

Sygn. akt: KIO/UZP 1776 /09

**WYROK**  
z dnia 29 stycznia 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska

**Członkowie:** Luiza Łamejko  
Agata Mikołajczyk

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Asseco Systems S.A. ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** protestu z dnia 9 listopada 2009 r.

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

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

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Asseco Systems S.A. ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Asseco Systems S.A. ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa,**
- 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 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Asseco Systems S.A. ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Ministerstwo Finansów Departament Finansów Resortu z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi serwisowe dla sprzętu sieci WAN oraz urządzeń sieciowych sieci SIMIK-NET. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 4 września 2009r. pod nr 2009/S 170-245667.

W dniu 2 listopada 2009 r. wykonawca Asseco Systems S.A. otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez S&T Services Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwana dalej „S&T”).

Odwołujący Asseco Systems S.A. wniósł protest na tę czynność zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty S&T. Odwołujący wniósł w proteście o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty S&T jako niezgodnej z treścią siwz, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że zgodnie z treścią punktu 8 rozdziału 4 siwz, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia w ofercie oświadczenia, że serwis produktów CISCO oraz SUN będzie świadczony przez podmiot posiadający adekwatne uprawnienia nadane przez producenta lub jego przedstawiciela do wykonywania serwisu na te linie produktowe". W dniu 30 września 2009 r. zamawiający dokonał wyjaśnienia tego zapisu udzielając odpowiedzi na pytanie wykonawcy. Zamawiający wskazał, że „Podmiot posiadający adekwatne uprawnienia do świadczenia serwisu produktów CISCO to podmiot posiadający status „Gold Partner" lub „Silver Partner" nadany przez producenta lub jego przedstawiciela na terenie Polski. Podmiot posiadający adekwatne uprawnienia do świadczenia serwisu produktów SUN powinien znajdować się na liście autoryzowanych partnerów Sun Microsystems z poziomem (Level) Service, (<http://pl.sun.com.aboutsun/contact/partners>).” Tym samym jasno i szczegółowo zamawiający określił wymagania dotyczące kwalifikacji wykonawcy, który może złożyć ofertę i który spełnia powyższe wymagania. Odwołujący podniósł, że S&T jest CISCO PREMIER Partnerem, co potwierdza oświadczenie złożone w ofercie. Nie jest natomiast Gold Partnerem ani Silver Partnerem, jak wymagał zamawiający. Odwołujący wyjaśnił, że CISCO rozróżnia certyfikację, ze względu na posiadaną wiedzę i jakość usług świadczonych przez jego partnerów. Certyfikat posiadany przez S&T jest najniższym z przyznawanych przez CISCO certyfikatów i nie spełnia wymagań siwz. Zgodnie z definicjami zawartymi na stronie internetowej CISCO ([www.cisco.com](http://www.cisco.com)), CISCO Premier Partner jest to partner „posiadający kompetencje w zakresie „integracji podstawowych technologii związanych z routowaniem i przełączaniem, bezprzewodowymi sieciami LAN oraz zabezpieczeniami.". Natomiast Gold Partner dysponuje „najobszerniejszą wiedzą z zakresu zaawansowanych technologii, posiadający w swojej ofercie usługi serwisowe CISCO Lifecycle Services, osiągający wysokie poziomy i jednocześnie sprawdzalne zadowolenia klientów", zaś Silver Partner dysponuje „najważniejszą wiedzą z zakresu zaawansowanych technologii CISCO, posiadający w swojej ofercie usługi serwisowe CISCO Lifecycle Services oraz osiągający wysoki poziom zadowolenia klientów". S&T nie spełnia wymagań specyfikacji, gdyż nie jest Gold Partnerem ani Silver Partnerem, stosownie do wymagań zamawiającego.

Zamawiający oddalił protest. Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty S&T Servises Polska Sp. z o.o. zamawiający wskazał, iż zgodnie z jego wiedzą uprawnienia

Premier Certified CISCO zapewnia świadczenie usług serwisowych na wymienione w rozdziale 1 ust. 1 siwz urządzenia firmy CISCO, co zostało potwierdzone przez producenta urządzeń firmę CISCO. Są to więc adekwatne uprawnienia do wykonywania serwisu na wskazane linie produktów. Zamawiający przyznał, że wprowadzając w dniu 30 września 2009r. udzielił wyjaśnień, że „Podmiot posiadający adekwatne uprawnienia do świadczenia serwisu produktów CISCO to podmiot posiadający status „Gold Partner” lub „Silver Partner”...” jednak w tej odpowiedzi wystąpił błąd pisarski w postaci pominięcia przed sformułowaniem „Gold Partner” słowa „np.”. Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, że w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 12 października 2009 r. dotyczące adekwatności statusu „Premier Partner”, wskazał, że spełnianie przez wykonawcę warunków określonych w rozdziale 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oceni po złożeniu ofert, co też uczynił.

Wykonawca Asseco Systems S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił w odwołaniu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5, art. 38 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia S&T Services Polska Spółka z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz modyfikację treści siwz po terminie składania ofert. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia S&T z postępowania i odrzucenia tej oferty, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania oraz niezgodnej z treścią siwz, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją zamawiającego. Zdaniem odwołującego z treści rozstrzygnięcia protestu wynika, że zamawiający dokonał modyfikacji treści specyfikacji po terminie składania ofert, wbrew art. 38 ust. 4 Pzp. Wskazał, że logiczna konstrukcja udzielonej odpowiedzi na pytanie wskazuje, że zamawiający nie popełnił żadnego błędu - z odpowiedzi wynika jednoznacznie, że zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy posiadają status „Gold Partner” lub „Silver Partner”. Podniósł, że zamawiający ma obowiązek oceniać oferty zgodnie z wymogami siwz, a nie ze swoimi intencjami. Ponadto, jest zobowiązany precyzyjnie i jednoznacznie określić wymagania, a wszelkie wątpliwości w tym zakresie należy interpretować na korzyść wykonawców. Wykonawcy powinni być oceniani w jednakowy i równy sposób. Skoro zamawiający nie dopuścił do postępowania wykonawców posiadających status Premier Certified Partner CISCO, to na obecnym etapie postępowania nie może zmieniać warunków postępowania. Odwołujący wskazał również, że istotą oczywistej omyłki pisarskiej jest jej oczywistość, co w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca, a ponadto, zamawiający posłużył się alternatywą, więc ewentualne użycie przed sformułowaniem „Gold Partner” słowa „np.” nie zmienia sensu zdania. Użycie słowa „np.” w opisie warunku udziału w postępowaniu byłoby niezgodne z ustawą Pzp, gdyż treść specyfikacji byłaby wówczas niejednoznaczna.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron 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. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się w toku postępowania, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia są usługi serwisowe, świadczone względem wyspecyfikowanego przez zamawiającego sprzętu sieci WAN oraz urządzeń sieciowych sieci SIMIK-NET.

W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.2.1 „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów podmiotowych” w pkt 6 zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców w ofercie „oświadczenia, że serwis produktów CISCO oraz SUN będzie świadczony przez podmiot posiadający adekwatne uprawnienia nadane przez producenta lub jego przedstawiciela do wykonywania serwisu na te linie produktowe.” Również w rozdziale II „Wymagania stawiane wykonawcom” zamawiający postanowił, że w przetargu może wziąć udział wykonawca, który m.in. (pkt 4 lit a i b) zapewni, że serwis produktów CISCO będzie świadczony przez podmiot posiadający adekwatne uprawnienia nadane przez producenta lub jego przedstawiciela do wykonywania ww. serwisu na tę listę produktową, serwis produktów SUN będzie świadczony przez podmiot posiadający adekwatne uprawnienia nadane przez producenta lub jego przedstawiciela do wykonywania ww. serwisu na tę linię produktową.” W rozdziale 4 pkt 8 siwz zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełniania tego warunku należy złożyć oświadczenie.

W dniu 30 września 2009 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców wskazując, że „Podmiot posiadający adekwatne uprawnienia do świadczenia serwisu produktów CISCO to podmiot posiadający status „Gold Partner” lub „Silver Partner” nadany przez producenta lub jego przedstawiciela na terenie Polski. Podmiot posiadający adekwatne uprawnienia do świadczenia serwisu produktów SUN powinien znajdować się na liście autoryzowanych partnerów Sun Microsystems z poziomem (Level) Service [...]”.

W ocenie Izby, powyższe wyjaśnienie nie może być uznane za wiążącą wykonawców modyfikację treści wymogu dotyczącego „adekwatności uprawnień do wykonywania serwisu” zawartego w ogłoszeniu i siwz. Przyjmując, że zamawiający w ramach udzielonej odpowiedzi

dokonał uszczegółowienia treści warunku dotyczącego „adekwatności”, konieczne byłoby uznanie, że tym samym zamawiający zawęził krąg wykonawców, zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Jak wyjaśnił zamawiający w toku rozprawy, status Premier Partner CISCO obejmuje wymagany przez zamawiającego poziom serwisu w stosunku do wyspecyfikowanych w siwz urządzeń. Fakt ten potwierdził także odwołujący. W świetle powyższego należałoby uznać, iż dokonane przez zamawiającego wyjaśnienia zaostrzają określony w ogłoszeniu i specyfikacji warunek, w sposób całkowicie nieuzasadniony potrzebami zamawiającego, ani specyfiką przedmiotu zamówienia. Odwołujący oparł podniesiony zarzut braku spełnienia wymagania przez wykonawcę S&T jedynie na formalnej niezgodności posiadanego przez wykonawcę poziomu certyfikacji CISCO z poziomem uprawnień określonym przez zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 30 września 2009 r., jako Gold Partner lub Silver Partner.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, że zmiana treści warunku, w szczególności ograniczająca konkurencję, poprzez zaostrzenie warunku, stanowi istotną modyfikację treści ogłoszenia i siwz, która wymaga dokonania zmiany treści ogłoszenia. Zamawiający nie dokonał takiej zmiany, wobec czego należy przyjąć, że omawiane wyjaśnienie z dnia 30 września 2009 r. może być traktowane jedynie posiłkowo, jako wskazanie w sposób wyłącznie przykładowy rodzajów uprawnień spełniających wymaganie co do „adekwatności” uprawnień w zakresie serwisu danych urządzeń. Za wiarygodne w świetle powyższego należało uznać wyjaśnienia zamawiającego, iż wskazanie poziomu certyfikacji „Gold Partner” lub „Silver Partner” nastąpiło jedynie w celu przykładowego objaśnienia jaki status partnera CISCO spełnia wymóg adekwatności uprawnień. Potwierdza to także treść kolejnych wyjaśnień przez zamawiającego treści siwz z dnia 12 października 2009 r., gdy na pytanie „Czy podmiot posiadający aktualne uprawnienia Premier Certified Partner CISCO na terenie Polski w ocenie Zamawiającego posiada adekwatne uprawnienia do świadczenia serwisu produktów CISCO w ramach przedmiotowego postępowania”, zamawiający wyjaśnił, że „Spełnienie przez Wykonawcę warunków określonych w Rozdziale 4 SIWZ Zamawiający oceni po złożeniu ofert”. Należy w szczególności zwrócić uwagę, iż zamawiający odniósł sposób oceny uprawnień Premier Certified Partner CISCO wprost do treści wymogu określonego w specyfikacji (i ogłoszeniu), a nie do wyjaśnień z dnia 30 września 2009 r. Istotne jest także wyjaśnienie przez zamawiającego w toku rozprawy, że ocena spełniania przez wykonawców omawianego wymogu była dokonywana poprzez faktyczne sprawdzenie czy wykonawca jest wpisany na listę partnerów CISCO i jaki status partnera posiada.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności, a także zważywszy, że wykonawca S&T posiada uprawnienia Premier Certified Partner CISCO, które obejmują świadczenie usług serwisowych w zakresie urządzeń i instalacji sieciowych wyspecyfikowanych przez

zamawiającego, co potwierdził sam odwołujący w toku rozprawy oraz producent urządzeń – firma CISCO w treści pisma z dnia 7 maja 2008r. złożonego przez zamawiającego, Izba uznała, że S&T Services Polska Spółka z o.o. spełnia wymóg specyfikacji w zakresie posiadania adekwatnych uprawnień do wykonywania serwisu na dane linie produktowe, stosownie do treści warunku określonego w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz. Wykonawca, zgodnie ze złożonym w ofercie oświadczeniem, zaoferował zatem usługę serwisu, która spełnia wymagania określone przez zamawiającego, a tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 Pzp. Zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 38 ust. 4 Pzp nie zostały zawarte w proteście, a zatem stosownie do dyspozycji przepisu art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie orzekała w tym zakresie.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, 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.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....