

WYROK

dnia 24 stycznia 2008 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Kinga Midzio

po rozpoznaniu na rozprawie* w dniu 24 stycznia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Konsorcjum: ComArch S.A z siedzibą w Krakowie, Ogólnopolską Fundację Edukacji Komputerowej, Talex S.A z siedzibą w Poznaniu i Optimus S.A z siedzibą w Warszawie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych – Centrala z siedzibą w Warszawie

protestu z dnia 13.12.2007 roku

orzeka:

- I. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne w trybie przetargu ograniczonego;
- II. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych – Centrala z siedzibą w Warszawie i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez Konsorcjum: ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, z siedzibą w Krakowie, Ogólnopolską Fundację Edukacji Komputerowej, Talex S.A z siedzibą w Poznaniu i Optimus S.A z siedzibą w Warszawie
 - 2) nakazać wpłatę kwoty 7.664 zł. (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote) przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych – Centrala w Warszawie na rzecz Konsorcjum: ComArch S.A z siedzibą w Krakowie, Ogólnopolską Fundację Edukacji Komputerowej, Talex S.A z siedzibą w Poznaniu i Optimus S.A z siedzibą w Warszawie tytułem kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego

3) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum: ComArch S.A z siedzibą w Krakowie, Ogólnopolską Fundację Edukacji Komputerowej, Talex S.A z siedzibą w Poznaniu i Optimus S.A z siedzibą w Warszawie

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych - Centrala w Warszawie na „zakup 5000sztuk stacji roboczych dla Centrali i Oddziałów ZUS – czwarta transza”, Wykonawca Konsorcjum firm: ComArch S.A, Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej, Talex S.A i Optimus S.A (dalej: Konsorcjum ComArch) w dniu 13.12.2007r. wniosło protest na czynność oceny wniosku ww. Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym dokonaną przez Zamawiającego. Czynności Zamawiającego zarzucił:

- naruszenie art. 51 ust. 1 i ust. 2 Pzp. poprzez zaniechanie zaproszenia protestującego Konsorcjum ComArch do złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne. Jednocześnie wniósł, o: ponowną ocenę wniosku Konsorcjum ComArch o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i zaproszenie protestującego do złożenia oferty.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), tj. w terminie 5-ciu dni od otrzymania od Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Informację Wykonawca Konsorcjum ComArch otrzymał w dniu 06.12.2007r.

W dniu 21.12.2007r. Zamawiający nie uwzględnił protestu uznając zarzuty Konsorcjum ComArch za nieuzasadnione. W treści uzasadnienia Zamawiający podniósł, że Wykonawca, pomimo wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentacji zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu zawartymi w Ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji III.2.3 :

- nie dostarczył brakującego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy w ilości 10.508 sztuk komputerów stacjonarnych z monitorami, na którą powoływał się w pozycji 17. Ponadto, w tej pozycji Konsorcjum ComArch wskazało termin zakończenia dostawy przypadający po dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

- nie dostarczył brakujących referencji od zamawiającego Ministerstwo Edukacji Narodowej na dostawę 23.948 sztuk komputerów stacjonarnych wraz z monitorami, w to miejsce załączył referencje od wykonawcy tej dostawy przedsiębiorstwa Wasko S.A. (pozycja 20)

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie uznał dostaw wskazanych w pozycjach 17 i 20 w łącznej ilości 34.456 sztuk komputerów i tym samym odjął tę ilość od liczby komputerów wskazanych we wniosku (161.923), co w konsekwencji skutkowało przyznaniem Konsorcjum ComArch 127.467 punktów i sklasyfikowało protestującego na miejscu 6.

Zamawiający wyjaśnił, że liczba punktów za wnioski przyznana została poszczególnym wykonawcom, zgodnie z procedurą określoną w Sekcji IV 1.2 Ogłoszenia o zamówieniu. Z uwagi na ograniczenie liczby wykonawców zaproszonych do składania ofert do 5, Konsorcjum ComArch jako sklasyfikowane na 6 miejscu zostało wykluczone.

Od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum ComArch złożyło odwołanie w dniu 27.12.2007r. Odwołanie zostało złożone zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu, wynikających z art. 184 ust. 2 Pzp.

Odwołujący zarzucił:

- naruszenie art. 51 ust. 1 i ust. 2 Pzp. poprzez zaniechanie zaproszenia Konsorcjum ComArch do złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, pomimo że spełniało warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu i powinno otrzymać ocenę spełnienia warunków.

Wniósł o:

1) ponowną ocenę wniosku Konsorcjum ComArch

2) nakazanie Zamawiającemu zaproszenia do udziału Odwołującego się w przetargu ograniczonym do złożenia oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że;

- odnośnie pozycji 17 wniosku termin zakończenia dostawy na datę 31.07.2007r. (czyli po wszczęciu postępowania o zamówienie publiczne w dniu 26.07.2007r.) został wskazany omyłkowo, ponieważ powinna być wskazana data 12.07.2007r. Powyższe wyjaśnił Zamawiającemu w piśmie z dnia 14.11.2007r., w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia.

- odnośnie pozycji 20 wniosku, zdaniem Odwołującego Zamawiający zobowiązany był uznać referencje wystawione przez Wasko S.A dla jednego konsorcjantów Optimus S.A., którego ten ostatni był podwykonawcą, a warunki z Ogłoszenia o zamówieniu nie precyzowały typu odbiorcy, tj. nie stanowiły, że referencje powinien wystawić zamawiający, a nie dostawca występujący w tej sytuacji w roli odbiorcy. Zdaniem Odwołującego, Wasko S.A jako odbiorca komputerów mogła wystawić odpowiedni list referencyjny, którego Zamawiający nie powinien kwestionować.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający winien uznać wszystkie wskazane przez Konsorcjum ComArch dostawy sprzętu komputerowego i przyznać za każdy z komputerów po 1 punkcie, co daje łącznie sumę 161.923 punkty i klasyfikuje Odwołującego w pierwszej piątce wykonawców zaproszonych do złożenia ofert.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w odwołaniu. Z tym, iż odnośnie pozycji 17 wniosku – w zakresie daty dostawy wskazał, że prawidłową datą zakończenia dostawy jest dzień 13.07.2007r. Na potwierdzenie tej okoliczności nie przedstawił dowodu. Nie wykazał referencji prawidłowo wykonanej dostawy w ilości 10.508 sztuk komputerów, na którą powołał się w pozycji 17 wniosku.

Odnośnie pozycji 20 wniosku podniósł w uzupełnieniu argumentacji zawartej w odwołaniu, że wyłącznie Wasko S.A mogła wystawić referencje na dostawę przez konsorcjanta Optimus S.A komputerów w ilości 23.948 sztuk, ponieważ umowa na dostawę zawarta była pomiędzy Wasko S.A a Optimus S.A. Ministerstwo Edukacji Narodowej nie było stroną łączącego te podmioty stosunku prawnego.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie, w jakim dotyczy zarzutu naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dyspozycji art. 51 ust. 1 i 2 Pzp. przy ocenie wniosku Odwołującego w poz. 20 tj. nie uwzględnienia referencji wystawionej dla członka Konsorcjum ComArch firmy Optimus S.A przez odbiorcę Wasko S.A na dostawę 23.948 sztuk komputerów, tym samym nie przyznania punktów za ww. komputery w wysokości 23.948 i sklasyfikowania Konsorcjum ComArch na miejscu 6.

Stosownie do zapisów Ogłoszenia o zamówienia na dostawy w pkt. III 2.3 Wykonawca ubiegający się o udział w przetargu zobowiązany jest do złożenia wraz z wnioskiem dokumentów:

- 1) zawierających wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania (...), dostaw na minimum 1000 sztuk (każda dostawa) komputerów stacjonarnych wraz z monitorami. Podać ich wartość, przedmiot (okres gwarancji), datę wykonania dostawy i odbiorców
- 2) potwierdzających, że dostawy wymienione w wykazie zostały należycie wykonane.

Definicję dostawy zawiera art. 2 ust. 2 Pzp, który stanowi, że przez dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw i innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy i leasingu. W świetle powyższego, dostawa jest realizowana na podstawie każdego stosunku umownego pomiędzy odbiorcą a dostawcą. Ustawa nie zawęża bowiem pojęcia dostawy do stosunku pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Odwołujące się Konsorcjum ComArch w załączonym do wniosku „Wykazie dostaw o podobnym charakterze” w pozycji 20 zawarło dostawę na 23.948 sztuk komputerów wraz z monitorami przez Optimus S.A na rzecz odbiorcy Wasko S.A i załączyło list referencyjny wystawiony przez Wasko S.A z dnia 27.08.2007r., w treści którego odbiorca Wasko S.A potwierdziło, że firma Optimus S.A wywiązała się z dostawy sprzętu komputerowego przeznaczonego do pracowni szkolnych w przetargu ogłoszonym przez MEN. Wasko S.A potwierdziło należyte wykonanie dostawy przez Optimus S.A. (dowód: list referencyjny l.dz. BZOWA/9927/08/2007, akta sprawy).

W świetle zapisów Ogłoszenia o zamówieniu, załączony do wykazu dokument w postaci listu referencyjnego wydane przez Wasko S.A potwierdza, że dostawa wyszczególniona w pozycji 20 wniosku została należycie wykonana. W omawianym stosunku prawnym w roli odbiorcy od spółki Optimus komputerów z monitorami występowała spółka Wasko, a nie Ministerstwo Edukacji Narodowej. Okoliczność, że docelowo sprzęt komputerowy spółka Wasko nabyła od spółki Optimus w celu wywiązania się z zamówienia prowadzonego przez MEN jest kwestią drugorzędą dla oceny prawidłowości wykonania dostawy przez Optimus S.A.

Wobec powyższego, nieuzasadnione było nieuwzględnienie przez Zamawiającego w punktacji ogólnej dostawy wymienionej przez Odwołującego w poz. 20 „Wykazu dostaw o podobnym charakterze”, z powodu nie uznania referencji. W tym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był uwzględnić przedmiotową dostawę i stosownie do procedury ustalonej w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. IV 1.2 przydzielić Odwołującemu stosowną liczbę punktów, która klasyfikowałaby ostatecznie wykonawcę w pierwszej piątce wykonawców zaproszonych do składania ofert.

Stosownie do dyspozycji art. 51 ust. 1 Pzp. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20.

Wobec uznania przez Izbę, że Zamawiający dopuścił się błędu w czynności oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu, czynność tę winien powtórzyć.

Wobec powyższego, na podstawie art. 191 ust. 2 pkt. 1 Pzp orzeczono jak w pkt. I wyroku.

Mając powyższe na uwadze, zbędne jest odnoszenie się do zarzutów podniesionych na okoliczność dostawy z pozycji 17 wykazu. Na marginesie podnieść należy, iż Odwołujący nie udowodnił okoliczności, że dostawa w ilości 10.508 sztuk została należycie wykonana, brak jest w dokumentacji jakichkolwiek referencji tej dostawy. Ponadto, nie zostało wykazane w jakiej dacie zakończono dostawę, tj. czy przed datą wszczęcia przedmiotowego postępowania

o zamówienie publiczne, skoro w odwołaniu Odwołujący wskazuje na dzień 12.07.2007r., a na rozprawie datę 13.07.2007r. Żadna z przywołanych dat nie została uprawdopodobniona.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do dyspozycji art. 191 ust. 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*