

Sygn. akt: KIO/UZP 664/10

WYROK
z dnia 4 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Członkowie: Agnieszka Bartczak – Żuraw
Barbara Bettman

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego - **Komendę Główną Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-542 Warszawa** protestu z dnia 24 marca 2010 r.

przy udziale **Comparex Poland Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 183, 02-231 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** na rzecz **Komendy Głównej Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-542 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO,

- 3) 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 **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji, ul. Domaniewska 36/38, 02-542 Warszawa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” na „Zakup usług wsparcia pogwarancyjnego sprzętu, systemu operacyjnego i oprogramowania standardowego w ramach systemów KCIK/KSIP” z wykorzystaniem aukcji elektronicznej.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 11.12.2009 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia w pkt VI pkt 1.2 określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

Wykonawcy mieli wykazać się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tym:

Wykazać się należytych wykonaniem w okresie 3 lat przed dniem wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy to w tym okresie:

- a) co najmniej jednej usługi serwisowej polegającej na serwisie sprzętu: systemów klasy enterprises (serwer i system operacyjny) w architekturze klastrowej składającej się z miń. 4 serwerów wykorzystujących zasoby macierzy dyskowej klasy enterprises, w której skład wchodziły co najmniej 2 serwery HP 9000 Superdome pracujące w klastrze jako platforma sprzętowa dla bazy danych lub równoważne,
- b) co najmniej jednej usługi polegającej na serwisowaniu systemu informatycznego, w którego skład wchodziło co najmniej 5 serwerów HP ProLiant DL3xxxG5 lub równoważnych,
- c) co najmniej jednej usługi polegającej na serwisowaniu systemu informatycznego, w którego skład wchodziły co najmniej 2 serwery HP Integrity rx xxxx lub równoważne,
- d) co najmniej jednej usługi polegającej na serwisowaniu systemu informatycznego, w którego skład wchodziły urządzenia aktywnych sieci z rodziny Cisco lub równoważne

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, zgodnie z Rozdziałem VII pkt I ppkt 6 Wykonawcy zobligowani byli dołączyć wykaz zrealizowanych usług wraz z określeniem co najmniej przedmiotu usługi (tj. sprzętu jaki podlegał serwisowaniu), dat wykonania i nazwy odbiorcy.

Wykazać się dysponowaniem co najmniej:

- 2 osobami posiadającymi certyfikaty CCNP oraz minimum 3 letnie doświadczenie w serwisowaniu systemu informatycznego, w którego skład wchodziły urządzenia aktywne sieci z rodzaju Cisco lub równoważne,
- 5 osobami posiadającymi certyfikaty AIS/ASE (HP Accredited Systems Engineer/HP Accredited Integration Specialist) lub certyfikaty CSA/CSE (HP Certified System Administrator lub HP Certified System Engineer) z minimum rocznym doświadczeniem w serwisowaniu systemu informatycznego, w którego skład wchodziły serwery HP Superdome, HP ProLiant DL3xxxG5, serwery z rodziny HP Integrity rx pracujących w środowisku systemu operacyjnego HP – UX z MC/ServiceGuard i HP Virtual Partition oraz macierze HP StorageWorks XP.

W celu potwierdzenia opisanego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia wraz z ofertą „wykaz osób”, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia potwierdzających spełnienie wymagań określonych w SIWZ wraz z załączeniem kopii certyfikatów.

W dniu 19.03.2010 r. Zamawiający zaprosił wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa (dalej: „Odwołujący”) do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej będącej wynikiem przeprowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na zakup usługi wsparcia pogwarancyjnego sprzętu, systemu operacyjnego i oprogramowania standardowego w ramach systemów KSIP/KCIK.

Pismem z dnia 29.03.2010 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 24.03.2010 r. Odwołujący wniósł protest na czynność zaniechania wykluczenia wykonawcy Comaprex Poland Sp. z o.o. z postępowania, zaniechanie czynności umożliwienia Odwołującemu wglądu wraz z możliwością fotografowania protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Odwołujący w proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 1 oraz ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 4) ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności oceny ofert,
2. Udostępnienie Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami,
3. Ponowne dokonanie oceny ofert,
4. Wykluczenie wykonawcy Comparex Poland Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu,
5. Odrzucenie oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ oraz ze względu na rażąco niską cenę.

Ustawowe rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 03.04.2010 r. poprzez jego milczące oddalenie zgodnie z art. 183 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 06.03.2010 r. (po upływie terminu na rozstrzygnięcie przedmiotowego protestu) Zamawiający przedstawił Odwołującemu swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie.

Pismem z dnia 13.03.2010 r. Zamawiający nadał odwołanie w placówce pocztowej operatora publicznego. Odwołujący podtrzymał część zarzutów zawartych w proteście, z części z nich zrezygnował w odwołaniu, t.j. z zarzutu uniemożliwienia Odwołującemu wglądu do ofert oraz możliwości fotografowania protokołu postępowania wraz z załącznikami, czy z zarzutu nieposiadania przez Comparex Poland Sp. z o.o. licencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”).

Na posiedzeniu Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Pzp Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Szacunkowa wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wynosi 15.468.498,44 zł (4.029.304,10 zł), t.j. jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający w ogłoszeniu przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 3 oferty, które zdaniem Zamawiającego nie podlegały odrzuceniu.

W dniu 19.03.2010 r. Zamawiający zaprosił wykonawców do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza zbadała, czy Odwołujący w zakresie postawionych zarzutów posiada interes prawny, następnie Izba badając poszczególne zarzuty stwierdziła:

I. W zakresie zarzutu dotyczącego nieodrzczenia oferty wykonawcy Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący w zakresie postawionego zarzutu legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do podniesionego w proteście i odwołaniu zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego gdyż zawiera rażąco niską cenę Izba ustaliła, iż powyższy zarzut jest niezasadny.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 15.468.498,44 zł. Cena oferty brutto została ustalona jako miesięczna wartość oferty brutto wykonania przedmiotu zamówienia, zaś przedmiot zamówienia określono na okres 21 miesięcy. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Izba biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz rozważając stanowisko stron przedstawione na rozprawie ustaliła, iż wartość szacunkowa zamówienia wynosiła w przedmiotowym postępowaniu 15.468.498,44 zł. Uwzględniając powyższą kwotę razem z

podatkiem VAT – co razem wyniosło 18.871.568,09 zł. Dzieliąc powyższą kwotę na 21 miesięcy (ilość miesięcy przez które miała być świadczona usługa) stwierdzono, iż powyższa kwota miesięcznie wynosiła 898.646,09 zł. Ceny ofert wykonawców kształtowały się od około kwot powyżej 700.000 zł do maksymalnie około 1.600.000 zł.

Zgodnie z treścią art. 91 a ustawy Pzp jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Tym samym aby w przedmiotowym postępowaniu mogło dojść do aukcji elektronicznej trzy złożone oferty nie mogły podlegać odrzuceniu, w tym także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, t.j. z powodu rażąco niskiej ceny.

Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, a ustawa Pzp nie ma ustawowo określonego procentowego poziomu na podstawie którego można by było uznać automatycznie kiedy mamy do czynienia z rażąco niską cenę. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (podobnie Postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. Akt II Ca 2194/05). Nie można także, co zdaniem Izby przeczy zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych przyjmowanie automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu (orzeczenie ETS z dnia 22.06.1989 r., w sprawie C-103/88). Tym samym Zamawiający nie jest w świetle ustawy Pzp zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia. Obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców występuje tylko w stosunku do ofert do których zachodzi podejrzenie występowania rażącego zaniżenia ceny oferty. Powyższy obowiązek nie dotyczy każdej oferty, a jedynie w przypadku gdy pojawią się uzasadnione wątpliwości co do okoliczności, iż wykonawca zaproponował cenę, którą zakwalifikować można jako rażąco niską. W toku postępowania odwoławczego to na odwołującym spoczywa obowiązek wykazania naruszenia dyspozycji tego przepisu, skoro wywodzi z niego określone skutki prawne.

Należy zauważyć, iż w niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał czy zaproponowana przez Przystępującego cena oferty jest rażąco niska. Na rozprawie Odwołujący przyznał, iż przy wyliczeniu ceny w własnej ofercie mógł on obniżyć cenę do tzw. „rozsądnych granic”, nie wskazując jednocześnie, czy przy jej wyliczeniu brał on pod uwagę podobne usługi na rynku

oferowane przez innych wykonawców. Ponadto Odwołujący przyznał, iż w związku z przeprowadzoną aukcją inni wykonawcy mogli zejść do wskazanego pułapu.

Zarzut wystąpienia rażąco niskiej ceny oraz w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp aby znalazł swoje potwierdzenie w świetle przepisów ustawy oraz w zaistniałym stanie faktycznym powinien być obiektywny, uwzględniający wszystkie zaistniałe w sprawie okoliczności, nie może odnosić się wyłącznie do ceny oferty wykonawcy Odwołującego, którego celem z natury jest podważanie cen ofert wykonawców konkurencyjnych. Twierdzenia Odwołującego w zakresie niniejszego zarzutu nie zostały poparte przez odwołującego konkretnymi dowodami potwierdzającymi wystąpienie rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zaoferował zrealizowanie przedmiotowej usługi po cenach poniżej kosztów, co stwierdzono na podstawie wartości szacunkowej zamówienia, cenach ofert innych wykonawców oraz cenach usług zaproponowanych w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Z faktu, iż zaoferowana cena jest niższa od cen ofert innych wykonawców nie można wywodzić, że jest ona rażąco niska.

Biorąc pod uwagę, iż w przedmiotowym postępowaniu ww. zarzut nie został poparty konkretnymi dowodami (nie zostały wykazane okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny) należy stwierdzić, iż powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia. Ponadto w zaistniałym stanie faktycznym brak jest również podstaw do uznania, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

II. W zakresie zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającym na dysponowaniu odpowiednimi osobami, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący w zakresie postawionego zarzutu legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z zapisami SIWZ (pkt VI pkt 2 b) wykonawcy mieli wykazać się posiadaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tym:

- 5 osobami posiadającymi certyfikaty AIS/ASE (HP Accredited Systems Engineer/HP Accredited Integration Specialist) lub certyfikaty CSA/CSE (HP Certified System Administrator lub HP Certified System Engineer) z minimum rocznym doświadczeniem w serwisowaniu systemu informatycznego, w którego skład wchodziły serwery HP Superdome, HP ProLaint DL3xxxG5, serwery z rodziny HP Integrity rx pracujących w środowisku systemu operacyjnego HP – UX z MC/ServiceGuard i HP Virtual Partition oraz macierze HP StorageWorks XP.

W celu potwierdzenia opisanego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia wraz z ofertą „wykaz osób”, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia potwierdzających spełnienie wymagań określonych w SIWZ wraz z załączeniem kopii certyfikatów.

Odwołujący w odwołaniu oraz w proteście podniósł zarzut, iż jego zdaniem Zamawiający w świetle załącznika nr 2 do SIWZ w pkt 6 oraz 31 wymagał, aby osoby przedstawione do realizacji przedmiotowego zamówienia miały świadczyć powyższe usługi w języku polskim.

Wedle pkt 6 załącznika nr 2 komunikacja podczas obsługi zgłoszeń oraz usuwania Awarii i konsultacji odbywa się w języku polskim. Wszystkie czynności serwisowe wymagające kontaktu z personelem Zamawiającego muszą być wykonywane przez osoby biegłe mówiące w języku polskim.

Jednakże co podkreślił również na rozprawie Zamawiający w SIWZ nie wymagano, aby wykonawcy przedłożyli jakiegokolwiek dokumenty, z których wynikałaby konieczność wykazania się umiejętnością biegłego posługiwania się językiem polskim. W świetle powyższego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż Zamawiający stawiając warunek dysponowania odpowiednimi osobami, nie wymagał jednocześnie w postawionym przez siebie warunku, aby osoby wskazane w wykazie posługiwały się językiem polskim (nie wymagał dokumentów potwierdzających umiejętności biegłego porozumiewania się w języku polskim). Niezależnie od powyższego Odwołujący stawiając zarzut niewładania językiem polskim przez osoby wskazane w wykazie, na rozprawie przyznał, iż nie posiada konkretnych dowodów stwierdzających, iż powyższe osoby o obco brzmiących nazwiskach nie władają językiem polskim.

Należy zauważyć, iż Zamawiający w SIWZ kreuje warunki udziału w postępowaniu w celu zbadania m. In. doświadczenia, wiedzy wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia Zamawiającemu pewną swobodę, z ograniczeniem przestrzegania zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający ponadto zobowiązany jest do oceny postawionego przez siebie warunku przez pryzmat żądanych w postępowaniu dokumentów. SIWZ jest jednym z podstawowych dokumentów na podstawie której wykonawcy

sporządzają ofertę. Jeżeli wykonawcy spełniają postawiony przez Zamawiającego warunek w SIWZ Zamawiający nie może takiego wykonawcę bezprawnie wykluczyć ani odrzucić jego oferty. Należy zauważyć, iż postanowienia SIWZ wiążą również Zamawiającego. Tym samym nie może on w trakcie oceny ofert dokonywać zmiany interpretacji postawionego przez siebie warunku udziału. Zachowanie przeciwne prowadziłoby do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych. Zdaniem Izby w świetle postawionego warunku udziału w postępowaniu Przystępujący wykazał się dysponowaniem odpowiednimi osobami. Wedle Izby wywód Odwołującego, iż osoby wskazane przez Przystępującego w wykazie (załącznik nr 4 do SIWZ) nie spełniają postawionego warunku udziału w postępowaniu ze względu na zapisy załącznika nr 2 do SIWZ pkt 6 i 31, wskazującego iż komunikacja podczas obsługi wymaga znajomości języka polskiego jest niezasadny i zbyt daleko idący w świetle postawionego warunku zawartego w pkt VI pkt 2 b) ppkt 2 SIWZ. Zamawiający dokonując innej interpretacji postawionego przez siebie warunku zdaniem Izby wyszedłby poza granice postawionego warunku udziału w postępowaniu, co prowadziłoby do złamania zasady równości oraz uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na względzie nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia w tym zakresie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz zarzut ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Tym samym postawione przez Odwołującego powyższe zarzuty nie potwierdził się.

III. W zakresie zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającym na wykazaniu się należytych wykonaniem zamówienia (usług) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący w zakresie postawionego zarzutu legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z treścią Rozdziału VI pkt 1 ppkt 2 lit a) SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się należytych wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie:

- e) co najmniej jednej usługi serwisowej polegającej na serwisie sprzętu: systemów klasy enterprises (serwer i system operacyjny) w architekturze klastrowej składającej się z miń. 4 serwerów wykorzystujących zasoby macierzy dyskowej klasy enterprises, w której skład wchodziły co najmniej 2 serwery HP 9000 Superdome pracujące w klastrze jako platforma sprzętowa dla bazy danych lub równoważne,

- f) co najmniej jedną usługę polegającą na serwisowaniu systemu informatycznego, w którego skład wchodziło co najmniej 5 serwerów HP ProLiant DL3xxxG5 lub równoważnych,
- g) co najmniej 1 usługę polegającą na serwisowaniu systemu informatycznego, w którego skład wchodziły co najmniej 2 serwery HP Integrity rx xxxx lub równoważne,
- h) co najmniej 1 usługę polegającą na serwisowaniu systemu informatycznego, w którego skład wchodziły urządzenia aktywnych sieci z rodziny Cisco lub równoważne.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, zgodnie z Rozdziałem VII pkt I ppkt 6 Wykonawcy zobligowani byli dołączyć wykaz zrealizowanych usług wraz z określeniem co najmniej przedmiotu usługi (tj. sprzętu jaki podlegał serwisowaniu), dat wykonania i nazwy odbiorcy.

Odwołujący w odwołaniu przypomniał, iż przedmiotem zamówienia jest wsparcie pogwarancyjne dla sprzętu i oprogramowania marki Hewlett-Packard, co z technicznego punktu widzenia oznacza jego zdaniem, że wykazywanie doświadczenia we wsparciu serwisowym dla maszyn innych niż Hewlett-Packard nie może być traktowane jako równoważne.

Należy zauważyć, iż Zamawiający w SIWZ przewidział możliwość wykazania się usługami równoważnymi do usług serwisowania sprzętu HP. Krajowa Izba Odwoławcza przypomina, iż wykazanie się usługą równoważną nie może w rzeczywistości oznaczać tożsamości świadczonych usług. Inne rozumienie pojęcia równoważności prowadzić może do stworzenia pozornej równoważności, i w praktyce czynić może powyższy warunek jako niemożliwy do spełnienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie może opierać się na referencji dla serwisu sprzętu IBM i twierdzić, że ma doświadczenie w wsparciu sprzętu HP.

Ponadto Odwołujący kwestionuje załączoną do oferty w powyższym zakresie referencję. Powyższa referencja została wystawiona przez spółkę IBM Sp. z o.o. na papierze firmowym spółki Avant Parter Solution. Odwołujący w treści swojego odwołania wskazał, iż Zamawiający odstępując na etapie badania i oceny ofert do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty naruszył ustawę. Następnie (co jest wewnętrznie sprzeczne) Odwołujący w dalszej treści odwołania wskazał, iż w dniu 05.03.2010 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (w zakresie zrealizowanych usług). Izba ustaliła, iż Odwołujący zakwestionował spełnienie warunku oraz załączone do oferty w związku z powyższym dokumenty lecz na stan przed dniem 05.03.2010 r., co potwierdził na rozprawie Odwołujący wskazując, iż składając protest nie wiedział, iż wezwanie do uzupełnienia miało miejsce w

dniu 05.03.2010 r., poza tym oświadczył że złożył odrębny protest na zaniechanie odtajnienia załączonych w wyniku uzupełnienia z dnia 09.03.2010 r. dokumentów.

Na rozprawie Zamawiający potwierdził, iż nie kwestionuje, iż złożona przez Przystępującego referencja była niewłaściwa. Jednak Zamawiający pismem z dnia 05.03.2010 r. wystąpił do wykonawcy Przystępującego o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba ustaliła, iż zarówno protest jak i odwołanie opiera się głównie na zarzucie przedłożenia niewłaściwych dokumentów do przedłożonego wykazu oraz w konsekwencji na niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu (na stan przed dniem 05.03.2010 r.). Ponadto Odwołujący powiela w odwołaniu zarzut braku wezwania o uzupełnienie brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Należy stwierdzić, iż zarzutem w świetle powyższego przepisu są okoliczności faktyczne na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, i które jego zdaniem doprowadziły do naruszenia przepisów ustawy w tym zakresie. Tym samym Izba stwierdziła, iż zarówno protest jak i odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego polegających na ocenie spełnionego warunku udziału w postępowaniu sprzed wezwania do uzupełnienia dokumentów, które nastąpiło w dniu 05.03.2010 r. Tym samym zarzut zawarty w odwołaniu jak i w proteście dotyczący braku wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje potwierdzenia. Z ustaleń Izby wynika, iż powyższe wezwanie do uzupełnienia miało miejsce w dniu 05.03.2010 r., t.j. przed wniesienia protestu i odwołania. Izba biorąc pod uwagę dyspozycję przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp oraz zakreślone w proteście i odwołaniu zarzuty dotyczące niewykazania warunku udziału polegającego na wykazaniu się odpowiednim doświadczeniem należy stwierdzić, iż przedmiotem rozpoznania przez Izbę nie stanowiły dokumenty uzupełnione przez wykonawcę w wyniku wezwania do uzupełnienia z dnia 05.03.2010 r., ponieważ iż treść nie została de facto podważona przez Odwołującego w proteście i odwołaniu. Zdaniem Izby przedmiotem zarówno protestu jak i odwołania są dokumenty potwierdzające spełnienie powyższego warunku, jednak sprzed wezwania do uzupełnienia z dnia 05.03.2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba odniosła się do powyższego zarzutu wyłącznie w zakreślonych przez Odwołującego granicach, nie odnosząc się do nowozłączonych przez Przystępującego dokumentach, których treść nie była przedmiotem niniejszego protestu oraz odwołania. Tym samym zdaniem Izby powyższy zarzut (w zakresie dokumentów sprzed wezwania do uzupełnienia z dnia 05.03.2010 r.) nie znalazł potwierdzenia.

IV. W zakresie zarzutu odrzucenia oferty ze względu na niezgodność z SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie:

Odwołujący w treści protestu oraz odwołania wskazał, iż w zakresie wszystkich postawionych zarzutów legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący w treści protestu oraz odwołania wskazał również, iż oferta wykonawcy Przystępującego zawiera błędy, których Zamawiający nie może poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący jednak nie powołał się na konkretne okoliczności faktyczne, które wskazywałyby na naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp.

Należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści protestu oraz odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuję się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego protest oraz odwołanie prowadzi do naruszenia konkretnych przepisów ustawy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.06.2008 r., sygn. Akt KIO/UZP 545/08). Zarzut powinien zostać zmaterializowany, t.j. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym Odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony (w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania Zamawiającego) w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez Zamawiającego naruszony (podobnie wyrok KIO z dnia 07.09.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1092/09).

Mając powyższe na względzie niniejszy zarzut nie był przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ustawy Pzp oraz art. 96 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami należy stwierdzić, iż w związku z faktem że powyższe dokumenty zostały Odwołującemu udostępnione po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, t.j. w dniu 30.03.2010 r. oraz w związku z niewskazywaniem powyższego zarzutu w odwołaniu, Izba stwierdziła iż Odwołujący nie ma interesu w dalszym podnoszeniu powyższego zarzutu, tym samym niniejszy zarzut nie był przez Izbę rozpoznawany.

Podobnie w związku brakiem wskazania w odwołaniu w porównaniu z treścią wniesionego protestu zarzutu nieposiadania przez Przystępującego licencji pozwalającej na świadczenie usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia Izba uznała iż wykonawca nie miał interesu prawnego w podnoszeniu powyższego zarzutu, a powyższy zarzut nie był przez Izbę również rozpoznawany.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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:

.....

.....