

Sygn. akt KIO/UZP 187 /09

WYROK
z dnia 12 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Luiza Łamejko
Ewa Jankowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Stowarzyszenie B-4 Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich ul. Tamka 3, 00-349 Warszawa** protestu z dnia **26 stycznia 2009 r.**

przy udziale **Konsorcjum: WYG International ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa, Sygnity SA Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, PSDB Sp. z o.o. ul. Sienna 75 00-832 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: ComArch S.A., Stowarzyszenie B-4 Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Stowarzyszenie B-4 Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Stowarzyszenie B-4 Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** na rzecz **Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich ul. Tamka 3, 00-349 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ComArch S.A., Stowarzyszenie B-4 Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków.**

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

Zamawiający - Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich Państwowa - jednostka budżetowa podległa Ministrowi Pracy i Polityki Społecznej w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Zaprojektowanie i stworzenie bazy danych na temat projektów realizowanych w ramach Działania 1,1 oraz Działania 1.5 i 1.6 Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich 2004-2006". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 204 – 271387 w dniu 21 października 2008 r.

W dniu 16 stycznia 2009 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum firm: WYG International Sp. z o.o., Sygnity S.A., PSDB Sp. z o.o.

(zwane dalej Konsorcjum WYG) oraz wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: ComArch S.A. i Stowarzyszenie B-4 (zwane dalej Konsorcjum ComArch). Wykluczony wykonawca wniósł protest dotyczący czynności:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum WYG,
2. wykluczenia Konsorcjum ComArch na podstawie przepisu 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,
3. prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

oraz zaniechania:

1. wykluczenia Konsorcjum firm: F5 Konsulting Sp. z o. o. oraz Talex S.A. (zwane dalej Konsorcjum F5 Konsulting) z uwagi na nieprawidłowe wadium, nie zabezpieczające możliwości zatrzymania wadium w sytuacjach określonych w ustawie Pzp,
2. wykluczenia Konsorcjum firm: Ecorys Polska Sp. z o.o. oraz S&T Services Polska Sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum Ecorys Polska), pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz pomimo, że złożył on w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
3. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum WYG, Konsorcjum firm: Betacom S.A. i CASE - Doradcy Sp. z o.o.(zwane dalej Konsorcjum Betacom), Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum firm: Wasko S.A., Kompania Dobrych Usług - Krzysztof Jaszczół (zwane dalej Konsorcjum Wasko), pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz - z ostrożności -zaniechania żądania uzupełnienia zaświadczenia potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego,

Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2008 r., Nr 171, poz. 1058) poprzez jego niewłaściwe zastosowanie;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wykluczenie Konsorcjum ComArch pomimo złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień zgodny z przepisami ustawy Pzp;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum F5 Konsulting z postępowania;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko;
5. z ostrożności - art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko do uzupełnienia certyfikatu jakości na usługi analizy i wyboru projektów oraz usługi promocji projektu;
6. art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Ecorys Polska z postępowania.

Konsorcjum ComArch wniosło w proteście o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum ComArch,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej Konsorcjum WYG,
3. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu,
4. wykluczenie Konsorcjum F5 Konsulting z postępowania,
5. wykluczenie Konsorcjum Ecorys Polska,
6. odrzucenie ofert: Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko,
7. z ostrożności - wezwanie wykonawców: Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko do uzupełnienia certyfikatu jakości,
8. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum ComArch jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu wykonawca podniósł następujące argumenty:

1. w zakresie wykluczenia Konsorcjum ComArch z postępowania:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania w przedmiotowym postępowaniu ma zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacją ustawy Pzp z dnia 4 września 2008 r. Uzupełniony przez Konsorcjum ComArch dokument potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień 9 grudnia 2008 r., który mieści się w terminie zakreślonym przez zamawiającego na uzupełnienie tego dokumentu, co jest zgodne z treścią przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dowolne stosowanie wobec wykonawców przepisów ustawy Pzp w ten sposób, że do protestującego zamawiający zastosował przepisy w brzmieniu znowelizowanym (w zakresie dokumentów, skutkiem czego niesłusznie go wykluczył), zaś w przypadku Konsorcjum Betacom zastosował przepisy w brzmieniu sprzed nowelizacji (w zakresie zabezpieczenia wadium).

2. w zakresie treści oferty Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko:

Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko. nie przedstawiły w ofercie wymaganego w pkt 7.2. SIWZ certyfikatu jakości na usługi analizy i wyboru projektów oraz usługi promocji projektu (czyli na usługi określone w pkt. 3.2.5 i 3.2.6 SIWZ). Zgodnie z pkt. 7.2 SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał złożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi. Oznacza to, że zaoferowany przez tych wykonawców przedmiot zamówienia (ww. usługi) nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji. W tej sytuacji zamawiający jest zobowiązany do żądania uzupełnienia wymaganych dokumentów czego zamawiający zaniechał.

3. w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Ecorys Polska:

Wykonawca nie spełnia warunku określonego w pkt. 6.1.2.a SIWZ tj. nie legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu trzech usług polegających na analizie, projektowaniu, implementacji, wdrażaniu oraz utrzymaniu w sprawności narzędzia informatycznego, które wykorzystuje relacyjną bazę danych zdobytą w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Projekt IPE-PN został zakończony w 2004 r., co wynika z Raportu Ministerstwa Nauki i Informatyzacji z przeglądu publicznych systemów teleinformatycznych w poszczególnych resortach administracji rządowej (opublikowanego w październiku 2004 r.) Projekt pWID został zakończony w 2003 r., a następnie (w późniejszych latach) były świadczone jedynie usługi utrzymaniowe oraz związane z rozbudową (zgodnie z raportem rocznym Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty za rok 2003). Obydwa raporty są dostępne na stronach internetowych w/w instytucji. W tej sytuacji Konsorcjum nie spełnia warunku zrealizowania minimum trzech usług polegających na analizie, projektowaniu, implementacji, wdrażaniu oraz utrzymaniu w sprawności narzędzia informatycznego, które wykorzystuje relacyjną bazę danych o wartości co najmniej 200 000 zł brutto każda, należycie zrealizowanych (w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania).

Ponieważ wykonawca złożył w tym zakresie informacje nieprawdziwe, które miały wpływ na wynik postępowania, dokumenty i oświadczenia nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zachodzi zatem podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp).

4. w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum F5 Konsulting:

Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na fakt, iż gwarancja ubezpieczeniowa wniesiona tytułem wadium, wystawiona przez Sopockie

Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z dnia 27.11.2008 r., nie pozwala zamawiającemu na zatrzymanie wadium. Treść gwarancji określająca zobowiązanie gwaranta nie zawiera wymienionych wszystkich podstaw ustawowych, legitymujących zamawiającego do zatrzymania wadium. Wadium takie nie może być uznane za prawidłowe. W konsekwencji oferta w/w wykonawcy nie jest zabezpieczona wadium.

Rozstrzygając protest zamawiający uwzględnił zarzuty dotyczące wykluczenia Konsorcjum ComArch z postępowania i w konsekwencji prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz oddalił protest w pozostałej części. Zamawiający unieważnił czynność wykluczenia Konsorcjum ComArch i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum F5 Konsulting zamawiający wyjaśnił, że w siwz i ogłoszeniu w pkt. 5 -Warunki prowadzenia postępowania - ust.1 zawarł zapis "Jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2007r.Nr 223,poz. 1655 - dalej ustawy) oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późno zm.)." Z treści tego zapisu wynika zdaniem zamawiającego, że przepisy zawarte w art. 45 Pzp - m. in. dotyczące form wniesienia wadium i art. 46 Pzp - m. in. dotyczące zatrzymania wadium, mają zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem zamawiającego, zapis zawarty w Gwarancji Ubezpieczeniowej Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., że Gwarant podejmuje się „bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego, pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w SIWZ" odnosi się do pkt. 5 siwz, czyli również do art. 46 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko zamawiający wskazał, że w siwz i ogłoszeniu w pkt. 7.2 zawarł zapis "W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi." Ponadto w wyjaśnieniach treści siwz zamieszczonych na stronie internetowej w dniu 18.11.2008 r. poinformował wykonawców, iż „przyjmuje, że certyfikat wydany dla systemu zarządzania jakością oznacza, że firma działa zgodnie z zapisanymi i udokumentowanymi procedurami. W szczególności certyfikat

może dotyczyć zgodności systemu zarządzania jakością (SZJ) w firmie z normami serii ISO 9000. Jednocześnie Zamawiający zaznacza, że w jego rozumieniu z certyfikatem SZJ nie jest równoważny certyfikat dla produktu. Zamawiający wyraża pogląd, że certyfikat SZJ powinien być wystawiony przez jednostkę posiadającą akredytację jednostki upoważnionej do akredytacji jednostek certyfikujących, kontrolujących, laboratoriów i wzorcujących oraz innych podmiotów prowadzących oceny zgodności i weryfikacje na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r." W wyjaśnieniach z dnia 14.11.2008 r. zamawiający wskazał, że „stoi na stanowisku, iż konsorcjum to organizacja zrzeszająca kilka podmiotów gospodarczych na określony czas, którego celem jest najczęściej wspólne działanie w realizacji konkretnego przedsięwzięcia gospodarczego. W związku z tym Zamawiający uznaje, iż Wykonawca występujący jako konsorcjum firm, którego jeden z partnerów ubiegających się o zamówienie przedstawi stosowne zaświadczenia, o których mowa w pkt. 7.2 SIWZ, będzie spełniał to kryterium związane z „poświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi". Zamawiający podał, że wymaganie dotyczące zaświadczenia sformułował zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zmianami) - odpowiednio do treści § 3 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia.

Stosownie do ww. wymagania, Konsorcjum WYG przedstawiło certyfikat potwierdzający, iż jeden z członków Konsorcjum - firma Sygnity S.A. „działa w oparciu o System Zarządzania Jakością zgodny z wymaganiami ISO 9001 :2000". Konsorcjum Betacom przedstawiło certyfikat potwierdzający, iż Betacom S.A. spełnia wymagania normy PN-EN ISO 9001 :2001. Konsorcjum F5 Konsulting przedstawiło certyfikat potwierdzający, iż „system zarządzania funkcjonujący w Talex S.A. został oceniony jako spełniający wymagania normy ISO 9001:2000." Konsorcjum Wasko złożyło certyfikat potwierdzający, iż Wasko S.A. „stosuje system zarządzania zgodny z wymaganiami normy ISO 9001 :2000."

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum Ecorys Polska zamawiający podał, że w siwz i ogłoszeniu w pkt. 6.1.2.a.ii zawarł zapis "O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie (posiadają potwierdzenie referencjami) wykonali minimum trzy usługi polegające na analizie, projektowaniu, implementacji, wdrażaniu oraz utrzymaniu w sprawności narzędzia informatycznego, które wykorzystuje relacyjną bazę danych o wartości co najmniej 200.000 zł brutto każdy." Konsorcjum w złożonej ofercie przedstawiło stosowny wykaz wykonanych zamówień wraz z odpowiednimi referencjami, dotyczącymi m. in. realizacji projektu IPE-PN oraz realizacji projektu pWID. Z treści ww. dokumentów

wynika jednoznacznie, iż realizacja tych projektów polegała również na utrzymaniu odpowiednich systemów oraz zakończyła się dla projektu IPE-PN w dniu 31.12.2006 r., a dla projektu pWID w dniu 15.03.2006 r., co spełnia wymagania określone w siwz.

Od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum ComArch wniosło odwołanie. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty oddalone przez zamawiającego, dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum F5 Konsulting i Konsorcjum Ecorys Polska, zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko oraz - z ostrożności - zaniechania żądania od ww. wykonawców uzupełnienia zaświadczenia potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego. Odwołujący wniósł o nakazanie:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum WYG;
2. dokonania ponownej oceny ofert,
3. wykluczenia Konsorcjum F5 Konsulting i Konsorcjum Ecorys Polska z postępowania;
4. odrzucenia ofert: Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko;
5. z ostrożności - wezwania wykonawców: Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko do uzupełnienia certyfikatu jakości;
6. wyboru oferty Konsorcjum ComArch jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art.24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp i art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. W uzasadnieniu odwołujący podtrzymał zarzuty protestu, oddalone przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, wraz z argumentacją zawartą w proteście.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, odwołujący podkreślił w uzasadnieniu odwołania, iż w przypadku udzielenia gwarancji gwaranta wiąże jedynie treść gwarancji (będącej umową), nie wiążą go w żaden sposób przepisy ustawy Pzp, które do jego działalności, jak też i czynności wystawienia gwarancji w ogóle nie mają zastosowania. Dokument stanowiący wadium nie odpowiada przepisom ustawy Pzp. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że nie poddawał w wątpliwość akredytacji jednostek wydających certyfikaty, ani że przedłożenie certyfikatu jakości przez jednego z uczestników konsorcjum potwierdza spełnianie wymogów działania w oparciu o System Zarządzania Jakością zgodny z wymaganiami ISO 9001:2000 dla całego konsorcjum. Odwołujący wskazał, że zakres usług objęty certyfikatami (katalog zamknięty) złożonymi w ofertach ww. wykonawców, nie obejmuje wszystkich usług oferowanych tj. analizy i wyboru najlepszych projektów w ramach SPO RZL oraz promocji projektów, a wobec tego nie potwierdzają spełniania wymagania zamawiającego.

Konsorcjum WYG, będące uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uznając, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba uznała, że zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum F5 Konsulting z uwagi na złożenie gwarancji ubezpieczeniowej o treści uniemożliwiającej zatrzymanie wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Złożona przez wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona przez Sopotckie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z dnia 27 listopada 2008 r. (strona 340 oferty) zawiera w treści m.in. określenie zleceniodawcy, postępowania, którego dotyczy poprzez wskazanie nazwy postępowania i instytucji zamawiającego oraz określenie kwoty, którą „Gwarant zobowiązuje się wypłacić zamawiającemu”. Treść gwarancji obejmuje także zobowiązanie Gwaranta do wypłacenia zamawiającemu bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty do wysokości określonej w gwarancji po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna „w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w siwz”. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie wymienił przesłanek zatrzymania wadium określonych w przepisie art. 46 Pzp. W pkt 5 siwz zamawiający zawarł zapis o treści „Jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 -dalej ustawy) oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).”

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje.

Istotą gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium jest zobowiązanie zakładu ubezpieczeń do zapłaty wadium w sytuacji, gdy firma, która wygra przetarg, odmówi podpisania kontraktu lub gdy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie dojdzie do podpisania kontraktu. Ma ona charakter zobowiązania w znacznym stopniu abstrakcyjnego, co związane jest z tym, że gwarant w zasadzie nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji, chociaż kontrakt, na mocy którego wymagana jest gwarancja, jest jednym z elementów wymaganych do zawarcia umowy o udzielenie gwarancji.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu w orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2006 r. (I A Ca 761/05) wskazał, że gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych.

Podobnie, jak w przypadku gwarancji bankowej, gwarancja ubezpieczeniowa stanowi zobowiązanie do świadczenia pieniężnego przez gwaranta po spełnieniu przez beneficjenta określonych warunków zapłaty. Gwarancja jest bezwarunkowa, gdy wypłata uzależniona jest od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, iż osoba, za którą bank udzielił gwarancji, nie wywiązała się z zobowiązań wobec beneficjenta.

Przepis art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wskazania w siwz wymagań dotyczących wadium. Zastosowanie ww. przepisu jest bezwzględne w przypadku zamówień udzielanych w trybie ustawy Pzp, zatem nie ma w istocie znaczenia czy ww. norma prawna została zacytowana w specyfikacji czy też nie. Z treści zapisu zawartego w pkt 5 siwz wynika w sposób bezsporny, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy Kodeks cywilny jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej.

Treść gwarancji wadium złożonej przez wykonawcę wskazuje, iż zabezpiecza ona rezultat w postaci zapłaty kwoty 45 tysięcy złotych w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego w swoim żądaniu, iż kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w siwz. Zobowiązanie Gwaranta jest bezwarunkowe i nieodwołalne, a zamawiający nie ma obowiązku uzasadniania żądania. Roszczenie z przedmiotowej gwarancji płatne jest więc na wezwanie do zapłaty spełniające wymogi formalne, określone w treści gwarancji. Skoro w przypadku przedmiotowego zamówienia publicznego obowiązują przepisy ustawy Pzp, w tym art. 46, niezależnie od przeniesienia jego treści do siwz, to spełnieniem wymogu formalnego dotyczącego wskazania przesłanki zatrzymania wadium, określonej w siwz jest wskazanie przesłanki zawartej w tym przepisie. Wynika to z ustalonej przez Gwaranta treści

gwarancji, który odniósł wymóg formalny do treści siwz, a zatem w konsekwencji także do przepisów ustawy Pzp. Należy przy tym zauważyć, że treść przedmiotowej gwarancji nie ogranicza w jakimkolwiek stopniu zakresu przesłanek zatrzymania wadium (zakresu zdarzeń), które upoważniają zamawiającego do żądania zapłaty, a zatem przepis ustawy Pzp ma zastosowanie w pełnej treści. Wobec powyższego Izba uznała, że gwarancja złożona przez wykonawcę jest prawidłowa.

Za niezasadny należało uznać zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Ecorys Polska z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z treścią pkt. 6.1.2.a.ii siwz o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali „minimum trzy usługi polegające na analizie, projektowaniu, implementacji, wdrażaniu oraz utrzymaniu w sprawności narzędzia informatycznego, które wykorzystuje relacyjną bazę danych o wartości co najmniej 200 000,00 zł brutto każdy”. Konsorcjum Ecorys Polska na potwierdzenie spełniania tego warunku wskazało w wykazie m.in. realizację projektu IPE-PN oraz projektu pWID (7 i 8 pozycja wykazu – str. 57 i 58 oferty) wraz z referencjami.

Odnosnie projektu IPE-PN wskazano datę zakończenia realizacji projektu na dzień 31.12.2006 r. Datę tę potwierdza list referencyjny z dnia 04.10.2007r. wystawiony przez Ministerstwo Finansów. Z treści Raportu Ministerstwa Nauki i Informatyzacji z przeglądu publicznych systemów teleinformatycznych w poszczególnych resortach administracji rządowej, przedłożonego przez odwołującego wynika, że wdrożenie projektu IPE-PN zostało zakończone w marcu 2004 r., natomiast po tej dacie nastąpił etap VII projektu (str. 27 raportu), co nie jest sprzeczne z treścią listu referencyjnego.

Odnosnie projektu pWID – wskazano, iż jego wdrożenie zostało zakończone 15.03.2006 r. List referencyjny z dnia 9 grudnia 2008 r. wystawiony przez Urząd Komunikacji Elektronicznej nie zawiera potwierdzenia dat realizacji projektu, w tym okresu wdrażania i utrzymania projektu. Z raportu Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty za rok 2003 wynika wprost, że odebranie tego projektu nastąpiło w 2003 r. i w tym czasie rozpoczęto proces wdrażania systemu (str. 43 raportu). Powyższe informacje nie są sprzeczne. Skoro w latach 2004, 2005 i 2006 świadczona była usługa wdrażania i utrzymania systemu, czemu nie przeczył odwołujący, to prawdziwe jest twierdzenie, że cała usługa obejmująca analizę, projektowanie, implementację, wdrażanie i utrzymanie projektu pWID została zakończona

w 2006 r., a zatem w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Izba uznała, że brak jest podstaw do rozdzielenia zrealizowanej usługi (obejmującej jeden projekt) na część usługi obejmującą analizę, projektowanie, implementację i wdrażanie projektu, od pozostałej części, polegającej na utrzymaniu systemu, skoro wymaganie zamawiającego dotyczy usługi obejmującej wszystkie powyższe elementy. Natomiast podstawą do oceny terminu realizacji wykazanej usługi, pod względem wypełnienia ram czasowych określonych w warunku, jest data zakończenia realizacji usługi czy też zamówienia - w całym zakresie. W tych okolicznościach należało uznać, że Konsorcjum Ecorys Polska spełnia warunek dotyczący doświadczenia i jednocześnie brak jest podstaw do stwierdzenia, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w tym zakresie.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum WYG, Konsorcjum Betacom, Konsorcjum F5 Konsulting, Konsorcjum Wasko, którzy nie przedstawili w ofertach wymaganego w pkt. 7.2. siwz certyfikatu jakości na wszystkie oferowane przez nich usługi. W konsekwencji bezpodstawny okazał się zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania tych wykonawców do uzupełnienia certyfikatu jakości.

Zgodnie z pkt. 7.2 siwz „W celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczeniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi”.

Konsorcjum WYG przedstawiło w ofercie Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością wg ISO 9001:2000 dla firmy Sygnity S.A. obejmujący zakres: „Dostarczanie i integracja sieci komputerowych z powiązаныmi produktami, łącznie ze sprzedażą, projektowaniem, rozwojem, dostawą, instalacją i obsługą. Projektowanie, kastomiazacja, wdrożenie i utrzymanie systemów informatycznych (w tym własnego oprogramowania), teleinformatycznych i automatyki oraz systemów Partnerów. Zarządzanie projektami w w/w zakresie.”

Konsorcjum Betacom przedstawiło w ofercie Certyfikat Systemu Zarządzania Jakością wg PN-EN ISO 9001:2001 dla firmy Betacom S.A. obejmujący: „projektowanie, produkcja i wdrażanie oprogramowania; realizacja projektów i usług informatycznych; serwis sprzętu i systemów informatycznych”.

Konsorcjum F5 Konsulting przedstawiło w ofercie Certyfikat SGS Systemu Zarządzania wg ISO 9001:2000 dla TALEX S.A. w zakresie: „projektowanie, produkcja, dostarczanie, integracja rozwiązań i technologii informatycznych, usługi serwisowe,

produkcja oprogramowania, kompleksowe zarządzanie zasobami IT klientów oraz realizacja masowych wdrożeń systemów informatycznych” oraz wg ISO 27001:2005 w zakresie: „zarządzanie danymi klienta, biznesowymi i pracowniczymi związanymi z projektowaniem, produkcją, dostarczaniem, integracją rozwiązań i technologii teleinformatycznych, usługami serwisowymi, produkcją oprogramowania, kompleksowym zarządzaniem zasobami IT klientów oraz realizacją masowych wdrożeń systemów informatycznych, zgodnie z Deklaracją Stosowalności z dnia 14 czerwca 2007”.

Konsorcjum Wasko przedstawiło Certyfikat TUV CERT Zarządzania Jakością wg ISO 9001:2000 dla firmy Wasko S.A. obejmujący następujący zakres: „Usługi w zakresie informatyki, teleinformatyki, serwisu systemów, przetwarzania danych, dostaw sprzętu; ekspertyzy, audyty i szkolenia; zarządzanie projektami, usługi data center i przetwarzania danych; dostawy i serwis sprzętu komputerowego i telekomunikacyjnego; obrót towarami w usługach informatycznych i teleinformatycznych; projektowanie i wytwarzanie oprogramowania; projektowanie, budowa, wdrażanie, integracja, utrzymanie i serwis systemów informatycznych i teleinformatycznych; projektowanie budowa, integracja, utrzymanie i serwis sieci komputerowych i telekomunikacyjnych; ekspertyzy i doradztwo z zakresu ochrony środowiska; audyty projektów finansowanych ze środków pomocowych; szkolenia w zakresie wytworzonych produktów oraz świadczonych usług; szkolenia współfinansowane ze środków UE dla Beneficjentów Ostatecznych funduszy strukturalnych”.

Odwołujący stwierdził, że katalog „oferowanych usług” w rozumieniu postanowienia 7.2 siwz został przez zamawiającego określony w pkt. 3. 2 siwz, zgodnie z którym są to: wykonanie prac inicjujących realizację zamówienia, przygotowanie założeń dla systemu, wykonanie oraz instalacja oprogramowania, napełnienie bazy danych, analiza i wybór najlepszych projektów w ramach SPD RZL, utrzymanie i rozwój systemu, promocja projektów. Izba nie zgodziła się z powyższym stanowiskiem odwołującego. Pkt 3.2 siwz nosi tytuł „Przedmiot zamówienia obejmuje następujące zadania i prace szczegółowe” i zawiera 7 powyżej wskazanych zadań wraz z określeniem prac szczegółowych w ramach tych zadań. W ocenie Izby zadania wskazane w pkt 3.2 nie mogą być utożsamiane z oferowanymi usługami, w odniesieniu do których zamawiający żąda złożenia zaświadczenia o zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi. Przedmiotem zamówienia jest „zaprojektowanie, wykonanie i rozwój bazy danych ...” i do tego określenia należy odnosić pojęcie „oferowanych usług” użyte w pkt 7.2 siwz, choć niewątpliwie w ich skład wchodziłyby czynności charakterystyczne dla 18 pozycji kodów Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) – pkt 3.3 siwz. Interpretacja powyższego wymagania, przyjęta przez odwołującego, prowadziłaby do konieczności uzyskiwania przez wykonawców certyfikatów ISO na szczegółowe elementy usług, co, tak jak w przedmiotowym postępowaniu, mogłoby być niemożliwe do zrealizowania wówczas, gdy dotyczy zadania nowatorskiego – np. analizy

i wyboru najlepszych projektów w ramach SPD RZL, tj. usługi, która do tej pory nie była realizowana, jak wyjaśnił zamawiający w toku rozprawy. Nie sposób też uznać, że usługa, oznaczona w tak indywidualny sposób, jest objęta certyfikatem zawierającym klauzulę ogólną, odnoszącą postanowienia certyfikatu do zakresu działalności rejestrowej przedsiębiorstwa, co twierdził odwołujący w toku rozprawy. Biorąc pod uwagę ogólny zapis warunku, że certyfikat ma poświadczать zgodność działań wykonawcy z normami jakościowymi, a także wyjaśnienia zamawiającego z dnia 18 listopada 2009 r., że certyfikat wydany dla systemu zarządzania jakością oznacza, że „firma działa zgodnie z zapisanymi i udokumentowanymi procedurami” należało uznać, że warunek dotyczył posiadania przez wykonawcę stosownego certyfikatu w odniesieniu do prowadzonej działalności gospodarczej, co jednocześnie oznacza potwierdzenie spełniania przez oferowane usługi wymagań zamawiającego. Wobec powyższych ustaleń Izba uznała, że wymóg zawarty w pkt 7.2 siwz został spełniony przez wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, wobec nie potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.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 zamawiającego 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 2007r. 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 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:

.....

.....