

Sygn. akt KIO/UZP 113/08

Sygn. akt KIO/UZP 124/08

WYROK
z dnia 28 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Young Digital Planet S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, ul. Młynarska 48**
- B. Konsorcjum firm: Betacom S.A. i Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Połczyńska 31A, Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150 w Warszawie** protestów:

- A. Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Young Digital Planet S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, ul. Młynarska 48 z dnia 23 stycznia 2008 r.**
- B. ComArch S.A. Al. Jana Pawła II 39A w Krakowie z dnia 23 stycznia 2008 r.**

przy udziale **ComArch S.A. Al. Jana Pawła II 39A w Krakowie i Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Young Digital Planet S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, ul. Młynarska 48**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Young Digital Planet S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, ul. Młynarska 48 oraz Konsorcjum firm: Betacom S.A. i Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Połczyńska 31A, Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Young Digital Planet S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, ul. Młynarska 48**
 - B. koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Betacom S.A. i Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Połczyńska 31A, Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A. kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Young Digital Planet S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, ul. Młynarska 48** na rzecz **Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150 w Warszawie**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
 - B. kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Betacom S.A. i Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Połczyńska 31A, Warszawa** na rzecz **Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150 w Warszawie**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
 - A. kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez **XXX**
 - B. kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A. kwoty 17 963 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Young Digital Planet S.A z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie, ul. Młynarska 48**
 - B. kwoty 17 963 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: Betacom S.A. i Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Połczyńska 31A, Warszawa.**

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

Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „System Elektronicznego Wspomagania Nauczania (SEWN) z uwzględnieniem centrum szkoleniowego Schengen na bazie Centrum Szkolenia Policji”, nr spr. 162/Błil/07/MSz, którego dotyczą rozpatrywane odwołania. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 27 października 2007 r. (nr 2007/S 208-252582).

W piśmie z dnia 16 stycznia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, o wynikach tego postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum firm Betacom S.A. i Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Sp. z o.o. (dalej: „Betacom”). Bezspornie pismo to zostało doręczone Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Young Digital Planet S.A, zwanego dalej: „Odwołującym S&T” lub „Konsorcjum S&T” drogą faksową w dniu 17 stycznia 2008 r. Sporną kwestią pomiędzy stronami postępowania odwoławczego było doręczenie owej informacji w dniu 16 stycznia 2008 r. W tym dniu bowiem Zamawiający przesłał drogą faksową tę informację (raport z faksu), ale – wedle oświadczenia Odwołującego S&T – pismo to nie

dotarło do niego w tej dacie. Odwołujący Konsorcjum firm: Betacom S.A. i Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Sp. z o.o., zwany dalej „Odwołującym Betacom” lub „Betacom” informację o rozstrzygnięciu postępowania otrzymał drogą faksową w dniu 16 stycznia 2008 r. W informacji o wynikach postępowania Zamawiający poinformował również wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego S&T jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Na te czynności Zamawiającego Odwołujący S&T w piśmie z dnia 23 stycznia 2008 r. (z tą samą datą wpływu do Zamawiającego), złożył protest. W proteście tym podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy, art. 26 ust. 4 ustawy oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu protestu, tj. min.: 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wskazane przepisy, które w ocenie Odwołującego S&T zostały przez Zamawiającego naruszone, związane były z bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego S&T oraz zaniechaniem odrzucenia oferty wybranej w postępowaniu jako najkorzystniejsza.

W argumentacji protestu, dotyczącej podnoszonych zarzutów, Odwołujący S&T podniósł, że:

1) W ofercie Konsorcjum Betacom zaoferowano serwery nieodpowiadające wymogom SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ „Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia”, pkt 6.2.1 ppkt 10). W treści SIWZ Zamawiający wyspecyfikował bowiem wymagania niefunkcjonalne na serwery SEWN, które w zakresie obsługi serwisowej miały mieć możliwość wymiany podzespołów (dyski twarde, karty rozszerzeń) bez wyłączenia maszyny, oraz posiadać redundantne zasilacze i wentylatory. Serwery Hewlett-Packard DL580G i Hewlett-Packard ML370GGG5, zaoferowane przez Konsorcjum Betacom – w ocenie Odwołującego S&T - nie zapewniają wymiany kart rozszerzeń bez wyłączenia serwerów. Odwołujący S&T wskazał na podstawy tych ustaleń, tj. informacje telefoniczne uzyskane od przedstawicieli firmy Hewlett-Packard, ogólnodostępne specyfikacje techniczne serwerów na oficjalnych stronach WWW firmy Hewlett-Packard, informacje uzyskane od Autoryzowanego dystrybutora firmy Hewlett-Packard firmy Tech Data Polska Sp. z o.o., wiedza certyfikowanych specjalistów będących pracownikami Odwołującego S&T.

2) Oferta Konsorcjum Betacom w zakresie oferowanego oprogramowania LMS dla SEWN jest niezgodna z wymogami SIWZ. W treści SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ i umowy, pkt 6.2.22, ppkt 33) Zamawiający zawarł wymóg: „*interfejs użytkownika musi być oparty o przeglądarkę internetową **lub** wykorzystywać jej mechanizmy*”. Tymczasem w ofercie Betacom znalazło się określenie, że: „*interfejs użytkownika jest oparty o przeglądarkę internetową **i** wykorzystuje jej mechanizmy*”. W ocenie Odwołującego S&T powyższe świadczy o niezgodności oferty Betacom z treścią SIWZ, bowiem narzuca użytkownikowi wykonywanie wszelkich operacji wyłącznie przez mechanizm przeglądarki internetowej, co dla użytkownika nie jest korzystne.

3) Oferta Odwołującego S&T jest zgodna z treścią SIWZ w zakresie wymogów, co do komponentu Stanowisko Słuchacza oraz Stacjonarne Stanowisko Tworzenia Szkoleń, tj. kamery internetowej i – w ocenie tego podmiotu – została bezzasadnie odrzucona przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący S&T dla wskazanych stanowisk nie wyszczególnił wymaganej w SIWZ kamery internetowej w ilości sztuk odpowiadającej ilości oferowanych stanowisk. Odwołujący S&T wskazał natomiast, że w jego ofercie w tabeli na str. 105 wyszczególnił „kartę dźwiękową: zintegrowaną, zgodnie z SB. Głośniki: Geniusz SP-P110, 230V-EU czarne. Słuchawki z mikrofonem COMPUTER EQUIPMENT”. Jego zdaniem sformułowanie „COMPUTER EQUIPMENT” jest równoznaczne z zaoferowaniem wymaganej przez Zamawiającego kamery internetowej, bowiem powyższe określenie stanowi nazwę własną kamery internetowej, dostarczanej przez firmę Fujitsu Siemens Computers dla komputera o konfiguracji dedykowanej wyłącznie dla przedmiotowego przetargu, opartej na modelu bazowym Espresso 3500. Odwołujący S&T zwrócił bowiem uwagę, że w jego ofercie w formularzu cen jednostkowych, wskazany jest komputer o dedykowanej konfiguracji opartej na modelu bazowym Espresso 3500, który jest oferowany tak dla Stanowiska Słuchacza jak i dla Stacjonarnego Stanowiska Tworzenia Szkoleń. Na potwierdzenie tych ustaleń Odwołujący S&T dołączył do protestu oświadczenie firmy Fujitsu Siemens Computers Sp. z o.o. producenta wskazanego komputera.

Odwołujący S&T dodatkowo wskazał na złożone w swojej ofercie oświadczenie o realizacji zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ. W ocenie Odwołującego ewentualna niejasność w interpretacji zapisów oferty powstała po stronie Zamawiającego powinna co najwyżej skutkować wezwaniem Odwołującego S&T w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień, co do wymaganej kamery internetowej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez S&T, oponując przeciw podniesionym w proteście zarzutom, swoje przystąpienie złożyła firma ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, zwana dalej „Przystępującym”. Przystąpienie zostało złożone w piśmie z dnia 25 stycznia 2008 r., (doręczenie w tej samej dacie) na skutek wezwania Zamawiającego doręczonego w dniu 24 stycznia 2008 r. Przystępujący domagał się odrzucenia protestu S&T jako złożonego po terminie z uwagi na to, że forma pisemna protestu (a takiej wymagał Zamawiający w odniesieniu do protestów w postanowieniach SIWZ) wpłynęła do Zamawiającego po terminie, w związku z czym Zamawiający nie powinien w tym przypadku uwzględniać złożenia protestu drogą faksową. Przystępujący niezależnie od powyższego wskazywał na konieczność oddalenia zarzutów zawartych w proteście, a dotyczących oferty Odwołującego S&T, która w ocenie Przystępującego

zawiera niezgodności z SIWZ. Przystępujący jednocześnie też poparł zarzuty dotyczące oferty Betacom, uznając, że oferta ta jako faktycznie niezgodna z SIWZ powinna być odrzucona.

Zamawiający, rozpatrując złożony protest w piśmie z dnia 1 lutego 2008 r., uwzględnił go w części dotyczącej podniesionego zarzutu wobec oferty Betacom o jej niezgodności z wymogami SIWZ w zakresie wymaganych serwerów. Jednocześnie też Zamawiający oddalił protest Odwołującego S&T w zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odniesieniu do oferty Betacom oraz zarzutów dotyczących bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego S&T.

Od rozstrzygnięcia protestu, pismem z dnia 6 lutego (wpływ bezpośredni do kancelarii UZP z tą samą datą) Odwołujący S&T wniósł odwołanie do Prezesa UZP, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, oprócz jednego zarzutu dotyczącego zaoferowania przez firmę Betacom serwerów niezgodnych z wymaganiami SIWZ, który to zarzut został przez Zamawiającego uwzględniony w rozstrzygnięciu protestu.

Odwołujący S&T, podnosząc wskazane zarzuty, wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty Betacom, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego S&T,
- 3) wezwanie Odwołującego S&T do złożenia wyjaśnień, co do sformułowań użytych w jego ofercie,
- 4) przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert i wybór oferty Odwołującego S&T jako oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przed otwarciem posiedzenia Izby, złożyła swoje przystąpienie firma ComArch S.A., stając się uczestnikiem tego postępowania. W przystąpieniu tym został złożony wniosek o odrzucenie odwołania z powodu złożenia protestu po terminie, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku podtrzymane zarzuty i argumentacja w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego S&T.

Przedmiotem rozpatrywania Izby – zgodnie z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2008 r. - jest również odwołanie złożone przez Odwołującego Betacom. Odwołujący ten złożył odwołanie w urzędzie pocztowym operatora publicznego w dacie 6 lutego 2008 r. Odwołanie dotyczy dwóch rozstrzygnięć dwóch odrębnych protestów złożonych w postępowaniu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej przez

firmy ComArch S.A. i Konsorcjum S&T. W trakcie posiedzenia Izby pełnomocnik Odwołującego Betacom, w związku z treścią art. 184 ust. 1 ustawy, który stanowi, że odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia jednego protestu, złożył oświadczenie, iż odwołanie Betacom złożone w dacie 6 lutego 2008 r., dotyczy wyłącznie jednego protestu i jego rozstrzygnięcia przez Zamawiającego, tj. protestu firmy ComArch S.A. W pozostałym zakresie odwołania – dotyczącego rozstrzygnięcia protestu firmy S&T - Odwołujący uznał swoje wnioski za bezprzedmiotowe.

Uwzględniając powyższe należało uznać, iż punktem wyjścia do złożenia odwołania Betacom był protest ComArch S.A. złożony do Zamawiającego w dacie 23 stycznia 2008 r. W proteście tym zostały podniesione następujące zarzuty:

1. dotyczące oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Betacom i zaniechanie odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego, jak również zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów przez Betacom na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości oraz zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty wymienione w załączniku nr 1 do SIWZ odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom;
2. dotyczące zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy Comp Safe Suport z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty wymienione w załączniku nr 1 do SIWZ odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom;
3. dotyczące zaniechania wezwania przez Zamawiającego Konsorcjum S&T do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zaświadczenia, podobnie jak w przypadku oferty Comp Safe Suport.

W związku z podniesieniem tych zarzutów ComArch S.A. wniósł o dokonanie powtórnej oceny ofert przez Zamawiającego i odrzucenie oferty Betacom oraz dopełnienie przez Zamawiającego wymogu wezwania do uzupełnienia dokumentów we wskazanym w proteście zakresie, jak również o dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty ComArch S.A.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Betacom, które stały się podstawą późniejszego odwołania Betacom, ComArch S.A. w uzasadnieniu wskazał na następujące niezgodności tej oferty (Betacom) z treścią SWIZ:

- 1) W formularzu cen ofertowych oferty Betacom wskazuje się na dostarczenie 3 PEN driverów w zakresie 12 Mobilnych Stanowisk Tworzenia oraz Prezentacji Szkoleń,

podczas gdy - zgodnie z wymogami SIWZ (Zał. nr 1 tabela 1 s. 4 i pkt 6.2.5) - każde Mobilne Stanowisko Tworzenia oraz Prezentacji Szkoleń musiało być wyposażone w nośnik pamięci PEN driver. W ofercie Betacom brak jest zatem 9 Pen driverów dla 9 Mobilnych Stanowisk.

- 2) W ofercie Betacom brak jest wskazania typu słuchawek z mikrofonem (poz. 3 b, s. 61 oferty). Podany został jedynie producent tego sprzętu, tj. firma Logitech, ale brak wskazania typu słuchawek ponieważ przywoływana w ofercie nazwa Dialog jest zbyt szeroka i obejmuje różne typy słuchawek. Powyższe było w ocenie ComArch S.A. niezgodne z wymogami SIWZ, gdzie wskazano, że wykonawcy mają podać „*Typ/nazwę producenta przedmiotu dostawy/usługi*”, w tym dane dotyczące sprzętu, oprogramowania: typ, nazwa producenta.
- 3) W ofercie Betacom nie wskazano nazwy producenta dla czytnika kart mikroprocesorowych (poz. 3g, s 61 oferty); podany został jedynie typ tej karty – Sygnet 3, ale brak wskazania nazwy producenta, co czyni ofertę sprzeczną z wymogami SIWZ.
- 4) W ofercie Betacom wskazano oprogramowanie LMS dla SEWN (poz. 13, s. 65) „SABA ENETRprice” W tym zakresie, w ocenie ComArch S.A, nie wskazano typu tego oprogramowania firmy SABA.
- 5) Oferta Betacom jest wewnętrznie spreczna w zakresie wymaganej w SIWZ tablicy interaktywnej. W ofercie Betacom w formularzu cen jednostkowych wskazano InerWrite Boart 1071, a w tabeli parametrów oferowanego sprzętu, wg. załącznika nr 6 do SWIZ (s. 70 oferty), znajduje się nazwa Calocom bard.

W zakresie zarzutu nieuzupełnienia przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dwóch dokumentów w ofercie Betacom, ComArch S.A. wskazał, że zaświadczenie o braku zaległości podatkowych złożone przez konsorcjanta Betacom nie jest prawidłowe bowiem zostało podpisane nieczytelnie bez pieczęci urzędowej, nie spełnia zatem wymogów kpa. Co do drugiego dokumentu ComArch S.A. wskazał, że przedłożony w ofercie Betacom certyfikat na str. 59 oferty nie obejmuje obrotu towarami, a taki był wymóg Zamawiającego.

Odnosząc się do podniesionych w proteście zarzutów Betacom w piśmie z dnia 28 stycznia 2008 r. na skutek wezwania Zamawiającego skierowanego do niego w dniu 24 stycznia 2008 r., złożyła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, stając się jego uczestnikiem. W przyłączeniu opozycyjnym w odniesieniu do podnoszonych w proteście zarzutów Konsorcjum Betacom podniosło, że:

- 1) W zakresie rzekomego braku w jej ofercie odpowiedniej do liczby Mobilnych Stanowisk Tworzenia oraz Prezentacji Szkoleń ilości Pen driverów – w ofercie Betacom w załączniku nr 7 wyspecyfikowano w zakresie wyposażenia wskazanego Mobilnego Stanowiska również Pen driver Kingston 1 GB USB 2,0. W związku z określeniem w załączniku nr 4 oferty (s. 63) – Formularz cen jednostkowych – wyłącznie zbiorczych cen za poszczególne elementy Mobilnych Stanowisk, Betacom wskazała, że zaoferowała 15 szt. Pen driverów, w stosunku do 12 Mobilnych Stanowisk Tworzenia i Prezentacji Szkoleń, zatem spełniła wymóg SIWZ.
- 2) W zakresie rzekomego braku w ofercie Betacom typu słuchawek z mikrofonem – w ofercie Betacom znajduje się określenie i producenta: „Logitech” i typu słuchawek: „Dialog”. W ocenie Betacom SIWZ nie zawierała dodatkowych wymogów, co do wskazywania kodu słuchawek.
- 3) W zakresie rzekomego braku w ofercie Betacom wskazania producenta czytnika kart mikroprocesorowych – w ofercie Betacom wskazano Czytnik Sygnet – 3, co zdaniem Betacom, oznacza wprost producenta tego produktu, ponieważ tylko jeden producent (znany Zamawiającemu - Pacomp S.A. córka firmy Comp Safe Support) oferuje tego rodzaju czytniki do kart.

Betacom odniósł się również do dwóch zarzutów dotyczących oprogramowania SABA Enterprise oraz rzekomej sprzeczności w jej ofercie w zakresie tablicy interaktywnej, a także zarzutów dotyczących braku żądania przez Zamawiającego uzupełnienia dwóch dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, kwestionując ich zasadność.

Jednocześnie też Betacom w treści swojego przystąpienia podniósł dodatkowe zarzuty dotyczące niezgodności oferty firmy ComArch S.A., wskazując, że oferta ta – zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – jako sprzeczna z treścią SIWZ - powinna zostać odrzucona.

Zamawiający w piśmie z dnia 1 lutego 2008 r. rozstrzygnął przedmiotowy protest i uwzględnił go w zakresie zarzutów dotyczących:

- 1) braku w ofercie Betacom informacji o dostarczeniu odpowiedniej ilości Pen driverów – właściwej, zgodnie z wymogami SIWZ, dla liczby zaproponowanych Mobilnych Stanowisk Tworzenia oraz Prezentacji Szkoleń,
- 2) braku wskazania w ofercie Betacom typu słuchawek z mikrofonem,
- 3) braku wskazania w ofercie Betacom nazwy producenta dla czytnika kart mikroprocesorowych odnośnie Stanowiska Słuchacza i Stacjonarnego Stanowiska Tworzenia Szkoleń.

Zamawiający, dokonując tego rozstrzygnięcia protestu jednocześnie uwzględnił zarzut dotyczący braku wezwania Betacom na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami i oddalił zarzut w zakresie braku zaświadczenia podmiotu uprawnionego do certyfikowania jakości produktów.

Zamawiający oddalił również jeden z zarzutów merytorycznych dotyczących niezgodności oferty Betacom z treścią SIWZ. Mianowicie nie uwzględniono zarzutu dotyczącego rzekomej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie braku wskazania w ofercie Betacom typu oprogramowania firmy Saba Enetrprise. Zamawiający wyjaśnił, że w tym przypadku nie żądał wskazania wersji oprogramowania, a jedynie określenia jego typu i producenta. Określenie zawarte w ofercie Betacom: „*Oprogramowanie LMS dla SEWN: Saba Enetrprise*” spełnia wskazane wymogi Zamawiającego.

Od tego rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 6 lutego 2008 r. Konsorcjum Betacom złożyło odwołanie, podtrzymując swoje stanowisko i zarzuty dotyczące bezpodstawnego uwzględnienia przez Zamawiającego protestu firmy ComArch S.A., co dla Konsorcjum Beatcom skutkowało odrzuceniem jego oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ. Betacom w złożonym odwołaniu podtrzymała również swoje zarzuty w odniesieniu do oferty firmy ComArch S.A. Wobec podniesionych zarzutów Konsorcjum Betacom wniosło o:

- 1) powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert z zachowaniem wszelkich wymogów i zasad ustawy, z uwzględnieniem oferty Betacom jako nie podlegającej odrzuceniu,
- 2) odrzucenie oferty ComArch S.A. jako, że jest to oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 3) wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny zawartymi w SIWZ z uwzględnieniem w/w zasad.

Do tego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przyłączyli się firma ComArch S.A. oraz Konsorcjum S&T, stając się uczestnikami tego postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść ofert Odwołującego S&T oraz Betacom, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Zarówno odwołanie Konsorcjum S&T, jak i odwołanie Konsorcjum Betacom nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby dokonał ustalenia, że brak było podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego oraz Przystępującego do obydwu postępowań odwoławczych o odrzucenie na posiedzeniu Izby złożonych odwołań. Skład orzekający Izby uznał, że obydwa odwołania zostały złożone w terminie i przez podmioty uprawnione.

Jeśli chodzi o odwołanie S&T skład orzekający Izby uznał, że bez znaczenia dla rozpoczęcia biegu terminu na złożenie protestu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jest data wywieszenia informacji o wynikach postępowania na stronie internetowej Zamawiającego, czy też jego tablicy ogłoszeń. Stosownie bowiem do treści art. 92 ust. 2 ustawy, Zamawiający ma obowiązek zamieścić na stronie internetowej i tablicy ogłoszeń informacje o wynikach postępowania w ograniczonym zakresie. Zamieszcza tam bowiem wyłącznie informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej (informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy). Pełna informacja o wynikach postępowania, tj. o ewentualnych odrzuceniach ofert, czy wykluczeniach wykonawców z udziału w postępowaniu jest przesyłana wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu – stosownie do dyspozycji ust. 1 art. 92 ustawy. Od tego momentu (doręczenia pełnej informacji o wynikach postępowania) – na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy – rozpoczyna swój bieg termin na złożenie protestu.

Jednocześnie również skład orzekający Izby uznał, że niezależnie od tego, czy informacja o wynikach postępowania została Odwołującemu S&T złożona w dacie 16, czy 17 stycznia br., protest został złożony faksem w dniu 23 stycznia 2008 r., a więc w odniesieniu do obydwu terminów doręczenia informacji o wynikach przetargu, Odwołujący S&T ze swoim protestem zmieścił się w siedmiodniowym terminie. Bez znaczenia w tym przypadku, w ocenie Izby, są postanowienia SIWZ, na które powoływał się Przystępujący, dotyczące wymogu, aby protest został złożony wyłącznie na piśmie oraz ograniczające możliwość skutecznego złożenia faksowej korespondencji Zamawiającemu w danym dniu, po jego godzinach pracy. Powyższe zastrzeżenia znajdujące się w SIWZ nie są zgodne z obowiązującymi przepisami prawa i jako takie nie mogą wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności w zakresie wnoszenia przez nich środków ochrony prawnej.

Podkreślić bowiem należy, że wprowadzenie w SIWZ ograniczenia w zakresie formy, w której protest może zostać złożony Zamawiającemu narusza zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie i prowadzi do dyskryminacji wykonawców, których siedziby są oddalone od siedziby Zamawiającego, co znacznie skraca im czas na złożenie protestu. Powyższe jest tym bardziej niezrozumiałe, że Zamawiający dopuścił

w zakresie pozostałych czynności w postępowaniu możliwość korzystania z formy faksowej. Poza tym wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie czasowe, że korespondencja wpływająca do niego powinna wpłynąć nie później niż w godzinach urzędowania jednostki, w przeciwnym bowiem razie zostanie zarejestrowana jako korespondencja z datą wpływu w dniu następnym, również prowadzi do naruszenia przepisów ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 ustawy, protest można złożyć w terminie 7 dni od momentu powzięcia informacji albo momentu, w którym można było powziąć informację o podstawach jego wniesienia. Z racji tego, że protest nie jest niczym innym, jak oświadczeniem woli, wywołuje on skutki prawne z chwilą złożenia go Zamawiającemu. Złożenie protestu Zamawiającemu po godzinach pracy na uruchomiony faks, wskazuje na możliwość powzięcia informacji o tym proteście przez Zamawiającego w tym właśnie dniu. Protest może być złożony w terminie 7 dni. Termin oznaczony w dniach zgodnie z treścią art. 111 Kc w związku z art. 14 ustawy, kończy się z upływem ostatniego dnia tego terminu. Powyższe oznacza, że wykonawca może złożyć protest Zamawiającemu najpóźniej siódmego dnia do godziny 24.00. Nieuzasadnione skrócenie ustawowego terminu na protest samodzielnie przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ jest niedopuszczalne i nie może wywoływać - w ocenie Izby – negatywnych skutków dla wykonawców.

Skład orzekający Izby ustalił również, że obydwaj Odwołujący wykazali się interesem prawnym w złożeniu środków ochrony prawnej. Ich interes prawny doznał potencjalnego uszczerbku poprzez wskazywane przez nich rzekome naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, a jednocześnie wykonawcy ci, przy założeniu, że ich zarzuty zasługują na uwzględnienie, mieliby szanse na uzyskanie zamówienia. W tym miejscu zauważyć należy, że odwołanie Betacom w zakresie rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum S&T nie zostało jeszcze ostatecznie rozstrzygnięte, bowiem pomimo jego złożenia nie było ono przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę ani przez Prezesa UZP w zakresie ewentualnego zwrotu odwołania bez rozpoznania w trybie art. 185 ust. 2 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów w odwołaniu S&T stwierdzić należy co następuje:

W pierwszej kolejności w zakresie **drugiego zarzutu**, tj. bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rzekomej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie zaoferowania, co do komponentów Stanowisko Słuchacza oraz Stacjonarnego Stanowiska Tworzenia Szkoleń kamery internetowej, skład orzekający Izby ustalił, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w SIWZ – pkt 6.2.3 ppkt 4 i 6.2.4 ppkt 4 postawił wymóg, aby Stanowisko Słuchacza oraz Stacjonarne Stanowisko Tworzenia Szkoleń wyposażone były w kamerę internetową. W ofercie S&T znalazło się określenie: „*Słuchawki z mikrofonem COMPUTER EQUIPMENT*”. Skład orzekający nie dał wiary argumentacji Odwołującego S&T, tak zawartej w proteście, że w skład oferowanego zestawu słuchawek z mikrofonem wchodzi również kamera internetowa, jak i zmodyfikowanej nieco argumentacji z odwołania, że określenie „COMPUTER EQUIPMENT” jest nazwą własną kamery internetowej. Z postanowień SIWZ wynika wyraźnie, że Zamawiający oczekiwał dostarczenia dwóch odrębnych pozycji: słuchawki z mikrofonem oraz kamera internetowa. Pozycje te w SIWZ oddzielone są przecinkiem. Odwołujący S&T w swojej ofercie wskazał, że dostarczy wymagane słuchawki z mikrofonem. Wymienienie obok słuchawek, bez oddzielenia choćby przecinkiem, nazwy własnej „COMPUTER EQUIPMENT”, nie może być domniemywane przez Zamawiającego jako oferta w zakresie dostarczenia wymaganej kamery internetowej. Nie można bowiem powiedzieć, że przywołana nazwa własna „COMPUTER EQUIPMENT” jest w powszechnym użyciu stosowana jako określenie wprost kamery internetowej. Powyższe potwierdza choćby oświadczenie firmy Media Tech przedłożone przez Przystępującego, z którego wynika, że firma ta jest producentem produktu o nazwie „*Słuchawki z mikrofonem COMPUTER EQUIPMENT*”, który to produkt nie jest wyposażony w kamerę internetową. Oświadczenie firmy Fujitsu Simens Computers przedłożone przez Odwołującego S&T potwierdza jedynie, że firma ta zaoferowała S&T dostarczenie komputera z konfiguracją dedykowaną. Osoba składająca to oświadczenie w imieniu Fujitsu Simens Computers wskazała jednocześnie, że zestaw tego komputera zawiera kamerę internetową.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że oświadczenie to nie może prowadzić do stwierdzenia, że w ofercie S&T zaoferowano wprost kamerę internetową, skoro zostało wykazane, że nazwa własna „COMPUTER EQUIPMENT” może być używana nie tylko jako nazwa własna kamery internetowej.

Z treści przedłożonego oświadczenia wynika jedynie, że firma Fujitsu Simens Computers posiada w swojej ofercie w zakresie zestawu komputera również kamerę internetową. Kamera ta jednak nie została wymieniona w samej ofercie S&T. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty Odwołującego S&T.

Na marginesie należy wskazać, że nawet gdyby uznać, że kamera internetowa w ofercie Odwołującego S&T została wskazana poprzez określenie „COMPUTER EQUIPMENT”, to powyższe nie wypełnia wymogów Zamawiającego w zakresie wskazania nazwy producenta tego sprzętu. Skład orzekający Izby jednak stanął na stanowisku, że wskazana kamera internetowa nie została przez wykonawcę w ogóle zaoferowana, co skutkuje uznaniem, że oferta S&T jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił argumentacji Odwołującego S&T, że nawet w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, co do treści oferty Odwołującego we wskazanym zakresie, wykonawca ten złożył oświadczenie w treści oferty o wykonaniu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ. Powyższe - zdaniem Odwołującego S&T – powinno stanowić ewentualną podstawę skierowania do wykonawcy przez Zamawiającego wezwania o złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Podkreślić należy, że przywołany przepis art. 26 ust. 4 ustawy ma zastosowanie jedynie do wyjaśniania treści dokumentów podmiotowych i przedmiotowych żądanych przez zamawiającego w postępowaniu, jednak tych, o których stanowią przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). W takim przypadku mógłby mieć zastosowanie wyłącznie przepis art. 87 ust. 1 ustawy, odnoszący się do treści oferty. Przywołany jednak przepis zakazuje dokonywania wyjaśnień treści oferty prowadzących do jej zmiany. W analizowanym przypadku ewentualne wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy prowadziłyby do zmiany treści oferty, tj. do zaoferowania kamery internetowej, która nie została wskazana pierwotnie w ofercie.

Co do **pierwszego zarzutu** - oferta Betacom w zakresie oferowanego oprogramowania LMS dla SEWN jest niezgodna z wymogami SIWZ - skład orzekający Izby uznał, że w związku z koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego S&T utracił on w tym miejscu interes prawny w kwestionowaniu oferty firmy Betacom.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów w odwołaniu Betacom, stwierdzić należy co następuje:

Co do **pierwszego zarzutu** – bezzasadnego odrzucenia oferty Betacom z powodu rzekomego braku wymaganej ilości Pen driverów w odniesieniu do liczby Mobilnych Stanowisk Tworzenia i Prezentacji Szkoleń - skład orzekający Izby ustalił, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy mieli obowiązek zaoferować wyposażenie każdego Mobilnego Stanowiska Tworzenia oraz Prezentacji Szkoleń w Pen driver. W ofercie Konsorcjum Betacom w załączniku nr 4 – Formularz cen jednostkowych (s. 63 oferty) wyceniono jedynie 3 Pen Drivery przy zaoferowaniu 12 Mobilnych Stanowisk Tworzenia oraz Prezentacji Szkoleń. Skład orzekający Izby nie uwzględnił argumentacji Odwołującego Betacom, że w tym formularzu wskazano jedynie 3 dodatkowe Pen drivery, a istotne znaczenie w tym zakresie będzie miał załącznik nr 7 do oferty, gdzie wskazano, że

wykonawca dostarczy w ramach zamówienia konkretny Pen driver. Odnosząc powyższe do oferowanej liczby Mobilnych Stanowisk, Odwołujący Betacom wskazał, że zaoferował owe Pen drivery do wszystkich stanowisk, a dodatkowo wycenił 3, co nie było sprzeczne z SIWZ.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że z przywołanych zapisów treści oferty Odwołującego Betacom w żaden sposób nie można wywieść, że wykonawca ten zaoferował 15 Pen driverów. Podstawą takiego twierdzenia jest przede wszystkim wycenienie w formularzu cen jednostkowych (załącznik nr 4) wyłącznie 3 Pen driverów. W załączniku nr 7 wymagano opisu poszczególnych komponentów z tego załącznika – było to jedynie zestawienie rodzaju spełniania wymagań zawartych w załączniku nr 1. Z załącznika tego (załącznik nr 7) nie wynikało, że Betacom oferuje większą ilość Pen driverów, skoro na formularzu cen jednostkowych (załącznik nr 4) wyceniło jedynie 3 z nich.

Co do **drugiego zarzutu** – bezzasadnego odrzucenia oferty Betacom z powodu rzekomego braku wskazania typu słuchawek z mikrofonem - skład orzekający Izby ustalił, że zarzut ten potwierdził się.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do wskazania producenta i typu słuchawek z mikrofonem. Wypełniając ten wymóg Betacom w swojej ofercie wskazał na firmę Logitech - jako producenta słuchawek i Dialog - jako typ słuchawek (s. 61 oferty). W ocenie składu orzekającego Izby powyższe wypełnia wymóg Zamawiającego określony w SIWZ. Zamawiający bowiem nie postawił w zakresie wskazania typu słuchawek jakiś szczególnych, dodatkowych wymogów, np. doprecyzowania modelu, kodu tych słuchawek itp. Określenie – typ słuchawek Dialog – stało się zbyt ogólne dla Zamawiającego w toku oceny ofert, ale wobec tego, że nie postawił on w tym zakresie dodatkowych, szczególnych wymogów powyższe nie może obciążać negatywnie wykonawców. Z tych też względów skład orzekający Izby uznał, że powyższa przesłanka odrzucenia oferty Betacom z powodu niezgodności z treścią oferty była niesłuszna. Biorąc jednak pod uwagę okoliczność potwierdzenia się innych przesłanek, skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego Betacom, uwzględnienie tego zarzutu nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania.

Co do **trzeciego zarzutu** – bezzasadnego odrzucenia oferty Betacom z powodu rzekomego braku wskazania nazwy producenta dla czytnika kart mikroprocesorowych - skład orzekający Izby ustalił, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ wymagał wskazania w treści oferty nazwy typu i producenta czytnika kart mikroprocesorowych. W ofercie Odwołującego Betacom znajduje się określenie Sygnet – 3. Bezspornym między stronami było, że powyższe jest określeniem typu czytnika. Odwołujący Betacom jednak podnosił, iż poprzez wskazanie typu

czytnika jednocześnie wskazał on na jego producenta, bowiem owe czytniki mają wyłącznie jednego producenta, znanego Zamawiającemu.

Skład orzekający Izby nie przychylił się do tego twierdzenia Odwołującego Betacom. Uwzględniając bowiem rygoryzm przepisów o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie może dowolnie i swobodnie domniemywać określonych faktów, czy oświadczeń wykonawców. Ocena ofert następuje na podstawie treści ofert złożonych przez wykonawców. Jeśli Zamawiający postawił w SIWZ wprost wymóg, co do wskazania producenta określonego urządzenia, to producent ten powinien być przez wykonawcę wymieniony w treści oferty. Ewentualne wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, prowadziłyby jedynie do niedopuszczalnej w świetle ustawy zmiany treści oferty.

Skład orzekający Izby nie rozpatrzył zarzutów podniesionych w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego i w odwołaniu, a dotyczących oferty firmy ComArch S.A.. Zarzuty te nie były objęte postępowaniem protestacyjnym. Odwołujący Betacom podniósł je bowiem w swoim przystąpieniu do protestu, wychodząc poza jego zakres, niezgodnie z dyspozycją art. 181 ust. 5 ustawy. Nawet gdyby przyjąć, że zarzuty te należy potraktować jako odrębnie złożony protest, to protest ten został złożony po upływie 7 dniowego terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 2 ustawy.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, skład orzekający Izby nie dopatrywał się naruszenia wskazanych przez Odwołujących się S&T i Betacom przepisów art. 7 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, jak też art. 26 ust. 4 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji. Izba działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b 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), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w ograniczonej kwocie do 3 600 zł w związku z łącznym rozpatrywaniem dwóch odwołań przez Izbę na jednej rozprawie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*