

WYROK

z dnia 1 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

ComArch S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa

protestu z dnia 19 lutego 2010 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków i TALEX S.A. ul. Karpia 27d, 61-619 Poznań** zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków i TALEX S.A. ul. Karpia 27d, 61-619 Poznań do złożenia**

wyjaśnień dotyczących przedstawionego wykazu wykonanych dostaw,

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5, 01-748 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 uiszczonego przez **ComArch S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa** na rzecz **ComArch S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 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 **ComArch S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę licencji na oprogramowanie stanowiskowe Microsoft lub równoważne z prawem użytkowania na stacjach roboczych i notebookach w Centrali i Oddziałach ZUS” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 grudnia 2009 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2009/S 237-339807, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu o udzielenie zamówienia ubiegać się mogli wykonawcy, którzy wykonali w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 dostawę, obejmującą swoim zakresem dostawę licencji na oprogramowanie stanowiskowe Microsoft, w skład którego wchodzi Microsoft Office lub równoważne, uaktualnienie systemu operacyjnego Microsoft Windows oraz pakiet licencji dostępowych dla stacji roboczych, do serwerów: Microsoft Windows Server, Microsoft Exchange Server, Microsoft SMS Server, Microsoft SharePoint Server z prawem użytkowania na minimum 6500 stacji roboczych, w tym notebookach. Dostawa musiała być zrealizowana w ramach jednej umowy.

Zgodnie z punktem IV.1.2) ogłoszenia Zamawiający ograniczył liczbę wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do składania ofert, do 5.

Dla uzyskania punktów do tej kwalifikacji wykonawcy mogli wskazać dodatkowo dostawy jak wskazane powyżej, z tym, że na minimum 1000 stacji roboczych, w tym notebooków.

Na potwierdzenie spełnienia tych warunków wykonawcy mieli złożyć wykaz wykonanych dostaw oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie.

Przystępujący wraz z wnioskiem złożył wymagany wykaz, w którym wskazał 32 dostawy.

9 lutego 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w którym wskazał, że ze złożonych 4 wniosków wynika, że warunki udziału spełniają w postępowaniu spełniają 3 wykonawcy, którzy uzyskali: ComArch S.A. 30.479 pkt., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia B.I.W. KONCEPT Sp. z o.o. i TALEX S.A. 111.119 pkt. i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o. o. 57.401 pkt.

Na tę czynność 19 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł protest dotyczący oceny wniosku Przystępującego i zaniechania jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który Zamawiający rozstrzygnął 1 marca 2010 r. uwzględniając w części dotyczącej powtórzenia oceny wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

a oddalił w części dotyczącej wykluczenia Przystępującego. W rozstrzygnięciu tym Zamawiający podał także, że przy ocenie wniosku nie brał pod uwagę dostaw wskazanych w poz. 23 – 29, 31 i 32, a, w wyniku uwzględnienia protestu, nie uwzględni również pozycji 1, 2 i 30, w związku z czym podda wniosek ponownej ocenie punktowej. Ponieważ jednak korekta oceny wniosku nie wpłynie na zmianę wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jedynie na liczbę otrzymanych punktów, nie ma to wpływu na wynik postępowania, zatem nie może stanowić podstawy do wykluczenia Przystępującego.

10 marca 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od tego rozstrzygnięcia zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania żądając nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosku złożonego przez Przystępującego i wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, pomimo iż złożył on nieprawdziwe informacje dotyczące wykonanych dostaw – w zakresie pakietu licencji dostępowych dla stacji roboczych, do serwerów: Microsoft Windows Server, Microsoft Exchange Server, Microsoft SMS Server, Microsoft SharePoint Server – mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, przy tym brak jest podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wezwania do uzupełnienia wniosku, ponieważ wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania.

Rozstrzygnięcie protestu jest błędne, ponieważ już samo złożenie informacji mających wprowadzić Zamawiającego w błąd ma wpływ na wynik postępowania i powoduje wykluczenie z postępowania. Odwołujący argumentował także, dlaczego, jego zdaniem, podane dostawy nie spełniają postawionego przez Zamawiającego warunku podstawowego dotyczącego

prawa użytkowania na minimum 6500 stacjach roboczych ani dodatkowego, podlegającego punktacji.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także na podstawie oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący w sporządzonym przez siebie wykazie dostaw wskazał, iż oprócz licencji Microsoft Office i Windows, dostarczył także „licencje Microsoft CAL” (Client Access Licence).

Zamawiający stwierdził, iż informację tę odczytywał jako dostawę Core CAL lub Enterprise CAL, które obejmowałyby wymagane przez niego licencje dostępne do Microsoft Windows Server, Microsoft Exchange Server, Microsoft SMS Server, Microsoft SharePoint Server.

Jak jednak wykazano w trakcie rozprawy na przykładzie dostawy dla Ministerstwa Edukacji Narodowej (poz. 11. i 12. wykazu), to domniemanie Zamawiającego może odbiegać od rzeczywistego przedmiotu wskazanych dostaw. Ponieważ jednak samą dość niepełną informację „licencja Microsoft CAL” trudno jednoznacznie ocenić jako prawdziwą lub fałszywą, właśnie ze względu na to, że jest ona fragmentaryczna i nie wiadomo, jakie dokładnie treści za sobą niesie, konieczne jest co najmniej zażądanie od Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnień w zakresie dotyczącym konkretnych informacji o przedmiotach wskazanych w wykazie dostaw z podaniem liczby i dokładnych nazw konkretnych licencji, a po uzyskaniu stosownych informacji, ich ocena pod względem prawdziwości podanych w wykazie informacji.

Ponieważ jednak na obecnym etapie, z powyższych powodów, nie stwierdzono jednoznacznie, że zostały podane nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a obie te przesłanki muszą zaistnieć, by tę sankcję

wobec wykonawcy zastosować, nie nakazano wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Zgodnie z art. 191 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba może nakazać Zamawiającemu wykonanie danej czynności uwzględniając odwołanie, przy tym bezprawne zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania może mieć wpływ na wynik postępowania, zatem Izba orzekła jak w sentencji, odwołanie uwzględniając.

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.).

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 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:

.....

.....