

WYROK

z dnia 25 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Crowley Data Poland Sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa oraz Comp S.A. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Miasto Stołeczne Warszawa Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa

protestu z dnia 1 lutego 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Crowley Data Poland Sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa oraz Comp S.A. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Crowley Data Poland Sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa oraz Comp S.A. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Crowley Data Poland Sp. z o.o. ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa oraz Comp S.A. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup usług teletransmisji wraz z dostawą i konfiguracją urządzeń” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 października 2009 r. pod numerem 2009/S 211-303791. Wartość zamówienia wynosi 4.098.360,60 zł, tj. 1.057.068,60 euro, jest więc większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. W postępowaniu złożono 3 oferty.

Zgodnie z punktem 12.1.2. oraz 13.2. ppkt f specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby, na potwierdzenie wykazania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie zrealizowali bądź realizują od co najmniej 12 miesięcy, co najmniej trzy prace polegające na budowie infrastruktury telekomunikacyjnej dla sieci korporacyjnej złożonej z co najmniej 30 połączeń punkt – punkt wraz ze świadczeniem

usługi teletransmisji danych przy szybkościach transmisji nie mniejszych niż 2 Mb/s.

W załączonym do oferty „Wykazie prac” ATM S.A. przedstawiła trzy usługi: „połączenie 67 lokalizacji na terenie kraju VPN wraz z dostawą urządzeń aktywnych” dla Toyota Motors Poland Company Limited Sp. z o.o., „zestawienie łączy transmisji danych punkt – punkt pomiędzy 77 lokalizacjami na terenie” dla Mebi Group P. Trojanowski sp. j. oraz „zestawienie łączy transmisji danych punkt – punkt pomiędzy centralnym punktem a 32 lokalizacjami oraz 3 lokalizacjami” dla Miasta Stołecznego Warszawa.

Pismem z 19 stycznia 2010 r. Zamawiający wezwał ATM S.A. do „złożenia wyjaśnień lub do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków”, gdyż w wykazie prac nie podano szybkości transmisji – wezwanie dotyczyło złożenia wyjaśnień, jaka była szybkość transmisji w usłudze dla Toyota Motors Poland Company Limited Sp. z o.o. lub wykazanie nowych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W odpowiedzi ATM S.A. przedłożyła poprawiony „Wykaz prac” oraz list referencyjny od Toyota Motors Poland Company Limited Sp. z o.o.

21 stycznia 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez ATM S.A. Drugie miejsce w rankingu zajęła oferta Odwołującego. Na tę czynność 1 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 11 lutego 2010 r.

22 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia tego protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania” i wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania ATM S.A. i odrzucenia jego oferty

oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że ATM S.A. podlega wykluczeniu z postępowania ze względu na niespełnienie warunku zawartego w punkcie 12.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmienionego odpowiedzią nr 47 z 4 grudnia 2009 r., zgodnie z którym Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, iż w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie zrealizowali bądź realizują od co najmniej 12 miesięcy, co najmniej trzy prace polegające na budowie infrastruktury telekomunikacyjnej dla sieci korporacyjnej złożonej z co najmniej 30 połączeń punkt – punkt wraz ze świadczeniem usługi teletransmisji danych przy szybkościach transmisji nie mniejszych niż 2 Mb/s. Na potwierdzenie tego warunku ATM S.A. wykazała trzy usługi, z których dwie nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wymagał, aby usługa świadczona była w technologii punkt – punkt, natomiast z oferty i referencji złożonych w ofercie oraz po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wynika, że usługa dla Toyota Motor Poland Company Limited Sp. z o.o. była świadczona w technologii VPN, dopiero w uzupełnionym dokumencie stwierdzono, że usługi te świadczone były w technologii punkt – punkt. Zatem nie można uznać tej usługi za potwierdzającą spełnianie warunku, ponadto, wobec dwukrotnego oświadczenia przez odbiorcę usługi, iż świadczona była w technologii VPN, należy stwierdzić, iż ATM S.A. złożyła w tym zakresie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i podlega wykluczeniu również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wymagał też, aby usługa obejmowała zarówno budowę infrastruktury telekomunikacyjnej, jak i świadczenie usługi teletransmisji danych, a obydwa te elementy miały być wykonane w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania. ATM S.A. w ofercie wykazała, że usługa trwa od 2003 r. i w wyjaśnieniach to potwierdziła, zatem nie można uznać, że

budowa infrastruktury telekomunikacyjnej została wykonana w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania. ATM S.A. w ofercie oświadczyła, że świadczyła usługę dla Toyoty od 2003 do 2007 r., podczas gdy w wyjaśnieniach podała, że świadczy od 2003 r. do „nadal”. Rozbieżności te rodzą wątpliwości co do prawdziwości tych oświadczeń.

Zamawiający wymagał wybudowania infrastruktury telekomunikacyjnej dla sieci korporacyjnej, jednak z opisu usługi świadczonej dla MEBI Group P. Trojanowski sp. j. nie wynika, że ATM S.A. wybudowała sieć korporacyjną, a jedynie, że jest to zbiór niezależnych 77 łączy punkt – punkt, zatem wskazana usługa nie potwierdza spełniania warunku, a ATM S.A. powinna być wykluczona na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 lub, ewentualnie, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponieważ Zamawiający wykorzystał w stosunku do ATM S.A. procedurę uzupełniania dokumentów oraz udzielania wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających doświadczenie, ponowne zwrócenie się do niego o udzielenie wyjaśnień nie jest możliwe, co skutkuje koniecznością wykluczenia ATM z postępowania.

Również zaproponowany przez ATM S.A. model urządzenia aktywnego typu C jest niezgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza, iż oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawarł bowiem zbiór wymagań dla urządzeń aktywnych typu C (pkt 9 załącznika C do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), w których znajduje się postanowienie, iż urządzenie to ma posiadać co najmniej 16 portów FastEthernet (10/100 BaseT) ze wsparciem PoE (Power over Ethernet) – 802.3af, umożliwiającym podłączenie telefonów IP oraz stacji roboczych.

Zaproponowany przez ATM S.A. model urządzenia aktywnego typu C nie spełnia tych wymagań. Zgodnie ze standardem PoE 802.3af urządzenie musi zapewnić moc 15,4 W na 1 port FastEthernet (10/100 BaseT), natomiast zaoferowany router Cisco C2911-VSEC/K9 posiada możliwość instalacji zasilaczy o maksymalnej mocy przewidzianej na zasilanie PoE w wymiarze 200 W, co pozwoli na zasilanie jedynie 12, a nie co najmniej 16 portów

z mocą 15,4 W na każdy z portów jednocześnie (urządzenie powinno mieć min. 246,4 W mocy).

W odpowiedzi na pytanie nr 31 z 7 stycznia 2010 r. Zamawiający nie dopuścił rozwiązania, w którym dostarczony router typu C będzie posiadał 16 portów PoE 802.3af, przy czym sumaryczna moc przewidziana na zasilanie PoE dla całego urządzenia będzie mniejsze niż wymagana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z pkt. 3.7 i 3.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał przeprowadzenia szkoleń przez wykwalifikowanych instruktorów, jednak szkolenie zaoferowane przez ATM S.A. nie spełnia tych wymagań. Zgodnie z wiedzą Odwołującego ATM S.A. obecnie nie posiada instruktorów legitymujących się odpowiednimi kwalifikacjami, bowiem przejęła ich wydzielona spółka ATM Systemy Informatyczne Sp. z o.o. Jednocześnie ATM S.A. wśród części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, nie wskazała szkoleń, a zatem zamierza przeprowadzić je siłami własnymi. Biorąc pod uwagę treść zobowiązania ATM S.A. wynikającego z oferty oraz sankcje nieważności umowy, do której może dojść w przypadku zmiany sposobu wykonania tego zobowiązania, Zamawiający winien uznać, iż oferta ATM S.A. zawiera niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia sposób realizacji zamówienia lub ewentualnie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. ATM S.A. nie może również uzupełnić listy podwykonawców na obecnym etapie postępowania.

Poza tym na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą nie można ustalić, czy oferta została podpisana przez osobę uprawnioną. Ofertę podpisał pan Jacek Krupa działający na podstawie pełnomocnictwa z 7 stycznia 2008 r., a do oferty dołączony jest odpis aktualny z KRS z 3 grudnia 2009 r. Zatem na podstawie tego dokumentu nie można stwierdzić, czy osoby podpisujące pełnomocnictwo 7 stycznia 2008 r. pełniły w tym dniu w spółce ATM S.A. funkcje upoważniające do jego udzielenia. W takiej sytuacji Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełniania dokumentów umożliwiających zweryfikowanie prawidłowości reprezentacji wykonawcy w dacie udzielenia pełnomocnictwa.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający, w oparciu o wyjaśnienia ATM S.A. zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazał, iż łącza transmisji danych punkt – punkt na potrzeby zbudowanej dla Toyota Motor Poland Company Limited Sp. z o.o. infrastruktury telekomunikacyjnej zrealizowane zostały jako logiczne łącza IPSec zestawione pomiędzy każdym z 67 węzłów sieci a dwoma centralnymi routerami agregującymi. Zgodnie z nomenklaturą branżową IT sieć transmisji danych wykreowaną z wykorzystaniem łączy logicznych przyjęto określać nazwą „sieć VPN” (Virtual Private Network). Istnieje szereg metod wirtualizacji służących do kreowania logicznych łączy punkt – punkt np. FR, IP MPLS, IP GRE oraz zastosowana w sieci Toyoty metoda tunelowania IPSec. Zatem wskazane w referencjach pojęcie technologii VPN odnosiło się do wskazania sposobu realizacji łączy punkt – punkt w sieci korporacyjnej. Ponadto Zamawiający w punkcie 12.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał realizacji sieci złożonej z co najmniej 30 łączy punkt – punkt, a nie zastosowania technologii punkt – punkt do budowy referencyjnych sieci.

Zamawiający uznał wyjaśnienia ATM S.A. dotyczące ważności referencji potwierdzających należyte wykonanie usługi, w których wskazano, że sieć korporacyjna dla Toyoty była realizowana etapami od 2003 r. do końca 2007 r. Do grudnia 2006 r. ATM S.A. zbudowała infrastrukturę telekomunikacyjną w ilości 32 łączy o szybkości transmisji 2 Mbps, a kolejne 35 łączy o szybkości transmisji 6 Mbps zostało uruchomionych od grudnia 2006 r. do grudnia 2007 r.

Natomiast sieć korporacyjna dla Mebi Group P. Trojanowski sp. j. zbudowana została z wykorzystaniem 77 łączy punkt – punkt pomiędzy lokalizacjami Mebi Group a centralnym punktem agregacji łączy zlokalizowanym w centrum usług kolokacji sieci ATMAN. Jako że sieć ta realizowała funkcje związane z obsługą biznesową działalności firmy, była siecią korporacyjną.

Zatem obie usługi spełniają warunki udziału w postępowaniu, a zarzut jest bezzasadny.

Bezzasadny jest też zarzut niezgodności modelu urządzenia aktywnego typu C z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wymagał dostarczenia urządzenia typu C posiadającego co najmniej 16 portów FastEthernet (10/100 BaseT) ze wsparciem PoE (Power over Ethernet) – 802.3af, umożliwiającymi podłączenie telefonów IP oraz stacji roboczych. Zaoferowane przez ATM S.A. rozwiązanie jest w pełni zgodne z wymaganiami przedstawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. ATM S.A. zaproponowała model C2911-VSEC/K9, który spełnia wymagania opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się też z zarzutem, iż ATM S.A. nie może przeprowadzić szkoleń zgodnie z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w pkt 3.7 i 3.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ma bowiem podstaw na tym etapie postępowania podważać prawdziwości oświadczenia w tym zakresie.

W stosunku do zarzutu wadliwości pełnomocnictwa i związanej z tym niemożliwości jego weryfikacji w oparciu o załączony do oferty odpis z KRS Zamawiający stwierdził, iż pełnomocnictwo zostało udzielone panu Jackowi Krupie 7 stycznia 2008 r. przez prezesa zarządu Romana Szweda i wiceprezesa zarządu Tadeusza Czichona, a reprezentacja ta nie uległa zmianie od dnia podpisania pełnomocnictwa. Potwierdza to odpis z KRS z 3 grudnia 2009 r. (Dział 2, Podrubryka 1, punkt 1 i 2), ponadto pełnomocnictwo zostało ustanowione na czas nieoznaczony i obejmuje w swej treści prawo do składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Dlatego też zarzut ten Zamawiający również uznał za bezzasadny.

W rozstrzygnięciu tym Zamawiający poinformował także, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego – termin realizacji zamówienia określony w punkcie 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niemożliwy do zrealizowania.

Na czynność tę (unieważnienia postępowania) Odwołujący wniósł protest, a później odwołanie, które w chwili orzekania niniejszym wyrokiem nie zostało jeszcze rozstrzygnięte.

19 marca 2010 r. Zamawiający wykluczył ATM S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na nieprzedłużenie wadium.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpienia ATM S.A. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a także na podstawie oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie szczególne znaczenie mają okoliczności zaistniałe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. unieważnienie postępowania oraz wykluczenie z postępowania ATM S.A.

W związku z faktem, że Zamawiający 19 marca 2010 r. wykluczył ATM S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, iż upłynął termin ważności wniesionego przez tę spółkę wadium, a tym samym, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ofertę tego wykonawcy uznaje się za odrzuconą, wskazane w odwołaniu żądania dotyczące unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania ATM S.A. i odrzucenia jego oferty, nawet w oparciu o inną podstawę prawną, są w chwili orzekania nieaktualne, co podniosły również Strony podczas rozprawy, zatem orzekanie w tym zakresie jest bezprzedmiotowe.

Ze względu na fakt, iż upłynął termin ważności wadium, Zamawiający wpływu takiego wadium nie odnotował, a ATM S.A. oświadczyła, że nie

zamierza tego wadium przedłużyć, nieprawdopodobne jest, by w stosunku do tego wykonawcy zaistniały okoliczności mogące skutkować jego przywróceniem do postępowania.

Dodatkowo Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poprawność tej decyzji zostanie zbadana w odrębnym postępowaniu przed Izłą, jednak w chwili orzekania niniejszym wyrokiem bezprzedmiotowe jest również nakazywanie Zamawiającemu dokonywania w tym, unieważnionym, postępowaniu kolejnych czynności, tj. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. W razie wydania przez Izbę wyroku nakazującego unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, zostanie ono podjęte, a – niezależnie od niniejszego wyroku – kolejne czynności będą musiały być wykonywane zgodnie z obowiązującą procedurą, w tym ewentualny wybór kolejnej oferty najkorzystniejszej.

Biorąc zatem pod uwagę art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień Izba stwierdziła, iż nawet stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie miałyby wpływu na wynik postępowania i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. *w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

