

Sygn. akt: KIO 1257/11

WYROK
z dnia 28 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2011 r. przez wykonawcę „**Polixel**” **S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Zakopiańska 6, 03-934 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce, Jasionka 942, 36-002 Jasionka**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „**Polixel**” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Zakopiańska 6, 03-934 Warszawa i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez wykonawcę „**Polixel**” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Zakopiańska 6, 03-934 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od odwołującego: „**Polixel**” S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Zakopiańska 6, 03-934 Warszawa, na rzecz zamawiającego zamawiającego **Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka” Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce, Jasionka 942, 36-002 Jasionka** kwotę 3 567,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka Sp. z o.o. z siedzibą w Jasionce, Jasionka 942, 36-002 Jasionka wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa wraz z instalacją i uruchomieniem systemu FIS, DCS, TETRA dla Portu Lotniczego „Rzeszów-Jasionka" Sp. z o.o. w ramach Projektu pn. „Poprawa jakości usług w Porcie Lotniczym Rzeszów-Jasionka przez doposażenie w sprzęt oraz systemy obsługi lotniskowej i pasażera"«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

12.02.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 30-050064.

02.06.2011 r. zamawiający zawiadomił faksem o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Terkom Sp.j., ul. Mickiewicza 2, 42-700 Lubliniec;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Polixel S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Zakopiańska 6, 03-934 Warszawa, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

13.06.2011 r. (poniedziałek), zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, wykonawca Polixel S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Zakopiańska 6, 03-934 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez różne traktowanie wykonawców składających oferty oferujące ten sam sprzęt o identycznych wymaganiach;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp, zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy istnieją przesłanki do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy Terkom Sp.j.;
- 3) art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Terkom Sp.j. wobec niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, w

szczegółności niewykazania posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganych przez zamawiającego, względnie naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp przez niewezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów;

- 4) art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Terkom Sp.j. wobec niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie spełniania przez niego warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, względnie naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp przez nie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp przez nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających, że wspólnicy Terkom Sp.j. nie zalegają z uiszczeniem podatków;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Terkom Sp.j. z Części I, mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzućenie oferty odwołującego i postawienie zarzutu, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji;
- 8) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert nieokreślonych w specyfikacji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert złożonych w Części I;
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części I;
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert w Części I, a w jego wyniku wykluczenia wykonawcy Terkom Sp.j., a następnie odrzućenie jego oferty złożonej w Części 1 względnie:
- 4) dokonanie ponownego badania i oceny ofert w Części I i wezwanie wykonawcy Terkom Sp.j. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp lub złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, a w przypadku braku uzupełnienia dokumentów w wyznaczonym terminie do wykluczenia tego wykonawcy z Części I, a następnie odrzućenia jego oferty i zatrzymania wadium;
- 5) wybór oferty odwołującego w Części I jako oferty najkorzystniejszej; ewentualnie z ostrożności procesowej;
- 6) unieważnienie postępowania w Części I z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzućeniu.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający przewidział możliwość składania ofert częściowych na następujące części: Część I na system informacji lotniczej (FIS), Część II na system odprawy pasażerskiej wraz z wyposażeniem stanowisk (DCS) oraz Część III na system łączności operacyjnej TETRA.

Termin składania ofert we wszystkich Częściach upływał 27 kwietnia 2011 r. Zamawiający zezwolił wykonawcom na złożenie ofert w dowolnej liczbie części.

Odwołujący, podobnie jak wykonawca Terkom Sp.j. złożyli oferty na Część I i Część II.

2 czerwca 2011 r. zamawiający faksem zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty. W Części I najkorzystniejszą ofertę złożył, według zamawiającego, wykonawca Terkom Sp.j. Oferta odwołującego została odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający uznał, że treść oferty złożonej przez odwołującego, a konkretnie serwer wyspecyfikowany na stronie 54 oferty, nie spełnia wymogów zawartych w pkt 8.7 i pkt 8.8 Załącznika nr 1 do specyfikacji »Opis Przedmiotu Zamówienia«. Zamawiający podając uzasadnienie faktyczne swojej decyzji wskazał, że »załączony do oferty TEST SPECint_rate2006 dla zaoferowanego serwera otrzymał 114 pkt«.

Odwołujący nie może zgodzić się z taką decyzją zamawiającego, zauważając iż prowadzi ona do istotnych naruszeń przepisów ustawy, których przestrzeganie ma zapewnić przejrzystość i konkurencyjność procesu udzielania zamówień publicznych.

I.

Wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem w szczególności przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 24 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

1. Oferta uznana przez zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą została złożona przez spółkę jawną. Spółka jawna jest podmiotem prawa spółek handlowych, jednak pozostaje spółką osobową i nie posiada osobowości prawnej.

Spółka jawna pomimo braku osobowości prawnej jest odrębnym, od każdego z jej wspólników, podmiotem praw i obowiązków podatkowych. Z tej też przyczyny w odpowiedzi na wymaganie w części 5 specyfikacji „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia” pkt 5.1.2 lit. c dotyczące złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wykonawca Terkom Sp.j. powinien złożyć osobno oświadczenie dla spółki oraz osobno dla każdego z jej wspólników. Tezę tę potwierdza również interpretacja Ministra Finansów z dnia 18 stycznia 2005 roku (sygn.: SP1-8/063-1/SZ-1/05/PZ). Z treści interpretacji wynika, iż: »spółka jawna pomimo braku osobowości prawnej, na gruncie przepisów prawa podatkowego jest odrębnym, od każdego ze wspólników tej spółki, podmiotem praw i obowiązków podatkowych. Wynika to z definicji podatnika zawartej w art. 7 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. Nr 137, poz. 926), który stanowi, iż podatnikiem jest także jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej podlegająca na mocy ustaw podatkowych obowiązkowi podatkowemu. Wspólnik spółki jawnej, na gruncie przepisów ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych jest

niezależnym od spółki podmiotem praw i obowiązków podatkowych. Poszczególni wspólnicy spółki są więc podatnikami podatku dochodowego od osób fizycznych, spółka jawna jest natomiast podatnikiem np. podatku od towarów i usług. Wspólnik spółki jawnej nie jest podatnikiem VAT, a więc oczywistym jest, że nie będzie zalegał w tym podatku – w zakresie zaświadczeń wspólnika ta kwestia jest bezprzedmiotowa. Zatem wystawione przez naczelnika urzędu skarbowego zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez poszczególnych wspólników spółki jawnej nie oznacza, iż spółka ta nie posiada zaległości podatkowych. (...) Należałoby zatem uznać, że w przypadku spółki jawnej, składając ofertę w przetargu publicznym, spółka ta powinna przedstawić zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez spółkę oraz odrębnie przez wspólników tej spółki”.

Ponieważ wykonawca Terkom Sp.j. przedstawił jedynie zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami spółki, a nie jej wspólników, to wykonawca ten powinien zostać wezwany przez zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające niezaleganie wspólników spółki jawnej z podatkami nie później niż na dzień w którym upłynął termin składania ofert, a w przypadku ich nieuzupełnienia w wyznaczonym terminie – wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 3 Pzp. Zamawiający zaniechał tego wezwania.

2. Zgodnie z postanowieniami specyfikacji zamawiający oczekiwał od wykonawców ubiegających się o udział w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym w zakresie Części I wykonawca miał wykazać się wykonaniem w ostatnich trzech latach co najmniej jednej dostawy wraz z instalacją i uruchomieniem systemu informacji lotniczej na kwotę netto minimum 100.000 zł. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca zobowiązany był do złożenia, zgodnie z częścią 7 specyfikacji »Dokumenty i oświadczenia wymagane dla potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału« oraz części 5 specyfikacji pkt 5.1.1.2 wykazu wykonanych, wykonywanych dostaw sporządzony na Formularzu 4 wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te wykonane zostały należycie.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca Terkom Sp.j. złożył na stronie 7 oferty wypełniony formularz nr 4 nie wskazując wartości dostawy, a jedynie wpisując, że jest ona wartości większej niż wymagane 100.000 zł. Odwołujący zauważa, że referencyjne wdrożenie jest wciąż przez wykonawcę Terkom Sp.j. realizowane i nie wiadomo, czy na dzień złożenia oferty wartość dostawy osiągnęła wymagany przez zamawiającego próg. Informacja taka nie wynika ani z treści Formularza nr 4, ani też z treści załączonego dokumentu wystawionego przez odbiorcę dostawy. Dokument ten nie zawiera daty ani odwołania do konkretnej umowy, która była realizowana w ostatnich 3 latach przed wszczęciem postępowania i nie wynika z tego dokumentu czy dostawa była – czy jest realizowana na podstawie jednej umowy (dostawy) o wartości co najmniej 100.000 zł. Z dokumentu nie wynika

również, że umowa będąca podstawą wystawienia referencji została przez wykonawcę Terkom Sp.j. wykonana należyście. Dokument wskazuje zalety oprogramowania FIS, jednak nie potwierdza, że wdrożenie jego odbyło się w terminie i na ustalonych w umowie zasadach.

Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające odnośnie tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, czego zamawiający zaniechał. Złożenie przez wykonawcę Terkom Sp.j. wyjaśnień w tym zakresie może odbyć się jedynie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp a więc na wezwanie zamawiającego. Złożenie ewentualnych wyjaśnień w tej kwestii podczas rozprawy przed KIO będzie nie tylko złożone przed podmiotem, który nie jest władny do przyjmowania oświadczeń tego typu jeżeli ich treść nie wynika wprost z treści oferty, ale przede wszystkim spóźnione i jako takie pozostanie bez wpływu na ważność oferty.

3. Zamawiający – wyrażając to w specyfikacji – oczekiwał od wykonawców wykazania wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej, w szczególności, zgodnie z częścią 5 pkt 5.1.1.4 specyfikacji, wykazania się opłaconą polisą, a w przypadku jej braku innym dokumentem, potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej obejmującej co najmniej działalność związaną z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 100.000 zł.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca Terkom Sp.j. złożył polisę ubezpieczeniową na okres ubezpieczenia od 19 lutego 2011 r. do 18 lutego 2012 r. Suma ubezpieczenia polisy wynosi 500.000 zł i obejmuje ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej lub użytkowania mienia. Polisa zawiera jednak wyłączenie, z którego wynika, że nie obejmuje ona działalności projektowej związanej z usługami informatycznymi, a zatem tego co jest między innymi przedmiotem zamówienia. Polisa nie potwierdza zatem, że wykonawca Terkom Sp.j. znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej wymaganej przez zamawiającego.

Zamawiający oczekiwał wykazania się opłaconą polisą, natomiast polisa przedstawiona przez wykonawcę Terkom Sp.j. potwierdza jedynie dokonanie wpłaty w wysokości 0,00 zł (zero złotych). Zamawiający powinien co najmniej przeprowadzić postępowanie wyjaśniające odnośnie tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, czego zamawiający zaniechał. Złożenie przez wykonawcę Terkom Sp.j. wyjaśnień w tym zakresie może odbyć się jedynie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp a więc na wezwanie zamawiającego. Złożenie ewentualnych wyjaśnień w tej kwestii podczas rozprawy przed KIO będzie nie tylko złożone przed podmiotem, który nie jest władny do przyjmowania oświadczeń tego typu jeżeli ich treść nie wynika wprost z treści oferty, ale przede wszystkim spóźnione i jako takie pozostanie bez wpływu na ważność oferty.

Oferta odwołującego została odrzucona – bez podstawy prawnej – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 2 czerwca 2011 r. zamawiający zapisał, że jedyną i wyłączną przyczyną odrzucenia oferty odwołującego jest to, że zaoferowany przez odwołującego serwer wyspecyfikowany na str. 54 oferty nie spełnia wymogów zawartych w pkt 8.7 i 8.8 załącznika nr 1 do specyfikacji »Opis Przedmiotu Zamówienia«. Załączony do oferty TEST SPECint_rate2006 dla zaoferowanego serwera otrzymał 114 punktów.

Zgodnie z wymaganiami zamieszczonymi w pkt 8.7 (dla serwera aplikacji podstawowego) i 8.8 (dla serwera aplikacji zapasowego) załącznika nr 1 do specyfikacji »Opis Przedmiotu Zamówienia« zamawiający oczekiwał od wykonawców dostarczenia serwera, który będzie zawierał między innymi minimum jeden procesor czterordzeniowy i będzie osiągał w testach wydajnościowych SPECint_rate2006 min. 223 punkty. Na potwierdzenie tego wykonawca miał dostarczyć wraz ze specyfikacją oferowanego serwera dokument z testów SPEC lub certyfikat potwierdzający osiągnięty wynik, który powinien być zamieszczony na stronie www.spec.org. Zamawiający dodatkowo wymagał załączenia wydruku z tej strony do oferty.

Odwołujący składając ofertę oświadczył, iż zapoznał się ze specyfikacją, wyjaśnieniami i zmianami do niej i uznał się związanym określonymi w nich postanowieniami i zasadach postępowania. Dodatkowo w Załączniku 1A »Opis przedmiotu zamówienia/Załącznik do oferty dla Części I zamówienia« odwołujący potwierdził w pkt 8.7 i 8.8., że oferowane przez niego serwery podstawowy i zapasowy spełniają bez zastrzeżeń wskazaną funkcjonalność, w tym zawierają między innymi minimum jeden procesor czterordzeniowy i osiągają w testach wydajnościowych SPECint_rate2006 min 223 punkty.

Zgodnie ze specyfikacją odwołujący zaoferował serwer PRIMERGY RX300 S6, załączając do oferty: specyfikację techniczną serwera PRIMERGY RX300 S6 z procesorem Intel Xeon E5620 4C/8T 2,4 GHz oraz oświadczenie producenta o oficjalnym kanale sprzedażowym dla serwera PRIMERGY RX300 S6 oraz wydruk testu wydajności serwera PRIMERGY RX300 S6 BX620 S6 z dwoma procesorami Intel Xeon E5620 4C/8T 2.4 GHz o wydajności 223 punkty, zgodnie z wymogiem zamawiającego ze strony www.spec.org.

25 maja 2011 r. zamawiający, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Odwołujący w swojej odpowiedzi z 25 maja 2011 r. potwierdził, że jego oferta obejmuje serwery Fujitsu RX300 S6 z dwoma procesorami, którego wydajność jest nie mniejsza niż 223 punktów według testów na stronie www.spec.org., czego zamawiający wymagał w załączniku 1A (FIS), a co wcześniej potwierdził odwołujący wpisem »TAK« spełnia dla punktów 8.7 i 8.8 specyfikacji.

Odwołujący spełnił wymaganie postawione przez zamawiającego i zgodnie ze specyfikacją zaoferował i zadeklarował, że jego oferta obejmuje serwery o parametrach wyspecyfikowanych w pkt 8.7 i 8.8 »Opisu przedmiotu zamówienia/ załącznika do oferty dla

części zamówienia System Informacji Lotniczej (FIS)«, a na potwierdzenie tego odwołujący przedstawił wydruki z testów SPECint_rate2006, które odnoszą się do serwera Fujitsu PRIMERGY RX300 S6 z dwoma procesorami o łącznej wydajności 223 punkty.

Odwołujący podnosi, iż nie załączał do oferty żadnych dokumentów, z których wynikałoby, iż zaoferowany serwer otrzymał 114 punkty w teście wydajnościowym SPECint_rate2006 i zarzut stawiany przez zamawiającego jakoby odwołujący załączył taki test jest zupełnie niezrozumiały.

Odwołujący podnosi również, że w ofercie wykonawcy Terkom Sp.j. również został zaoferowany identyczny serwer o identycznych parametrach i testach wydajnościowych, a jednak oferta wykonawcy Terkom Sp.j. nie została z tego powodu odrzucona jako niezgodna z treścią specyfikacji, co wprost stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu i naruszeniu zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie w powyższym zakresie dowodu z:

- treści oferty odwołującego, w szczególności w zakresie stron 55-59,
- treści wyjaśnienia odwołującego z 25 maja 2011 r. (wysłane 26 maja 2011 r.)
- treści oferty wykonawcy Terkom Sp.j. w zakresie stron 7-12 i 116-120 oferty.

III.

Odwołujący z ostrożności procesowej wnosi ewentualnie o unieważnienie postępowania w zakresie Części I w przypadku, gdyby podniesione przez odwołującego argumenty dotyczące jego oferty oraz wykluczenia wykonawcy Terkom Sp.j. i odrzucenia oferty odwołującego nie znalazły uznania w oczach KIO. Unieważnienie powinno zostać w takim przypadku dokonane na podstawie art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp z uwagi na niezłożenie w postępowaniu żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

13.06.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

13.06.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

21.06.2011 r. wykonawca **TERKOM Sp.j.** złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Pismo zostało doręczone Prezesowi Izby po upływie terminu

3 dni od powiadomienia o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także:

- 1) dowodu (nr 1) złożonego przez odwołującego pisma Polsoft Engineering Sp. z o.o., Katowice z 18 kwietnia 2011 r. na okoliczność możliwości spełnienia wymogów specyfikacji w zakresie serwerów i liczby procesorów w serwerze;**
- 2) dowodu (nr 2) złożonego przez zamawiającego pisma Fujitsu Sp. z o.o., Warszawa z 30 maja 2011 r. na okoliczność spełniania wymagań zamawiającego przez wykonawców**

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz pisemne dowody i oświadczenia stron złożone podczas rozprawy.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut 5 naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp przez nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających, że wspólnicy Terkom Sp.j. nie zalegają z uiszczeniem podatków – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ust. 5.1.2 lit. c specyfikacji zamawiający żądał od wykonawców złożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca Terkom s.j. załączył do oferty (str. 8, 9 oferty) zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawione dla spółki i odwołujący zarzucił, że jest ono wystawione tylko na spółkę i nie obejmuje wspólników tworzących tę spółkę.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych cyt. »wykonawca będący spółką jawną w celu potwierdzenia, że nie zalega z uiszczaniem podatków powinien przedstawić odpowiednie zaświadczenie wydane przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego odnoszące się do samej spółki jawnej, a nie jej wspólników«.

Stanowisko to polemizuje z interpretacją prawną Ministra Finansów – pismo z 18 stycznia 2005 r. (sygn: SP1-8/063-1/SŻ-1/05/PZ), jednak to Prezes UZP w zakresie swoich kompetencji określonych w art. 154 pkt 13 Pzp dążąc do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach wydaje m.in. opinie, które są w pierwszym rzędzie stosowane w systemie zamówień publicznych.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp przez nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających, że wspólnicy Terkom Sp.j. nie zalegają z uiszczeniem podatków – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut 3 naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Terkom Sp.j. wobec niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności niewykazania posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganych przez zamawiającego, względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez niewezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ust. 5.1.1 pkt 2 lit. a specyfikacji zamawiający oczekiwał od wykonawców ubiegających się o udział w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia. W zakresie rozpoznawanej Części I, wykonawca miał wykazać się wykonaniem w ostatnich trzech latach co najmniej jednej dostawy wraz z instalacją i uruchomieniem systemu informacji lotniczej na kwotę netto minimum 100.000 zł. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca zobowiązany był do złożenia, zgodnie z formularzem 4 oświadczenia i załączyć dokument potwierdzający, że przedstawione dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawca Terkom Sp.j. złożył na stronie 7 oferty wypełniony formularz nr 4 nie wskazując konkretnej wartości dostawy, a jedynie wpisując, że jest ona wartości większej niż wymagane 100.000 zł. Natomiast w treści referencji nie znajduje się stwierdzenie o wartości zrealizowanego zamówienia ani dokument referencji nie zawiera daty, ani odwołania do konkretnej umowy i nie wynika z tego dokumentu czy dostawa była bądź jest realizowana na wartość co najmniej 100.000 zł. Zdaniem odwołującego z dokumentu nie wynika również, że umowa została przez wykonawcę wykonana należycie. Jedynie dokument wskazuje zalety oprogramowania FIS, jednak nie potwierdza, że wdrożenie jego odbyło się w terminie i na ustalonych w umowie zasadach.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) i zgodnie z przywołanymi postanowieniami specyfikacji w oświadczeniu (wykazie) wykonawcy mają znaleźć się informacje o [1] wykonanych lub wykonywanych dostawach w określonym specyfikacją zakresie, [2] wartości dostaw, [3] przedmiocie dostaw, [4] datach wykonania dostaw i [5] odbiorcach dostaw, a do wykazu (oświadczenia) wykonawca musi [6] załączyć dokumentu potwierdzający, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Z wypełnionego przez wykonawcę Terkom Sp.j. i załączonego do oferty formularza 4 wynikają wszystkie niezbędne informacje, a z pisma podmiotu WAS wynika że dostawa została wykonana należycie, chociaż autor nie użył sformułowania znajdującego się w rozporządzeniu. Wystawiający użył sformułowania, cyt. »Bez obaw możemy polecić współpracę z firmą Terkom innym przedsiębiorstwom«.

Zamawiający otrzymując w ofercie takie oświadczenie i pismo referencyjne (które właściwie spełniały warunek postawiony w specyfikacji) nie miał powodów aby wszcząć procedurę określoną w art. 26 ust. 4 Pzp i zasadnie uznał, że wykonawca Terkom Sp.j. spełnia rozpoznawany warunek.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Terkom Sp.j. wobec niewykazania przez niego posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganych przez zamawiającego, względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez niewezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut 3 naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Terkom Sp.j. wobec niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności niewykazania posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganych przez zamawiającego, względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez niewezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut 4 naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Terkom Sp.j. wobec niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie spełniania przez niego warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, względnie naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp przez nie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w ust. 5.1.1 pkt 4 specyfikacji żądał od wykonawców wykazania wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej i wykazania się przez wykonawcę opłaconą polisą, a w przypadku jej braku innym dokumentem, potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony

od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej obejmującej co najmniej działalność związaną z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 100.000 zł.

Zamawiający, po terminie wglądu do ofert przez odwołującego wystosował pismo w zakresie polisy do wykonawcy Terkom i otrzymał uzupełnienie zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Natomiast klauzula, że polisa nie obejmuje działalności związanej z projektowymi usługami informatycznymi nie dotyczyła przedmiotu zamówienia, w związku z tym zamawiający mógł nie brać tego elementu pod uwagę. dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że zamówienie obejmowało usługi projektowe, a żądanie w § 3 wzoru umowy złożenia dokumentacji powykonawczej po wykonaniu zamówienia nie stanowi, że zamawiający wymagał od wykonawcy sporządzenia projektu.

Ze względu na uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający nie miał potrzeby wszczynania procedury udzielania i oceniania wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Wobec powyższego w cenie składu orzekającego Izby zarzut 4 naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp przez niewykluczenie wykonawcy Terkom Sp.j. ze względu na niewykazania przez niego spełniania warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, względnie naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp przez nie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut 7 i 8 naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego i postawienie zarzutu, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert nieokreślonych w specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał aby serwery aplikacji podstawowy i zapasowy zawierały cyt. »Minimum jeden procesor czterordzeniowy w architekturze x86 osiągający w testach wydajnościowych SPECint_rate2006 min. 223 punkty [...]«, zgodnie z modyfikacją z 1 kwietnia 2011 r. W związku z tym wykonawcy mogli zaoferować serwery aplikacji zawierające więcej niż jeden procesor.

Ze względu na wpisanie do oferty odwołującego na str. 54 informacji o jednym procesorze – 6 rubryka od góry zamawiający zwrócił się do producenta Fujitsu o wydanie opinii na temat zaoferowanych przedmiotów zamówienia kserując specyfikacje odwołującego i wykonawcy Terkom, na co zamawiający otrzymał odpowiedź, że oferowany przez odwołującego serwer z jednym procesorem osiąga wynik 114 punkty w wymaganym teście SPECint_rate2006, natomiast oferowany przez wykonawcę Terkom Sp.j. serwer z dwoma procesorami osiąga wynik 223 punkty w wymaganym teście SPECint_rate2006. Wobec tego

zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i zasadnie nie zastosował żadnej z procedur poprawiania omyłek określonych w art. 87 ust. 2 Pzp.

Jednocześnie zamawiający uzyskał potwierdzenie od producenta Fujitsu (dowód nr 2), że zaofertowany przez drugiego wykonawcę serwer o tym samym symbolu, ale dwóch procesorach spełnia wymagania zamawiającego w zakresie osiągania wyniku 223 punktów w teście SPECint_rate2006 i dlatego mógł dokonać wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp i dokonał tego.

Wobec powyższego zarzut 7 i 8 naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert nieokreślonych w specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut 6 naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieodrżucenie oferty wykonawcy Terkom Sp.j., mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Terkom Sp.j. podlega wykluczeniu z postępowania, dlatego zarzut nie może się ostać.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut 1 naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez różne traktowanie wykonawców składających oferty oferujące ten sam sprzęt o identycznych wymaganiach – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wykazał, że obaj wykonawcy złożyli oferty na inne przedmioty i dlatego nie zaistniała przesłanka naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców gdyż wykonawcy byli traktowani równo, ale złożyli oferty na inny sprzęt.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut 2 naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przez odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy istnieją przesłanki do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy Terkom Sp.j. – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wykazał, że wykonawcy byli traktowani równo, a odwołujący nie wykazał aby zamawiający był zobligowany do wykluczenia wykonawcy Terkom Sp.j.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody przedstawione przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: