

Sygn. akt KIO/UZP 1276/08

POSTANOWIENIE
z dnia 25 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 25 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „OPTeam” S.A., ul. Lisa Kuli 3, 35-082 Rzeszów od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych – Departament Zamówień Publicznych, ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa** protestu z dnia 23 października 2008 r.

przy udziale wykonawcy **POLCOM Sp. z o.o., ul. Nad Drwiną 10, 30-741 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „OPTeam” S.A., ul. Lisa Kuli 3, 35-082 Rzeszów i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez „OPTeam” S.A., ul. Lisa Kuli 3, 35-082 Rzeszów,

- ~~2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „OPTeam” S.A., ul. Lisa Kuli 3, 35-082 Rzeszów.

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

Zamawiający - Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup biblioteki taśmowej dla platformy UNIX, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008 / S 95-129037 z dnia 17 maja 2008 r.

W dniu 16 października 2008 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, za jaką została uznana oferta złożona przez POLCOM Sp. z o.o. w Krakowie.

W dniu 23 października 2008 r. **Odwołujący – „OPTeam” S.A. w Rzeszowie** – wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy POLCOM Sp. z o.o. w Krakowie na kwotę brutto 1.165.832,00 zł. – z naruszeniem zasad udzielania zamówień,
- nie odrzuceniu oferty POLCOM Sp. z o.o. mimo, iż jest to oferta niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp i wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy POLCOM Sp. z o.o. jako podjętej z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, odrzucenie oferty POLCOM Sp. z o.o. oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty „OPTeam” S.A., która zawiera najniższą cenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, iż oferta POLCOM Sp. z o.o. nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferowana biblioteka taśmowa Quantum Scalar i2000 nie posiada możliwości zapisu i odczytu taśm Ultrium 2, choć wymagał tego Zamawiający. Odwołujący podniósł także, że zaoferowana biblioteka nie współpracuje z trzecią, najnowszą wersją platformy systemowej HP-UX 11i (HP-UX 11i v3), podczas gdy Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał wprawdzie konkretnej wersji ww. platformy, jednak w odpowiedzi na pytania wykonawców wyjaśnił, iż wymaga wsparcia dla wszystkich trzech wersji platformy HP-UX i11.

Ponadto Odwołujący wskazał na niezgodność oferty POLCOM Sp. z o.o. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia polegającą na niezamieszczeniu w rozdziale I Formularza oferty zapisu pkt 3 zawierającego informację o częściach, które mają być powierzone podwykonawcom. W ocenie Odwołującego, brak konieczności wypełnienia tego pkt, w przypadku gdy wykonawca nie zamierza powierzać żadnej części zamówienia podwykonawcom, nie zwalnia go z obowiązku zamieszczenia tego punktu w formularzu oferty. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, fakt iż POLCOM Sp. z o.o. nie zamierza powierzyć części zamówienia podwykonawcom oznacza, że nie zaoferował tym samym pełnego przedmiotu, w szczególności aktualizacji oferowanego oprogramowania oraz udzielenia 36-miesięcznej gwarancji.

Do powyższego protestu przystąpił wykonawca POLCOM Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie protestu. Uzasadniając powyższe żądanie, POLCOM Sp. z o.o. wskazał, iż zarzut Odwołującego w zakresie nieobsługiwania przez oferowaną bibliotekę platformy HP-UX 11i v3 stoi w sprzeczności z oświadczeniem producenta zaoferowanej biblioteki. Ponadto POLCOM Sp. z o.o. wskazał, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie sprecyzował, która wersja platformy HP-UX i11 ma być obsługiwana przez bibliotekę stanowiącą przedmiot zamówienia. Jednocześnie zdaniem POLCOM Sp. z o.o., nie był on zobowiązany do wskazywania części zamówienia, jaką zamierza powierzyć podwykonawcom, gdyż nie zamierzał i nie zamierza korzystać z pomocy podwykonawców w żadnym zakresie.

Pismem z dnia 31 października 2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wyjaśnił, iż nie jest zasadny zarzut niezgodności oferty

POLCOM Sp. z o.o. w zakresie niespełnienia przez oferowaną bibliotekę wymogów posiadania możliwości zapisu i odczytu taśm Ultrium 2 oraz braku wsparcia dla platformy HP-UX 11i v3, gdyż w toku postępowania POLCOM Sp. z o.o. zapewnił, że oferowana przez niego biblioteka spełnia oba ww. wymogi. Zamawiający wskazał również, iż na potwierdzenie powyższego POLCOM Sp. z o.o. przekazał pismo producenta ww. biblioteki, w którym zapewnia on o pełnej jej zgodności z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotowego postępowania. Odnosząc się zaś do zarzutu niezamieszczenia w ofercie POLCOM Sp. z o.o. zapisu dotyczącego części zamówienia, w jakiej będzie korzystać z podwykonawcy, Zamawiający wskazał, iż zapis ten winien mieć zastosowanie jedynie w przypadku powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Od rozstrzygnięcia powyższego protestu Odwołujący pismem z dnia 5 listopada 2008 r. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania, uchylenie decyzji Zamawiającego o oddaleniu protestu „OPTeam” S.A. i poprzedzającej ją decyzji o wyborze oferenta POLCOM Sp. z o.o.,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji,
- odrzucenie oferty POLCOM Sp. z o.o. oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, która zawiera najniższą cenę spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przepisanych.

Odwołujący podtrzymał zarzuty oraz ich argumentację w zakresie dotyczącym niespełnienia przez ofertę POLCOM Sp. z o.o. wymogu obsługiwania przez oferowaną bibliotekę platformy HP-UX 11i v3 oraz w zakresie dotyczącym pominięcia w formularzu ofertowym zapisu dotyczącego części zamówienia, jaką wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Ponadto Odwołujący podniósł, iż przedstawiona przez wykonawcę POLCOM Sp. z o.o. opinia producenta biblioteki Quantum Scalar i2000 o zgodności tego produktu z SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie może być uznana za wystarczającą w sytuacji, gdy z oficjalnej dokumentacji oraz z załączonego do niniejszego odwołania pisma producenta platformy HP-UX i11 jednoznacznie wynika, iż aktualnie biblioteka i2000 nie jest obsługiwana przez najnowszą wersję tej platformy.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 7 listopada 2008 r. przystąpił po stronie Zamawiającego POLCOM Sp. z o.o. podtrzymując wnioski, zarzuty i argumentację zawartą w przystąpieniu do protestu poprzedzającego niniejsze odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła następujący stan faktyczny, uwzględniając wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania oraz oryginalną dokumentację postępowania dostarczoną przez Zamawiającego.

Zamawiający wykonując wyrok KIO z dnia 22.09.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 941/09,946/08 dokonał ponownej oceny ofert i wybrał ofert najkorzystniejszą – POLCOM Sp. z o.o. z ceną oferty 1 165 832 zł. Drugą w kolejności ofertą pod względem ceny, jako jedynego kryterium oceny ofert, jest oferta Odwołującego z ceną 1 182 663,12 zł.

Z sentencji wyroku KIO wynikał obowiązek Zamawiającego dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty POLCOM sp. z o.o. Zaś z uzasadnienia wyroku (str. 12 i 13) wynikało, że Zamawiający został zobowiązany do zwrócenia się do POLCOM Sp. z o.o. o uzupełnienie oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie specyfikacji funkcjonalności, celem zamieszczenia i wypełnienia pkt 7b i pkt 13 w zakresie minimalnych wymagań na system backupowy. W dalszej części uzasadnienia Izba podała, że z informacji udzielonych przez Zamawiającego podczas rozprawy nie wynika, „iż oprócz przedmiotowego braku w pkt 7b i 13 specyfikacji funkcjonalności Zamawiający zarzucił ofercie niezgodność z treścią SIWZ, co mógłby uczynić np. po analizie przedmiotu oferty, tj. nazw licencjonowanego oprogramowania, wymienionego na str. 1 oferty...”

Wykonując wyrok KIO Zamawiający pismem z dnia 8.10.2008 r. wystąpił do POLCOM Sp. z o.o. i uzyskał odpowiedź z dnia 10.10.2008 r. o treści, iż wykonawca ten przesyła Zamawiającemu uzupełniony dokument wg orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 września 2008 r.

Zamawiający uzyskał więc wyjaśnienia dotyczące treści oferty, zgodnie z wyrokiem KIO i dokonał wyboru tej oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaś sprecyzował swoje stanowisko wyjaśniając, iż odwołanie w istocie dotyczy niezgodności wybranej oferty z treścią SIWZ i z tego powodu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj z następujących przyczyn:

- 1) oferowana biblioteka Quantum Scalara i2000 nie współpracuje z najnowszą trzecią wersją platformy systemowej HP-UX 11i (HP-UX 11i v3). Obsługiwane są tylko dwie

pierwsze wersje, co jest niezgodne z uwagi na odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego w zakresie treści SIWZ, pismem z dnia 3.07.2008 r. (pytanie i odpowiedź nr 3);

- 2) niemożność wykonania zamówienia bez udziału podwykonawców. Chodzi o aktualizację oprogramowania i wykonywanie 36 miesięcznej gwarancji serwisowej. Odwołujący podnosi, że podwykonawców należało wskazać w ofercie, natomiast w wybranej ofercie wykonawca nie wskazał podwykonawców. Z oferty wynika, że wykonawca wykona sam te czynności, co jest jednak niemożliwe z uwagi na zakres praw autorskich, którymi objęte jest oprogramowanie.

W związku z powyższym, Zamawiający przedstawił protest wniesiony przez POLCOM Sp. z o.o. z dnia 11.08.2008 r. oraz przystąpienie Odwołującego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tegoż protestu z dnia 14.08.2008 r., z treści którego wynika, że Odwołujący posiadał informacje w zakresie braków w ofercie POLCOM sp. z o.o., tj. pkt 7 b, pkt 13 oraz pkt 3 dotyczącego wskazania podwykonawców.

Okazane dokumenty świadczą zdaniem Zamawiającego o fakcie, iż Odwołujący zgłaszał zarzut dotyczący braku wskazania podwykonawstwa w wybranej ofercie już na etapie rozpoznawania pierwszego protestu, którego ostateczne rozstrzygnięcie dokonane zostało wyrokiem KIO z dnia 22 września 2008 r.

Odwołujący jednoznacznie oświadczył, że zakres objęty dwoma zarzutami wyżej wskazanymi, jako zarzutami aktualnego odwołania, był zawarty już w pierwotnej treści wybranej oferty POLCOM Sp. z o.o.

Zamawiający oświadczył zaś, że w zakresie sprecyzowanych przez Odwołującego dwóch zarzutów, nie dokonywał żadnych nowych czynności ani ustaleń, wykonując zalecenia wynikające z wyroku wydanego przez KIO.

KIO zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, wnosząc odwołanie, gdyż jego oferta początkowo wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu, po ponownej ocenie ofert została sklasyfikowana na drugiej pozycji, bezpośrednio po wybranej ofercie. Z powyższego wynika, że w przypadku uwzględnienia odwołania i odrzucenia wybranej oferty, Odwołujący miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie KIO, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i pkt 6 Pzp, jako odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego z uchybieniem terminów określonych w ustawie oraz, jako odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp, dotyczące czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Z ustaleń dokonanych podczas posiedzenia niejawnego jednoznacznie wynika, że informacje, które stanowią treść dwóch zarzutów Odwołującego, a dotyczące treści wybranej oferty, tj. niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie braku współpracy oferowanej biblioteki z najnowszą, trzecią wersją platformy systemowej oraz braku wskazania podwykonawców w wybranej ofercie, były zamieszczone w ofercie w wersji, w jakiej ta oferta została złożona w dniu składania i otwarcia ofert. Słusznie Zamawiający podniósł, że treść oferty, jako treść jawna od czasu otwarcia ofert, objęta była obowiązkiem Zamawiającego udostępnienia jej na każde żądanie wykonawcy. Odwołujący nie zwracał się z wnioskiem o udostępnienie mu oferty wybranej. Szczególnie po doręczeniu wykonawcom zawiadomienia o pierwotnym wyborze najkorzystniejszej oferty, wykluczeniu wykonawców z postępowania i odrzuceniu ofert, punktacja ofert, jak również sytuacja wykonawców wykluczonych i odrzuconych ofert była znana wszystkim wykonawcom. Po pierwotnym odrzuceniu oferty POLCOM Sp. z o.o. wykonawca ten wniósł protest i do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił obecny Odwołujący, który w swoim piśmie z dnia 14.08.2008 r. podał, iż znana mu była kwestia braku zarówno pkt 7b, pkt 13, jak i braku wskazania podwykonawców.

Zagadnienia te, zgodnie z oświadczeniem Przystępującego i potwierdzeniem Zamawiającego i, w zasadzie także Odwołującego, były przedmiotem oceny KIO w dniu 22.09.2008 r.

Zatem, Odwołujący mógł poznać treść oferty POLCOM Sp. z o.o. już od dnia otwarcia ofert, a z pewnością uzyskał informację o odrzuceniu tej oferty, która zawierała najniższą cenę stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert, z dniem doręczenia mu pierwotnego zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania.

KIO w wyroku z dnia 22.09.2008 r. zobowiązała Zamawiającego do oceny ofert z uwzględnieniem oferty POLCOM Sp. z o.o. i wskazała czynność do powtórzenia, a mianowicie uprzednie wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w przedmiocie specyfikacji funkcjonalności. Z uzasadnienia wyroku jednoznacznie wynika, że Zamawiający stwierdził, iż nie zarzucił ofercie POLCOM Sp. z o.o. niezgodności jej treści z treścią SIWZ w innym zakresie, niż omawiany podczas rozprawy w

dniu 22.09.2008 r. W szczególności w pierwszym zdaniu zawartym na str. 13 uzasadnienia KIO stwierdziła, że wobec zaoferowania produktów na str.1 oferty, ujęcie lub nie ujęcie pewnych cech w ich opisie, nie wpływa na obiektywne istnienie tych cech, zwłaszcza, że nie zachodzi zmiana treści oferty. W uzasadnieniu KIO dokonała porównania oferty POLCOM Sp. z o.o. z ofertą Odwołującego „OPTeam” Sp. z o.o. i stwierdziła, że są to te same produkty, pomijając zastrzeżenie wersji programu, która w żadnej z ofert nie została wymieniona.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uwzględnił fakt, iż zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zatem, treść oferty, której niezgodność z treścią SIWZ wskazuje Odwołujący, była jawna, jak wyżej wskazano, już od czasu otwarcia ofert, a w szczególności od czasu doręczenia zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, wniesienia protestu przez POLCOM Sp. z o.o. i przystąpienia przez obecnego Odwołującego do tegoż postępowania, tj. od poszczególnych dni, w których te czynności dokonano.

Protest wniesiony w dniu 23.10.2008 r., poprzedzający rozpoznawane odwołanie, został wniesiony z przekroczeniem terminu określonego w art. 180 ust. 2 Pzp, tj. po upływie 7 dni od dnia powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Ponadto, w ocenie KIO, podczas posiedzenia jednoznacznie ustalono, że Zamawiający dokonując oceny oferty POLCOM Sp. z o.o. po uprzednim wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w świetle wyroku KIO z 22.09.2008 r., nie miał innego wyboru niż wybranie tej oferty, jako najkorzystniejszej ze względu na najniższą cenę.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy Pzp i orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, nie uwzględniając wniosku pełnomocnika Zamawiającego o przyznanie mu wynagrodzenia, ponieważ złożony rachunek nr 1/11/08 z dnia 24.11.2008 r. jest w istocie dokumentem, w którym określono zleceniodawcę, zleceniobiorcę, przedmiot świadczenia i kwotę brutto 3 600 zł. W ocenie KIO, nie można tego dokumentu uznać jako rachunku, o którym stanowi § 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*