

Sygn. akt: KIO/UZP 1460/09

WYROK
z dnia 26 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SEQUENCE sp. z o.o. ul. Szczakowska 35, 43-600 Jaworzno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Olsztyn Pl. Jana Pawła II Nr 1, 10 -101 Olsztyn** protestu z dnia 10 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Olsztyn Pl. Jana Pawła II Nr 1, 10 -101 Olsztyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SEQUENCE sp. z o.o. ul. Szczakowska 35, 43-600 Jaworzno**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Olsztyn Pl. Jana Pawła II Nr 1, 10 -101 Olsztyn** na rzecz **SEQUENCE sp. z o.o. ul. Szczakowska 35, 43-600 Jaworzno**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów Urzędu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3 038 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SEQUENCE sp. z o.o. ul. Szczakowska 35, 43-600 Jaworzno**.

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

Zamawiający: Gmina Olsztyn prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "zakup, dostawę i konfigurację fabrycznie nowego sprzętu komputerowego wraz z oprogramowaniem dla Gminy Olsztyn w ramach realizacji zadania "Budowa infrastruktury sieci miejskiej obejmującej jednostki publiczne na terenie miasta Olsztyn". Zamówienie zostało podzielone na dwie części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 sierpnia 2009 r w BZP - numer ogłoszenia 273068 -2009.

Pismem z dnia 8 września 2009 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty wskazując, że wykonawca nie wykazał

spełnienia wymogu, określonego w rozdz. VI ust. 4 pkt 2 siwz. Zamawiający wymagał dysponowania, co najmniej dwiema osobami, które przeszły odpowiednie szkolenie i uzyskały najwyższy stopień certyfikacji producenta oferowanego sprzętu. Zamawiający stwierdził, że w opisie systemu szkoleniowego producenta (...) najwyższy stopień certyfikacji to HUAWEI Certified Datacom Expert. Wykonawca przedłożył zaświadczenie o ukończeniu szkolenia (Certificate of completion (...) training), co nie jest jednoznaczne z uzyskaniem certyfikatu najwyższego stopnia potwierdzającego odpowiednie przygotowanie zawodowe i posiadanie niezbędnych kwalifikacji. Zamawiający wyjaśnił, że przedstawione zaświadczenia nie są możliwe do zweryfikowania w serwisie internetowym producenta, a ponadto według klasyfikacji urządzeń sieciowych na stronie internetowej producenta urządzenia miejskiej platformy sieciowej noszą oznaczenie serii CX, zaś oferowane urządzenie to przełącznik sieci LAN (S9300).

Odwołujący SEQUENCE sp. z o.o. ul. Szczakowska 35 43-600 Jaworzno złożył protest na czynność wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego oraz na czynność wyboru oferty Spółki NGE Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 25 Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezgodną z wymaganiami siwz i przedłożonymi dokumentami. Wniósł o powtórzenie oceny ofert oraz o wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu wyłącznie na podstawie informacji uzyskanej przez ogląd strony internetowej firmy Huawei, podczas gdy odwołujący złożył w postępowaniu pismo producenta sprzętu, potwierdzające że w chwili obecnej wskazane dwa certyfikaty stanowią najwyższy stopień certyfikacji w dziedzinie oferowanego sprzętu. W piśmie tym wymienione jest z nazwy urządzenie oferowane w przetargu. Odwołujący wyjaśnił, że informacje o nowym systemie certyfikacyjnym zawarte na stronie internetowej producenta, m.in. stopień wspomniany przez zamawiającego "Huawei Certified Datacom Expert (HCDE)" są informacjami promującymi nowy system, który jest stopniowo wprowadzany. Według zapewnień producenta nie jest on jeszcze w pełni wdrożony i nie ma możliwości zdawania egzaminu HCDE i uzyskanie ww. certyfikatu. Obecnie obowiązuje dotychczasowy system certyfikacji modularnej o szkoleniach i certyfikatach sektorowych, według którego najwyższym certyfikatem Huawei w dziedzinie urządzeń oferowanych, jest "Metro Service Platform Ekspert".

Zamawiający oddalił protest w całości jako niezasadny. Stwierdził w uzasadnieniu, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia również nie potwierdziły spełniania wymogów określonych w rozdz. VI pkt. 4.2 siwz. Wskazał, iż z treści pisma Huawei Poland Sp. z o.o. wynika, że wykonawca przedstawił certyfikaty wydane przez Huawei Technologies Ltd., natomiast wykonawca w ofercie przedstawił zaświadczenia o ukończeniu szkoleń wydane

przez Huawei University, tj. inny podmiot. Zamawiający podniósł, że w ogólnie dostępnych serwisach nie można uzyskać informacji o zakresie szkoleń, których dotyczą złożone zaświadczenia - nie można ich zweryfikować ani w serwisie producenta ("Query my certificate") ani w serwisie Huawei Univeristy, więc zamawiający nie może uznać ich za certyfikaty. Ponadto wskazał, że według klasyfikacji urządzeń dostępnej na stronie producenta oferowane urządzenie S9300 nie zawiera się w kategorii urządzeń, których dotyczą złożone zaświadczenia. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy i producenta nie są spójne ze złożoną dokumentacją oraz ogólnie dostępnymi oficjalnymi informacjami. Przyjmując brak możliwości uzyskania certyfikatu Huawei Certified Datacom Expert należy uznać, że najwyższym możliwym do uzyskania jest certyfikat Huawei Certified Datacom Professional i taki certyfikat należało złożyć na potwierdzenie spełniania warunku. Zamawiający stwierdził, że zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia określają w sposób jednoznaczny, że wszystkie podmioty spełniające wymagania mogą brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na takich samych zasadach.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zażądał nakazania:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia firmy SEQUENCE Sp. z o.o. i odrzucenia oferty odwołującego (uznania za odrzuconą),
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 w związku z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 25 Pzp w zakresie niewłaściwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezgodnej z wymaganiami siwz i przedłożonymi dokumentami, a przez to naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący podniósł, że ze złożonego zaświadczenia (informacji) pochodzącego od HUAWEI Polska sp. z o.o. jednoznacznie wynika, że p. Mariusz W. i p. Paweł B. "odbyli szkolenia, zdali pozytywnie wymagane egzaminy certyfikacyjne oraz uzyskali stopnie Eksperta przewidziane dla firm - Dystrybutorów firmy Huawei, a dotyczące urządzeń sieciowych przełącznikowych używanych dla sieci METRO Ethernet (przełączniki sieciowe Quidway rodziny S9300, S5300, S3300, oraz S2300). Zgodnie z ww. oświadczeniem są to najwyższe certyfikaty techniczne, które potwierdzają posiadany wysoki poziom wiedzy technicznej i serwisowej do wymienionych urządzeń sieciowych. Odwołujący wskazał, że zamawiający kwestionując treść zaświadczenia Huawei Polska sp. z o.o. opiera się na informacjach zaczerpniętych ze stron internetowych, co narusza zasadę pisemności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania w języku polskim. W ocenie odwołującego zamawiający nie przedstawił dowodu, że złożone certyfikaty wraz z wyjaśnieniami nie potwierdzają spełniania warunku określonego w siwz.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający nie doprecyzował pojęcia "odpowiedniości" wymaganych szkoleń, ani punktu odniesienia dla "wysokości" stopnia

certyfikacji - sformułował niejasny, niejednoznaczny i nieprecyzyjny warunek udziału w postępowaniu, który jest inny dla każdego z wykonawców, a ponadto arbitralnie ocenił jego spełnianie w odniesieniu do odwołującego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne. Na poparcie swojego stanowiska przytoczył orzecznictwo i komentarze.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentacji postępowania, dokumentów przedłożonych do akt sprawy oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący złożył ofertę w zakresie części I zamówienia, jako jeden z trzech wykonawców, z tym, że oferta odwołującego przedstawia najniższą cenę, co jest istotne z punktu widzenia kryterium oceny ofert w tym postępowaniu, które zostało określone w siwz (rozdział VIII) jako cena. Biorąc pod uwagę powyższe KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu nie złożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt. 4.2 siwz mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp

W rozdz. VI pkt. 4.2 siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, dysponował co najmniej dwiema osobami, które przeszły odpowiednie szkolenie i uzyskały najwyższy stopień certyfikacji producenta oferowanego sprzętu. W celu potwierdzenia spełniania warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca do wykonania zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych oraz zaświadczenia/certyfikaty potwierdzające spełnianie warunku. W treści formularza wykazu osób (załącznik nr 3 do siwz) zamawiający podał, iż „Do niniejszego wykazu należy dołączyć certyfikaty lub zaświadczenie producentów oferowanego sprzętu potwierdzające,

że proponowane osoby przeszły odpowiednie szkolenie i uzyskały najwyższy stopień certyfikacji producenta.”

Odwołujący w celu potwierdzenia spełniania w/w warunku przedłożył w ofercie wykaz osób, w którym wskazał Pawła B. i Mariusza W., jako osoby spełniające wymagania zamawiającego. Odwołujący załączył do oferty dokumenty pn. Certificate of Completion wystawione dla Pawła B. i Mariusza W., sporządzone w języku obcym. Wykonawca nie załączył w ofercie tłumaczenia treści w/w dokumentów na język polski. W dniu 28 sierpnia 2009 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2009 r., odwołujący przesłał te same certyfikaty wraz z tłumaczeniem ich treści, z którego wynika, że „certyfikaty ukończenia” zostały wystawione przez Uniwersytet Huawei i zaświadczenia przejście przez wymienione w nich osoby szkoleń i uzyskanie Certyfikatu Eksperta z Sieci Metropolitalnych oraz z urządzeń IP rdzeniowych. Odwołujący złożył również w ramach wyjaśnień zaświadczenie firmy Huawei Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 18 sierpnia 2009 r. stwierdzające, że złożone certyfikaty wystawione w dniu 10.11.2008 r. i 17.10.2008 r. przez firmę Huawei Technologies co. Ltd. potwierdzają, iż Mariusz W. i Paweł B. "odbyli szkolenia, zdali pozytywnie wymagane egzaminy certyfikacyjne oraz uzyskali stopnie Eksperta przewidziane dla firm-Dystrybutorów firmy Huawei, a dotyczące urządzeń sieciowych przełącznikowych używanych dla sieci METRO Ethernet (przełączniki sieciowe Quidway rodziny S9300, S5300, S3300, oraz S2300).” Firma HUAWEI Polska sp. z o.o. oświadczyła ponadto, że są to „najwyższe certyfikaty techniczne i potwierdzają posiadany wysoki poziom wiedzy technicznej i serwisowej do wymienionych urządzeń sieciowych.”

W ocenie Izby, warunek został określony w sposób nieprecyzyjny. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował dwiema osobami, które przeszły „odpowiednie” przeszkolenie producenta na poziomie najwyższym z możliwych dla danego producenta w zakresie dostarczanego sprzętu. W ocenie Izby, określenie „odpowiednie” należy rozumieć jako dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie usługi konfiguracji oferowanego sprzętu, co wynika z określenia zakresu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz, poprzez wskazanie kodów CPV.

Istotną kwestią dla rozstrzygnięcia, czy złożone przez odwołującego dokumenty potwierdzają spełnianie w/w warunku jest ustalenie czy zamawiający dokonał oceny złożonych przez odwołującego dokumentów adekwatnie do treści specyfikacji w tym zakresie. Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków na podstawie wymaganych dokumentów, które zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a zatem także wystarczające do dokonania oceny spełniania warunku. W świetle treści warunku i wymaganych dokumentów okoliczność, iż wskazane osoby odbyły odpowiednie przeszkolenie o najwyższym stopniu powinien wynikać z treści żądanych dokumentów. W ocenie Izby, za równoważne zaświadczeniu producenta należy uznać

zaświadczenie wystawione przez przedstawiciela producenta na terenie Polski. Zgodzić się należy z zamawiającym, że z treści przedłożonych przez odwołującego certyfikatów nie wynika wprost, czy obejmują przeszkolenie w zakresie konfiguracji oferowanych urządzeń. Trzeba jednak zauważyć, że certyfikaty w zakresie szkoleń zazwyczaj zawierają sformułowania ogólne. Nie można uznać, że decyzję co do oceny czy potwierdzają one spełnianie określonych wymagań zamawiający może opierać wyłącznie na podstawie informacji dostępnych w Internecie, w szczególności gdy brak jest możliwości ich zweryfikowania w serwisie internetowym producenta, co zamawiający wskazał w decyzji o wykluczeniu odwołującego i w rozstrzygnięciu protestu, jako podstawę do negatywnej oceny dokumentów i w konsekwencji podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania. Biorąc pod uwagę, iż odwołujący uzupełnił złożone dokumenty (certyfikaty) o zaświadczenie producenta (przedstawiciela producenta w Polsce), które potwierdza spełnianie wszystkich postawionych w warunku wymagań, podstawę do nieuwzględnienia przez zamawiającego złożonego zaświadczenia może stanowić wykazanie, iż oświadczenia w nim zawarte nie znajdują w rzeczywistości potwierdzenia. Wyrażona w art. 6 k.c. zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na twierdzącego. Zatem, zamawiający twierdząc, że wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, powinien tę okoliczność udowodnić. Zamawiający oświadczył w toku rozprawy, że nie kwestionuje prawdziwości certyfikatów złożonych przez odwołującego. Twierdził jednak, że system certyfikowania przedstawiony na stronie internetowej producenta Huawei nie wymienia złożonych certyfikatów, a wobec tego certyfikaty powyższe nie potwierdzają przeszkolenia w stopniu najwyższym dla wymaganego zakresu usług, mimo zaświadczenia wystawionego przez Huawei Polska sp. z o.o. Zamawiający na poparcie swojego twierdzenia złożył do akt sprawy wydruk ze strony internetowej producenta – firmy Huawei. Podnosił także na rozprawie, że zaświadczenie zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną, gdyż nie wskazaną w KRS jako uprawnioną do reprezentowania Spółki.

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, że zamawiający negując treść zaświadczenia, jakie złożył producent działający za pośrednictwem swojego przedstawiciela w Polsce, nie przedstawił dowodów na potwierdzenie okoliczności, że złożone dokumenty nie potwierdzają, iż wskazane przez odwołującego osoby przeszły odpowiednie szkolenia dotyczące zaoferowanych urządzeń produkowanych przez Huawei, najwyższego stopnia. Izba zważyła, że informacje zawarte na stronie internetowej są informacjami marketingowymi. Przedstawiony przez zamawiającego wydruk ze strony internetowej opisuje system szkoleń oferowany przez Huawei. Zdaniem Izby nie można na podstawie tych informacji stwierdzić, że nie są prowadzone szkolenia, których dotyczą złożone przez odwołującego certyfikaty, dla firm – dystrybutorów firmy Huawei. Ponadto, certyfikat Huawei (HCDP) wskazywany na rozprawie przez zamawiającego, jako

potwierdzający spełnianie warunku, jest średnim stopniem, a nie najwyższym w zakresie szkoleń „ds. przesyłu danych” Huawei. Zdaniem Izby, w treści informacji ze strony internetowej, na której oparł się zamawiający brak jest również danych, pozwalających na stwierdzenie, że jest to najwyższy stopień przeszkolenia w zakresie konfiguracji oferowanych przez odwołującego urządzeń. W tych okolicznościach Izba uznała, że brak jest dowodów, aby uznać, że treść zaświadczenia z dnia 18 sierpnia 2009 r. wystawionego przez Huawei Polska sp. z o.o. nie potwierdza jednoznacznie okoliczności, których wymagał zamawiający. Powyższy dokument został podpisany przez dyrektora departamentu, a zamawiający nie wykazał braku kompetencji tej osoby do wypowiedzania się w sprawach technicznych w imieniu Huawei Polska sp. z o.o., a pośrednio także producenta.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania, czym naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Powyższe naruszenie przepisów uzasadniało uwzględnienie odwołania, gdyż miało wpływ na wynik postępowania.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu, tj. naruszenia przepisu art. 22 ust. 2 i art. 25 Pzp, jako spóźnionych w świetle treści przepisu art. 180 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Stosownie do dyspozycji przepisu art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie rozpoznawała zarzutów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 3, art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1 i ust. 2 Pzp przez niezachowanie w postępowaniu zasady przejrzystości, jawności, pisemności oraz zasady prowadzenia postępowania w języku polskim, zważywszy, że ww. zarzuty nie były zawarte w proteście.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1, ust. 1a i ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy stosownie do brzmienia § 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 ze 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 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....