 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że oferty wykonawcy wybranego to jest IT Expert Sp. z o.o. z s. w Warszawie i konsorcjum wykonawców: Comtegra Sp. z o.o. w Warszawie i APN Promise S.A. w Warszawie odpowiadają treści SIWZ, podczas gdy oferty te nie zawierają wszystkich elementów wymaganych i powinny być odrzucone z postępowania. Ostatecznie odwołujący podniósł naruszenie art.91 ust.1 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona to jest oferty IT Expert Sp. z o.o.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi na podstawie art. 192 ust.2 ustawy o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu to jest Komendzie Głównej Straży Granicznej po pierwsze unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórne dokonanie oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenie ofert IT Expert Sp. zo.o. z s. w Warszawie oraz konsorcjum wykonawców: Comtegra Sp. z o.o. z s. w Warszawie i APN Promise S.A. z s. w Warszawie oraz wybór oferty odwołującego to jest konsorcjum wykonawców: S&T SERVICES POLSKA Sp. z o.o. z s. w Warszawie i Qumak S.A. z s. w Warszawie jako najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wnosi również o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów niniejszego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazał odwołujący na posiadanie interesu do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy. Podniósł, że w związku z nie odrzuceniem ofert wykonawcy wybranego to jest IT Expert Sp. z o.o. z s. w Warszawie i drugiego wykonawcy konsorcjum: Comtegra Sp. z o.o. z s. w Warszawie oraz APN S.A. z s. w Warszawie nie są wykonawcy równo traktowani i z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. W związku z tym, że ustawa ma charakter cywilistyczny interes prawny to zarówno interes majątkowy jak i

niemajątkowy, czyli wystarczającym jest samo zagrożenie w interesie prawnym odwołującego.

Co do terminu do wniesienia odwołania to informację o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał odwołujący 11 kwietnia 2013r. czyli zachowany został 10 dniowy termin do wniesienia odwołania.

W zakresie naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy wskazał w szczególności na następujące okoliczności sprawy.

Przywołał wyrok Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych z dnia 14 lipca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-2007/06 „Zamawiający jest zobowiązany w toku postępowania do rzetelnego ustalenia, czy zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ oraz spełnia kryteria będące podstawą ustalenia, która z ofert jest najkorzystniejsza. Poprzestanie jedynie na oświadczeniach Wykonawcy oraz działanie w zaufaniu do przedkładanych dokumentów, które dodatkowo zostały zakwestionowane w toku postępowania przez Odwołującego, prowadzić może do wyboru oferty, która w rzeczywistości nie jest najkorzystniejszą ofertą w rozumieniu ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Odwołujący stoi na stanowisku, że zarówno oferta wykonawcy wybranego to jest IT Expert Sp. z o.o. jak i konsorcjum wykonawców: Comtegra Sp. z o.o. i APN S.A. nie odpowiadają warunkom SIWZ.

Jako warunki, których wykonawcy powinni przestrzegać odwołujący przywołał: 1) „pisemna gwarancję i rękojmię na wszystkie dostarczone urządzenia będące przedmiotem postępowania, na okres 36 miesięcy – Załącznik Nr 1 do SIWZ, Opis przedmiotu Zamówienia (OPZ), pkt 6 str.17; 2)”; „na oprogramowanie dostarczone w ramach postępowania Wykonawca powinien zagwarantować co najmniej 12 miesięczne wsparcie producenta- Załącznik nr 1 do SIWZ OPZ pkt 6 str.17; wypełniony formularz ofertowy w pkt 2 tabela, pozycja: nazwa przedmiotu zamówienia; nazwa producenta; nazwa/model/typ/symbol/wersja; wypełniony formularz ofertowy w pkt 7; należało wpisać oferowany okres wsparcia producenta, nie krótszy niż 12 miesięcy.

Odwołujący zarzuca obydwu złożonym ofertom: w pozycji z serwerem Tower brak informacji dotyczącej myszy i klawiatury a w zakresie oprogramowania Microsoft, w tabeli, zaoferowane zostały licencje Mirosoft bez określonego terminu SA. Natomiast w pkt 7 formularza zapisano jedynie 12 miesięczne, które nie jest najdłuższym wsparciem oferowanym przez tego producenta na ten produkt.

W ocenie odwołującego najdłuższe wsparcie to okres 36 miesięcy zatem oferta konsorcjum COMTEGRA Sp. z o.o. i APN S.A. są niezgodne z wymogami postawionymi w OPZ SIWZ.

Podsumowując wywody odwołujący zwraca uwagę, że produkty Microsoft oferowane w innym programie niż Select Plus, np.: Government nie spełniają wymogu pełnej przenoszalności (sublicencjonowania), który to wymóg został określony przez zamawiającego w SIWZ. Jednocześnie zwrócono uwagę, że produkty Microsoft mogą być oferowane w programie Select Plus tylko przez podmioty posiadające status Microsoft LAR.

Odwołujący wskazuje, że ustawa nie daje możliwości wezwania wykonawcy, który nieprawidłowo wypełnił formularz, do wyjaśnienia treści oferty w trybie art.87 ust.1 zd.1 ustawy, ponieważ prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, dotyczących złożonej oferty jest zakazane. Jakakolwiek próba doprecyzowania przez wykonawcę, może być uznana za naruszenie ww. przepisu.

Odwołujący przywołał następujące wyroki:

„Brak niezbędnego produktu wśród zaoferowanych, Izba uznaje za niezgodność treści oferty z wymaganiami przedmiotowymi SIWZ, co oznacza zajęcie przesłanki odrzucenia na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 (KIO/UZP-1416/07);

„Niezdgodność treści oferty z SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w specyfikacji. Nie dotyczy zatem formy, w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawcę”(Sygn. akt KIO/UZP/1400/07);

„(...)oferta nie odpowiadająca treści siwz to taka oferta, która sporządzona jest odmiennie, niż to określają postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezdgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w siwz, co do zakresu, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspakajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok KIO z dnia 26 marca 2008r. Sygn. akt KIO/UZP 218/08).

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

W której to odpowiedzi zamawiający między innymi stwierdza, że czynności oceny ofert zostały wykonane w sposób właściwy, opisany w siwz, bez naruszenia przepisów ustawy.

Co do oferty wykonawcy wybranego to jest IT Expert Sp. z o.o. stwierdza, elementy wskazane przez odwołującego jako brakujące, zwyczajowo wchodzi w skład zestawu i jako takie nie wymagają wyszczególnienia w złożonej ofercie. Zamawiający nie wymagał podania w ofercie, pełnej specyfikacji oferowanego sprzętu w stopniu w szczególności określonym w pkt 3 Opisu przedmiotu zamówienia (załącznik 1 a do SIWZ). Tym samym wykonawca nie

miął obowiązek podawania, w formularzy ofertowym, precyzyjnych szczegółowych informacji, w zakresie elementów sprzętu, które zwyczajowo wchodzi w skład zestawu oferowanego przedmiotu zamówienia.

W zakresie oprogramowania Microsoft, w tabeli zaoferowane zostały licencje bez określonego terminu S.A. Natomiast w pkt 4 formularza zapisano jedynie wsparcie 12 miesięczne, które nie jest najdłuższym wsparciem oferowanym przez tego producenta (Microsoft) na ten produkt.

Zamawiający oczekiwał wsparcia producenta na dostarczone oprogramowania na czas co najmniej 12 miesięcy, co potwierdza zapis zawarty w pkt 6 OPZ oraz w pkt 7 formularza ofertowego. Zgodnie z tym w trakcie oceny ofert stwierdzono, że oferty posiadają proponowane wsparcie na dostarczane oprogramowania co najmniej na okres wskazany w SIWZ jako minimalny. Wobec tego brak było podstaw do odrzucenia oferty.

Odwołujący dokonał nieuprawnionej wykładni SIWZ. Zamawiający dokładnie określił warunki równoważności dla wskazanych licencji oraz użył przy nich zwrotu „na najdłuższy możliwy okres”. Było to dokonane w celu nie ograniczania konkurencji. W innym przypadku możliwość realizacji zamówienia ograniczona byłaby jedynie do kilku podmiotów posiadających najwyższy status partnera biznesowego Microsoft. W związku z tym zamawiający uznaje, że zaoferowane przez IT Expert Sp. z o.o. wsparcie producenta na dostarczone oprogramowania na poziomie 12 miesięcy jest całkowicie zgodne z wymaganiami zamawiającego i nie daje podstaw do odrzucenia oferty.

To samo stanowisko w zakresie postawionego zarzutu braku wyposażenia w myszy i klawiatury oraz w zakresie wsparcia 12 miesięcznego, które nie jest najdłuższym wsparciem oferowanym przez tego producenta (Microsoft) na ten produkt, zamawiający przedstawił zbieżną argumentację jak dla wykonawcy wybranego to jest IT Expert sp. z o.o.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16.02.2013r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz.2013/S 034-053792. Zamówieniu nadano numer referencyjny 4/ZP/Błil/13.

Institucja zamawiająca to Komenda Główna Straży Granicznej Al. Niepodległości 100, 00-463 Warszawa zwana dalej „zamawiającym”.

Przedmiotem zamówienia jest „Rozbudowa sytemu CBD EWIDA

- Etap II – zakup platformy sprzętowo – programowej” – podprojekty „Dostawa infrastruktury sprzętowo – programowej na potrzeby systemu CBD EWIDA”, „Dostawa stanowisk końcowych na potrzeby systemu CBD EWIDA”.

W skład zamówienia wchodzi: dostawa fabrycznie nowych komputerów na potrzeby Straży Granicznej w tym 250 sztuk komputerów stacjonarnych, 45 komputerów stacjonarnych o podwyższonej wydajności, 10 sztuk stacji developerskich dla programistów CBD EWIDA, 35 sztuk mobilnych stacji dostępowych typu ultra book. Zakresem zamówienia objęto również obowiązki: instalacji i konfiguracji sprzętu w lokalizacji wskazanej przez zamawiającego, wykonanie dokumentacji powykonawczej dostarczonej infrastruktury sprzętowej, świadczenie gwarancji serwisowej, utrzymania na dostarczony sprzęt i oprogramowanie.

Termin składania ofert był wyznaczony na 26.03.2013r. godz.10.00.

Data otwarcia ofert wyznaczona na dzień 26.03.2013r. godz.10.30.

Dopuszczono składanie ofert częściowych:

Część I - dostawa infrastruktury sprzętowo – programowej na potrzeby systemu CBD EWIDA.

Część II zamówienia obejmuje – dostawę stanowisk końcowych na potrzeby systemu CBD EWIDA.

Łączna wartość zamówienia została określona na kwotę 7.047.715,00 złotych co stanowi 1.753.337,40 euro. Jest to zamówienie udzielane w częściach. Wartość aktualnie udzielanego zamówienia wynosi bez podatku VAT 2.696.540,00 złotych, co stanowi 670.847,84 euro.

Na dzień otwarcia ofert 10 wykonawców złożyło oferty z udziałem w I części, w II części i część wykonawców z udziałem na I i II część zamówienia. W pierwszej części zamówienia złożono łącznie 5 ofert.

W I części zamówienia wybrano jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy IT Expert Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 176; 02-486 Warszawa za cenę brutto:1.415.363,46 złotych.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w Części I wysłano w dniu 11 kwietnia 2013r. zarówno drogą faksową jak i pocztową.

Powyższe informacje ustalono na podstawie Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sporządzonego przez zamawiającego oraz Ogłoszenia o zamówieniu, znajdujących się w aktach sprawy.

W związku z wyborem najkorzystniejszej oferty w dniu 11 kwietnia 2013r. w części I złożono do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dwa odwołania w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. –Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2010 r. Nr 113 poz.759) zwanej dalej „ustawą”:

Pismem z dnia 22 kwietnia 2013r. konsorcjum firm: S&T SERVICES POLSKA Sp. z o.o. ul. Postępu 21D; 02-676 Warszawa i Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 94 00-807 Warszawa zwane dalej „odwołującym”, które zostało złożone w dniu 22 kwietnia 2013r. oznaczone Sygn. akt KIO 930/13

oraz

pismem z dnia 19 kwietnia 2013r. konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. ul. Puławska 474; 02- 884 Warszawa i APN Promise S.A. ul. Kryniczna 2, 03-934 Warszawa zwane dalej „przystępującym” (w sprawie ozn. Sygn. akt 930/13) w dniu 19 kwietnia 2013r. oznaczone Sygn. akt KIO 917/13.

Obydwa odwołania dotyczyły wyboru najkorzystniejszej oferty i związanych z tym brakiem czynności zgodnie z ustawą po stronie zamawiającego.

Zarządzeniem Prezesa KIO z dnia 25.04.2013r. skierowano sprawy do łącznego rozpoznania.

W sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 917/13 (odwołanie konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. ul. Puławska 474; 02- 884 Warszawa i APN Promise S.A. ul. Kryniczna 2, 03-934 Warszawa) na posiedzeniu w dniu 07.05.2013r. z udziałem stron i uczestnika postępowania Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. z s. Warszawa i Qumak S.A. z s. Warszawa zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Czynność zamawiającego uznania odwołania spowodowana była pismem z dnia 6 maja 2013r. gdzie przystępujący IT expert Sp. z o.o. po stronie zamawiającego i jednocześnie wykonawca wybrany cofnął przystąpienie do odwołania po stronie zamawiającego w obydwu sprawach oznaczonych Sygn. akt 917/13 i 930/13.

W dniu 7 maja 2013r. zamawiający przekazał do Izby pismo przystępującego o wycofaniu przystąpień zarówno w sprawie KIO 917/13 i KIO 930/13. Przystępujący IT Expert Sp. z o.o. z s. w Warszawie, jako powód takiego zachowania podał, że ponownie ocenił swoją ofertę i

ustalił, że zaofertowane produkty Microsoft w nazwie mają wyraz „OLP” i nie spełniają warunków SIWZ określonych przez zamawiającego w zakresie sublicencjonowania. Jak oświadczył przystępujący Dystrybutor na etapie sporządzania oferty wprowadził jego w błąd w zakresie sublicencjonowania. O tym błędzie przystępujący IT Expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powziął wiedzę na skutek odwołań wniesionych w sprawie. Reasumując IT Expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie będzie popierać zamawiającego, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego. Z powyższego należy wywieść, że jego oferta powinna być odrzucona jako niezgodna z SIWZ w zakresie sublicencjonowania, co przyznaje sam przystępujący, czyli wykonawca wybrany w tym postępowaniu jako przedstawiający najkorzystniejszą ofertę.

Na posiedzenie przystępujący IT Expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie stawił się prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia.

W tym stanie rzeczy zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania złożył do protokołu oświadczenie o uwzględnieniu odwołania, wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba na podstawie art.186 ust.2 ustawy PZP umorzyła postępowanie odwoławcze, uwzględniając skuteczność cofnięcia przystąpienia po stronie zamawiającego wykonawcy IT Expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wobec jednoznacznego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Powyższe zdarzenia dotyczą odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. ul. Puławska 474; 02- 884 Warszawa i APN Promise S.A. ul. Kryniczna 2, 03-934 Warszawa (Sygn. akt KIO 917/13).

W związku z powyższym merytoryczne rozpoznanie w niniejszym postępowaniu odwoławczym dotyczy odwołania wniesionego przez konsorcjum firm S&T SERVICES POLSKA Sp. z o.o. ul. Postępu 21D; 02-676 Warszawa i Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 94 00-807 Warszawa zwane dalej „odwołującym”, które zostało złożone w dniu 22 kwietnia 2013r. i oznaczone Sygn. akt KIO 930/13.

Z kolei odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. ul. Puławska 474; 02- 884 Warszawa i APN Promise S.A. ul. Kryniczna 2, 03-934 Warszawa (Sygn. akt KIO 917/13) zakończone zostało umorzeniem postępowania odwoławczego wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego w całości.

Odwołanie konsorcjum firm: S&T SERVICES POLSKA Sp. z o.o. ul. Postępu 21D; 02-676 Warszawa i Qumak S.A. Al. Jerozolimskie 94 00-807 Warszawa zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy: art.89 ust.1 pkt 2 to jest nie odrzucenie ofert, których treść jest niezgodna z treścią siwz zarówno co do oferty IT Expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i APN Promise S.A. z siedzibą w Warszawie. W konsekwencji zarzut dotyczy także wyboru jako najkorzystniejszej oferty IT Expert Sp.z o.o. z s.w W-wie.

W związku z praktycznym wycofaniem oferty po jej złożeniu z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ to jest nie zapewnieniem wymogu sublicencjonowania i wskutek tego uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego w całości w zakresie wykonawcy IT Expert Sp. z o.o., a w konsekwencji umorzeniem przez Izbę postępowania w sprawie odwołania ozn. Sygn. akt KIO 917/13 w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 930/13 zamawiający również podtrzymał konsekwentnie swoje stanowisko co do uwzględnienia odwołania w stosunku do wykonawcy IT Expert Sp. z o.o. (Zamawiający oświadcza, iż faktycznie na tę chwilę czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest aktualnie wiążąca. Niemniej, w świetle złożonych oświadczeń przez IT Expert, czynnością, którą Zamawiający dokona, będzie odrzucenie oferty wykonawcy wybranego, co uczyni w najbliższym czasie. Na potwierdzenie swojego stanowiska i możliwości cofnięcia przystąpienia przedkłada do wglądu postawienie KIO 529/11 z 25 marca 2011 r. Co do drugiej części odwołania dotyczącego żądania odrzucenia konsorcjum Comtegra wnosi o oddalenie odwołania – wyciąg z protokołu z rozprawy str. 6 odwołania).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania z samego powodu uwzględnienia jego zarzutów skierowanych pod adresem wykonawcy wybranego IT Expert Sp. z o.o. z s. w Warszawie. Bowiem pomimo uwzględnienia tylko w części odwołania to jest do wykonawcy wybranego IT Expert na dzień wnoszenia odwołania zarzuty sformułowane pod adresem tego wykonawcy były uprawnione.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w wyniku rankingu ofert przy jedynym kryterium oceny ofert to jest ceny, oferta odwołującego konsorcjum firm: S&T SERVICES POLSKA Sp. z o.o. i Qumak S.A. zajęła trzecią pozycję, a konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. i APN Promise S.A. zajęła drugą pozycję i IT Expert Sp. z o.o. pierwszą pozycję (ustalenia na podstawie Protokołu Zamawiającego – str. 6 Protokołu).

Izba co do przywoływanych przez strony postanowień SIWZ ustaliła:

Załącznik 1a do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) „Dostawa infrastruktury sprzętowo-programowej na potrzeby systemu CBD EWIDA”

3.Specyfikacja Elementów Zamówienia. 3.1. Dostawa 2 sztuk serwerów typu Tower wraz z oprogramowaniem. Wykonawca dostarczy wraz z uruchomieniem 2 serwery typu Tower, z

których każdy spełnia następujące wymagania: - musi być wyposażony między innymi w pełnowymiarową klawiaturę typu Windows (...) oraz mysz optyczną dwu przyciskową z rolką, podłączoną do gniazda USB.

3.5. Dostarczenie licencji oraz oprogramowania na potrzeby systemu CBD EWIDA.

Zamawiający samodzielnie opracowuje system EWIDA SG, w oparciu o posiadaną wiedzę i technologie. Dotychczas wytworzone oprogramowanie jest wykonane w technologii: NET na platformie: serwery x86, system operacyjny Windows Server, system baz danych Microsoft SQL Server i serwer aplikacji IIS. Zamawiający wymaga rozbudowy posiadanej platformy poprzez dostarczenie następującego oprogramowania i licencji lub równoważnego: nazwa oprogramowania/Licencji Oprogramowanie bazodanowe o podwyższonych możliwościach, zamawiana ilość 8 Opis oprogramowania/licencji Microsoft SQL Serwer 2012 wraz z pakietem Software Assurance (SA) na najdłuższy możliwy okres(...).

6.Gwarancja, serwis oraz utrzymanie sprzęty.

(...) Na oprogramowanie dostarczone w ramach niniejszej umowy Wykonawca zagwarantuje, co najmniej 12 miesięczne wsparcie producenta.

Załącznik nr 2 do SIWZ Formularz ofertowy: pkt 6 Udzielamy gwarancji na oferowany przedmiot na okres miesięcy (nie mniej niż 12 miesięcy) począwszy od podpisania protokołu odbioru końcowego.

Projekt Umowy w § 1 Przedmiot umowy przewiduje:

ust.1 Przedmiotem umowy jest dostawa oraz instalacja infrastruktury sprzętowo – programowej, zwaną dalej „Infrastrukturą”, na potrzeby systemu Centralnej Bazy Danych EWIDA, zwaną dalej „CBD EWIDA” opisanej szczegółowo w Opisie Przedmiotu Zamówienia zwanym dalej OPZ, stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy.

ust.2 Przedmiot umowy zostanie dostarczony zgodnie z OPZ oraz ofertą Wykonawcy stanowiącą załącznik nr 2 do Umowy.

Oferta konsorcjum Comtegra Sp. z o.o. i APN Promise S.A. pkt 7. w zakresie części I zamówienia oferujemy wsparcie producenta na dostarczone oprogramowanie na okres 12 miesięcy (nie mniej niż 12 miesięcy) począwszy od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego. ,

Nazwa przedmiotu zamówienia: serwery typu Tower wraz z oprogramowaniem; nazwa producenta ACTION+Symantec+Ever; nazwa/model/typ symbol/wersja Actina Solar G100 S5+ Northon Ghost Solution Suite+ UpS Ever Duo II Pro 500.

Przeprowadzono dowody z następujących wydruków ze stron internetowych przedłożonych przez odwołującego i dokonano następujących ustaleń:

Microsoft/Volume Licensing. Podstawowe założenia umowy Select Plus: Możliwość zamówienia pakietu korzyści Software Assurance na 36 miesięcy. Serwery. Przykładami oprogramowania Microsoft dla serwerów są system operacyjny Windows Server(...) oprogramowanie bazy danych Microsoft SQL Server(...).

Opis programu licencyjnego Select Plus. Istnieje również możliwość sublicencjonowania oprogramowania przez jednostkę główną podmiotom stowarzyszonym.

Lista firm posiadających status Large Account Reseller aktywnych na polskim rynku; wymieniono piętnaście firm posiadających ten status.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. i APN Promise S.A. Przedłożył na rozprawie oświadczenie z dnia 6 maja 2013 członka zarządu Michała Jaworskiego APN Promise S.A. iż „W przypadku aktywnej rejestracji u danego klienta okres obowiązywania Software Assurance może wahać się w przedziale od 25 do 36 miesięcy w zależności od wyznaczonej daty rocznicy danej rejestracji”.

Izba zważyła.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut odwołującego co do sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ to jest z Opiszem Przedmiotu Zamówienia.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia jak podnoszono w odwołaniu i jak ustaliła Izba na podstawie przeprowadzonego dowodu z dokumentacji postępowania zamawiającego powinna znajdować się klawiatura oraz mysz o określonych parametrach.

Bezspornym w sprawie jest, że odwołujący tych elementów nie zaoferował.

Zamawiający argumentując swoje stanowisko, co do nie przyznania racji w tym zakresie odwołującemu stwierdził, że oczywistym jest, iż zwyczajowo do komputera dołącza się mysz z klawiaturę. Dlatego nie ma potrzeby ze strony wykonawcy potwierdzania tych elementów w złożonej ofercie. Poza tym funkcjonuje system odbioru dostawy, gdzie można wyegzekwować kompletność dostawy.

W ocenie Izby rację ma odwołujący, który podnosi z tego powodu sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Skoro zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia wymienił takie elementy jak klawiatura i mysz to oferent powinien potwierdzić ich dostawę w złożonej ofercie. W przeciwnym wypadku wykonawca nie ma obowiązku dostawy tych elementów.

Należy zwrócić uwagę również na zapisy projektowanej umowy, które przewidują, że dostawa odbywać się będzie zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia ale również zgodnie ze złożoną ofertą, które to stanowią załączniki do umowy.

Tym samym zamawiający powinien oceniając prawidłowość złożonej oferty zwrócić uwagę, czy oferuje się jemu kompletną dostawę, ponieważ wątpliwym jest skuteczne wyegzekwowanie nie wymienionych elementów na poziomie realizacji umowy.

W ocenie Izby braki, w ofercie przystępującego po stronie zamawiającego to jest Konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. z s. w Warszawie i APN Promise S.A. z s. w Warszawie dyskwalifikują tę ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. Bowiem Przedmiot świadczenia jest istotnym elementem stosunku cywilnoprawnego. Poza tym skoro klawiatura i mysz to nieistotne elementy dostawy to niepotrzebnie zostały ze stosowną precyzją wymienione w Opisie Przedmiotu Zamówienia SIWZ.

Istniejących braków w ofercie w tym przypadku nie można ani wyjaśnić, ani uzupełnić, ani poprawić w trybie art. 87 ustawy.

Na uwzględnienie zasługuje również drugi zarzut odnoszący się do długości okresu wsparcia oprogramowania przez producenta to jest tzw. Software Assurance.

Znowu jak powyżej bezspornym w sprawie jest stan faktyczny to jest okoliczność, że w ofercie Konsorcjum firm: Comtegra Sp. z o.o. z s. w Warszawie i APN Promise S.A. z s. w Warszawie zaoferowano 12 miesięcy wsparcia technicznego oprogramowania. Natomiast spór powstał w związku z interpretacją zapisów SIWZ.

Poza sporem jest również okoliczność, że firma Microsoft oferuje wsparcie na oprogramowanie do 36 miesięcy.

Izba dokonując analizy postanowień SIWZ powyżej przedstawionych w „ustaleniach Izby” stwierdza, że zamawiający wymagał minimum wsparcia 12 miesięcznego. Niemniej w przypadku, gdy wsparcie producenci udzielają na dłuższe okresy to zamawiający oczekiwał tego wsparcia na najdłuższy okres czyli 36 miesięcy.

Istnienie 36 miesięcznego wsparcia producenta potwierdza również stanowisko przystępującego, który na rozprawie przedłożył oświadczenie konsorcjanta APN Promise S.A. z s. w Warszawie, z którego wynika, że istnieje możliwość wsparcia technicznego na oprogramowanie do 36 miesięcy.

Niemniej oświadczenie złożone na rozprawie jest spóźnione. Takie oświadczenie powinno znaleźć się w ofercie. Natomiast w ofercie zaproponowano wsparcie na najkrótszy oczekiwany przez zamawiającego okres to jest 12 miesięcy.

W związku z powyższym Izba stwierdza naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy to jest art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.7 ust.1 ustawy.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 2) w związku z § 3 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) zasądzać uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł. i 3.600,00zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: