

**WYROK**

**z dnia 29 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **„POLCOM” Sp. z o.o., 32-050 Skawina, ul. Krakowska 43** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie, 31-156 Kraków, ul. Basztowa 22**

przy udziale wykonawcy **Infomex Sp. z o.o., 34-300 Żywiec, ul. Wesoła 19b** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „POLCOM” Sp. z o.o., 32-050 Skawina, ul. Krakowska 43 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„POLCOM” Sp. z o.o., 32-050 Skawina, ul. Krakowska 43** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **„POLCOM” Sp. z o.o., 32-050 Skawina, ul. Krakowska 43** na rzecz **Województwa Małopolskiego, 31-156 Kraków, ul. Basztowa 22** kwotę **270 zł 00 gr** (słownie: dwieście siedemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Województwo Małopolskie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa kolokacji serwerów Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego, oraz serwis pogwarancyjny sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 19 października 2011 r., poz. 2011/S 201-327487 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 16 grudnia 2011 r. „POLCOM” Sp. z o.o. w Skawinie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w części I postępowania i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Infomex Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu., której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ i winna być odrzucona przez Zamawiającego, ponieważ Infomex nie zapewnił istotnych warunków technicznych dla części I wskazanych w załączniku nr 5a SIWZ, a to dlatego, że złożył załącznik nr 4 do oferty, stanowiący materialnoprawne oświadczenie Infomex sprzeczne z treścią SIWZ w następujących punktach:

1. w punkcie 1. „c”: Infomex zapewnia jedynie „Konfigurację elementów sieciowych dostarczonych przez Zamawiającego wymienionych w załączniku nr 1”,  
- podczas gdy zmieniona w dniu 10 listopada 2011 roku przez Zamawiającego treść SIWZ wyraźnie wymaga zapewnienia przez wykonawców w punkcie c załącznika nr 5a:

„Udostępnienie i konfigurację elementów sieciowych dla Infrastruktury Wrota Małopolski oraz konfigurację elementów sieciowych dostarczonych przez Zamawiającego wymienionych w załączniku nr 1”

2. w punkcie 1. „n”: Infomex zapewnia jedynie „Zapewnienie bezpieczeństwa serwerów poprzez stosowanie się do dobrych praktyk i aktualnego stanu wiedzy z dziedziny bezpieczeństwa” - podczas gdy zmieniona w dniu 10 listopada 2011 roku przez Zamawiającego treść SIWZ wyraźnie wymaga zapewnienia przez wykonawców w punkcie „n” załącznika nr 5a: „Zapewnienie bezpieczeństwa serwerów poprzez konfigurację firewalla dla całej infrastruktury i stosowanie się do obowiązujących przepisów prawa dot. ochrony danych osobowych oraz dobrych praktyk i aktualnego stanu wiedzy z dziedziny bezpieczeństwa”.

W konsekwencji według Odwołującego, Infomex poprzez złożenia załącznika nr 4 wyraźnie wskazał, że nie jest w stanie zapewnić Zamawiającemu:

1. Udostępnienia i konfiguracji elementów sieciowych dla Infrastruktury Wrota Małopolski,
2. Konfiguracji firewalla dla całej infrastruktury.

Powyższe braki są zdaniem Odwołującego bardzo istotne dla całego Zamówienia (część I), gdyż skutkują one brakiem funkcjonalności dla całego przedmiotu Zamówienia (część I). Istotność powyższego wynika z:

1. Zgodnie ze specyfikacją SIWZ Wykonawca powinien zapewnić udostępnienie i konfigurację elementów sieciowych dla infrastruktury "Wrota Małopolski", ponieważ jak wynika z odpowiedzi na pytanie 10 infrastruktura "Wrota Małopolski" nie posiada swoich urządzeń sieciowych zapewnionych przez Zamawiającego. Jednakże oferta Infomex zapewnia tylko konfigurację elementów sieciowych dostarczonych przez Zamawiającego wymienionych w załączniku nr 1 do umowy, czyli wyłącznie dla systemu „I. Budowa zintegrowanych systemów informatycznych do zarządzania i monitoringu satelitarnego w Małopolsce. II. Budowa systemu informatycznego do wspomagania administracji wraz z integracją zasobów bazodanowych w województwie i w powiecie. III. Budowa zintegrowanego systemu informatycznego do zarządzania nieruchomościami województwa małopolskiego i wojewódzkich jednostek organizacyjnych" oraz dla systemu „IV. Centrum autoryzacji podpisu elektronicznego" a nie zapewnia udostępnienia i konfiguracji sprzętu sieciowego dla infrastruktury „V. Wrota Małopolski”.

Oznacza to zdaniem Odwołującego, że oferta Infomex nie oferuje a przez to nie gwarantuje udostępnienia i konfiguracji sprzętu sieciowego dedykowanego dla systemu „Wrota Małopolski”.

Udostępnienie i skonfigurowanie dedykowanych elementów sieciowych takich, jak np. przełączniki Ethernet, serwery VPN, firewall'e, routery itp. dla systemu „Wrota Małopolski” jest niezbędne do zapewnienia komunikacji pomiędzy komputerami i serwerami funkcjonującymi w ramach systemu "Wrota Małopolski", w tym przede wszystkim do uruchomienia i poprawnego działania oraz dostępności dla użytkowników systemu informatycznego „WROTA MAŁOPOLSKI”.

2. Wymogiem Zamawiającego - wyrażonym wprost i w szczególności poprzez zmianę treści § 4 ust 1 ppkt. n) załącznika numer 5a do SIWZ – było, aby firewall został skonfigurowany dla całej infrastruktury, przez którą należy rozumieć następujące systemy:

a/ budowa zintegrowanych systemów informatycznych do zarządzania i monitoringu satelitarnego w Małopolsce,

b/ budowa systemu informatycznego do wspomagania administracji wraz z integracją zasobów bazodanowych w województwie i w powiecie,

c/ budowa zintegrowanego systemu informatycznego do zarządzania nieruchomościami województwa małopolskiego i wojewódzkich jednostek organizacyjnych,

d/ centrum autoryzacji podpisu elektronicznego

e/ Wrota Małopolski.

Odwołujący podkreślał, że kompleksowe i skuteczne bezpieczeństwo dla wszystkich powyższych systemów informatycznych jest realizowane tylko wówczas, gdy konfiguracja firewalla uwzględnia całość tej infrastruktury.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, że treść zapewnień wskazanych przez Infomex w załączniku nr 4 punkt 1. „c” i 1. „n” nie należy traktować jako zwykłą omyłkę Infomex składającego ofertę, który nie zauważył zmian SIWZ dokonanych przez Zamawiającego w przetargu i w odwołaniu Odwołujący wymienił wszystkie inne zmiany SIWZ, które Przystępujący uwzględnił w załączniku nr 4.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, mimo wniosku Zamawiającego, zawartego w odpowiedzi na odwołanie, w którym wskazywał, że w odwołaniu błędnie oznaczono Zamawiającego (zamiast Województwo Małopolskie – Urząd Województwa Marszałkowskiego), oraz błędnie oznaczono organ, do którego odwołanie zostało skierowane (Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zamiast Prezes Krajowej Izby Odwoławczej). Izba stwierdziła, że powyższe nieścisłości nie tamują możliwości merytorycznego rozpoznania odwołania. W odwołaniu wystarczająco skonkretyzowano postępowanie, które prowadzi Zamawiający, i ustalenie właściwej nazwy (organu) zamawiającego w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, nie nastroczało żadnych trudności. Co do skierowania odwołania do niewłaściwego organu, Izba podzieliła pogląd wyrażony już wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, i stwierdziła, iż "Odwołujący błędnie oznaczył adresata odwołania, tj. zamiast Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp) wskazał Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, co Izba uznała za mylne oznaczenie odwołania, które nie stanowi przeszkody do jego rozpoznania (art. 187 ust. 3 zdanie ostatnie ustawy Pzp)." (KIO/UZP 273/10).

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert dla zadania nr 1.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny: rzeczywiście Przystępujący załączył do oferty załącznik nr 4, który nie był wymagany SIWZ, i w tymże załączniku znalazły się uchybienia, opisane przez Odwołującego w odwołaniu, w pkt 1 lit. c i 1 lit. n.
2. Zamawiający wymagał realizacji kompletnego przedmiotu zamówienia, opisanego w SIWZ, i za taki przedmiot wynagrodzenia przysługiwało wynagrodzenie. W SIWZ podano wykaz elementów, które posiada Zamawiający (w załączniku nr 1 do umowy). Resztę sprzętu miał zapewnić wykonawca – z tym, że nie było kompletnej listy sprzętu/elementów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający opisywał swoje wymogi funkcjonalnie – w załączniku nr 6 do SIWZ opisano „Warunki techniczne dla części 1”, gdzie podano, że przedmiotem zamówienia jest „usługa kolokacji, polegająca na dostawie, instalacji i konfiguracji (...)”, wymogiem Zamawiającego jest zapewnienie przez wykonawcę odpowiednich właściwości tejże usługi, przykładowo, zapewnienie bezpieczeństwa serwerów poprzez stosowanie się do dobrych praktyk i aktualnego stanu wiedzy z dziedziny bezpieczeństwa.
3. Zamawiający dokonywał zmian do SIWZ, z których część została przez Przystępującego uwzględniona w załączniku nr 4, a część nie (dwie zmiany dotyczące pkt 1 lit. c i 1 lit. n). Zamawiający w dniu 10 listopada 2011 zmodyfikował SIWZ, ale tylko w załączniku 5a do SIWZ (§ 4 ust. 1 lit c i n) i w załączniku nr 6 do SIWZ (pkt 1 lit c i n) – są to zmiany opisane przez Odwołującego w odwołaniu. Żadna z tych zmian nie odnosiła się wprost do załącznika nr 4, załączenie którego do oferty Przystępującego wywołało odwołanie.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty załącznika nr 4, Przystępujący załączył go z własnej inicjatywy. Po zmianach SIWZ

Zamawiający nie sporządził tekstu jednolitego załączników – i Przystępujący uczynił to sam, acz nie uwzględnił kompleksowo wszystkich zmian do SIWZ, precyzujących oczekiwania Zamawiającego. Przeoczenie mogło wynikać z okoliczności, że Zamawiający *expressis verbis* w ogóle załącznika nr 4 do SIWZ nie zmodyfikował. W takim stanie faktycznym nie można mówić w ogóle o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ – skoro załącznik nr 4 nie był modyfikowany przez Zamawiającego na etapie zmian w SIWZ. Odwołujący nie powoływał się na inne zmiany SIWZ, które miałyby świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a jedynie na odpowiedź na pytanie nr 10 z 10 listopada 2011 r.; odpowiedź ta jednak wprowadzała zmiany jedynie w załączniku 5a do SIWZ (§ 4 ust. 1 lit c i n) i w załączniku nr 6 do SIWZ (pkt 1 lit c i n). Niezależnie od powyższego, odpowiedź na pytanie nr 10 była potwierdzeniem i sprecyzowaniem stanu istniejącego już w pierwotnej treści SIWZ (zapewnienie firewalla było wypełnieniem dotychczasowej funkcjonalności zapewnienia bezpieczeństwa zgodnie z dobrymi praktykami i aktualną wiedzą techniczną, a wyraźne wskazanie że sprzęt dla infrastruktury Wrota Małopolski należy udostępnić – wiązało się z wcześniejszym brakiem wyspecyfikowania tego sprzętu jako posiadanego już przez Zamawiającego.

Reasumując, uchybienia Przystępującego w załączniku nr 4 nie mogły mieć wpływu na treść jego oferty – Zamawiający nie zmodyfikował tego załącznika bezpośrednio, a dokonane zmiany dotyczyły załączników do SIWZ o innych numerach. Poglądu powyższego nie może zmienić fakt, że w załączniku nr 4 Przystępujący uwzględnił inne zmiany SIWZ, które również nie dotyczyły tego załącznika. Sposób dokonywania zmian do SIWZ nie może obciążać wykonawcy – skoro żadna z zmian nie dotyczyła wyraźnie załącznika nr 4, to trudno wymagać od wykonawcy, żeby sporządzając tekst jednolity załącznika nr 4 (zresztą niewymaganego) domyślił się sam, że należałoby uwzględnić również inne zmiany, które wprost nie odnosiły się do załącznika nr 4. Zatem nie było podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....