

Sygn. akt KIO/UZP 1774/09

WYROK
z dnia 23 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., 2. Consortia Sp. z o.o., 3. ACTION S.A., adres dla lidera konsorcjum: ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa** protestu z dnia 31 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: 1. INCOM S.A., 2. ITSUMI S.A., 3. Integrit Sp. z o.o., adres dla lidera konsorcjum: ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: 1. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., 2. Consortia Sp. z o.o., 3. ACTION S.A., adres dla lidera konsorcjum: ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero)

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: 1. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., 2. Consortia Sp. z o.o., 3. ACTION S.A.**, adres dla lidera konsorcjum: **ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: 1. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., 2. Consortia Sp. z o.o., 3. ACTION S.A.**, adres dla lidera konsorcjum: **ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków** na rzecz **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~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 **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: 1. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., 2. Consortia Sp. z o.o., 3. ACTION S.A.**, adres dla lidera konsorcjum: **ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 19 marca 2009 r. pod nr 2009/S 54 -078051i dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest: "zakup 5000 sztuk stacji roboczych (uzupełnienie potrzeb oraz wymiana zużytego sprzętu)", znak sprawy TZI370/15/09.

Odwołującym jest Konsorcjum wykonawców:

1. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe "Koncept" Sp. z o.o. ul. Raławicka 56; 30-017 Kraków;
2. Consortia Sp. z o.o. ul. Jagiellońska 74;03-301Warszawa;
3. Action S.A.ul. Jana Kazimierza 46/54; 01-248 Warszawa

reprezentowane przez pełnomocnika Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe "Koncept" Sp. z o.o. ul. Raławicka 56; 30-017 Kraków zwane dalej również "Konsorcjum BIW Koncept"

Zamawiającym jest: Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5; 01-748 Warszawa zwany dalej "Zamawiającym".

Przystępującym jest konsorcjum wykonawców:

1. INCOM S.A. we Wrocławiu;
2. ITSUMI S.A. we Wrocławiu;
3. Integrit sp. z o.o. we Wrocławiu.

adres dla lidera konsorcjum: ul. Mokronoska 6, 52-407 Wrocław zwane dalej "Konsorcjum INCOM" lub „Wykonawca wybrany”.

W dniu 20 listopada 2009r. wniesiono odwołanie, podtrzymując wszystkie zarzuty i żądania zawarte w proteście oraz nie zgadzając się z argumentacją Zamawiającego zawartą w rozstrzygnięciu protestu.

Dnia 31 października 2009 r. stosownie do postanowień art. 179 i 180 ustawy złożono protest.

W proteście podniesiono następujące zarzuty.

Zamawiający zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy jak też odrzucenia złożonej oferty, czym naruszył postanowienia art. 7 ust. 1 ustawy w następujący sposób:

1. art. 7 ust. 1 w zakresie prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy -"Konsorcjum Incom S.A." -z postępowania wobec:
 - 1) nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków odnoszących się do przedmiotu zamówienia jak również złożenia dokumentów zawierających błędy;
 - 2) nie wniesienia wadium do złożonej oferty z dnia 14 września 2009 r.

ad. 1

1.1 „Konsorcjum Incom S.A." zostało wezwane przez Zamawiającego, pismem z datą 29.09.2009 r. znak 903200/370/1N-770/09, do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Zobowiązanie dotyczyło:

- a) deklaracji zgodności CE dla urządzenia Adax Alfa VBP545;
- b) certyfikatu ISO 13406-2 dla monitora 919Vwa;

- c) tłumaczenia certyfikatu TCO 03 dotyczącego zaoferowanego monitora.

1.2 Przy piśmie z datą 02.10.2009 r., wniesionym do Zamawiającego w dniu 05.10.2009r. "Konsorcjum Incom S.A." złożono:

- a) deklarację zgodności CE dla modelu VBP 545;
- b) wyjaśnienie dotyczące certyfikatu ISO 13406-2 dla monitora 919Vwa wraz z uzupełnionym tłumaczeniem tego certyfikatu;
- c) tłumaczenie certyfikatu TCO 03 wraz z wyjaśnieniem dotyczącym braku oświadczenia wykonawcy o sporządzeniu danego tłumaczenia.

1.3 Zamawiający pismem z datą 12.10.2009 r. znak 903200/370/IN-830/09 zwrócił się po raz kolejny do "Konsorcjum Incom S.A." z wezwaniem o uzupełnienie dokumentów mających potwierdzić spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Wezwanie dotyczyło tego samego dokumentu, o który Zamawiający występował już pismem z datą 29.09.2009 r. tj. certyfikatu ISO 13406-2 dla monitora 919Vwa i tłumaczeń.

1.4 "Konsorcjum Incom S.A." przy piśmie z data 14.10.2009 r. przekazało Zamawiającemu cyt.: "pełne tłumaczenie certyfikatu zamieszczonego w ofercie... " Jednocześnie złożono kolejne wyjaśnienie potwierdzające, iż uprzednio [przyp. Protestującego -pismo Konsorcjum Incom SA" z datą 02.10.2009 r.] zawarto omyłkowe informacje -błędne daty, nieprawidłowo przypisany numer pozycji czy też objęcie tłumaczeniem nieistniejącego tekstu (Kategoria emisji: A).

Z przedstawionego w pkt. 1.1 -1.4 "przebiegu" korespondencji pomiędzy Zamawiającym a "Konsorcjum Incom S.A." wynika w sposób bezsporny fakt dwukrotnego uzupełniania dokumentów, wskazanych przez Zamawiającego w pierwszym wezwaniu. Takie działanie Zamawiającego narusza w sposób oczywisty postanowienia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp.

Nie wywiązanie się przez "Konsorcjum Incom S.A." z nałożonego na nie przez Zamawiającego pismem z data 29.09.2009 r. zobowiązania uzupełnienia dokumentów do dnia 06.10.2009 r. powoduje konieczność zastosowania przez Zamawiającego postanowień art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp albowiem dokumenty mające potwierdzić spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego nie zostały uzupełnione co oznacza, iż nie zostały złożone.

Z ostrożności procesowej "Konsorcjum BIW Koncept" podnosi także następujące zarzuty, dodatkowo potwierdzające naruszenie postanowień art. 26ust. 3 i 4 oraz 24 ust. 2 pkt 3 do których należą:

1. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnienia "Konsorcjum Incom S.A." z datą 02.10.2009 r. w zakresie monitorów OC potwierdzone cyt.: "przesyłamy oficjalne stanowisko w tej sprawie producenta monitorów noc International (Europe) GmbH - przedstawicielstwo w Polsce" . Protestujący wskazuje, iż "Oficjalne stanowisko" zostało sporządzone przez P. Bartłomieja Michalskiego Sales Manager i wobec braku uprawnień tej osoby do prawnej reprezentacji producenta monitorów, może być wyłącznie uznane jako oświadczenie wiedzy P. Bartłomieja Michalskiego;
2. Wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących oferowanych urządzeń w sytuacji, gdy "Konsorcjum Incom S.A." takie dokumenty złożyło w ofercie. Fakt, iż załączone do oferty dokumenty i oświadczenia nie potwierdzały w sposób bezsporny, iż oferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego, może budzić wątpliwość w zakresie zasadności i prawa do uzupełnienia oferty o dokument -np. ściśle określony certyfikat -który to certyfikat został włączony do oferty, lecz jego treść nie potwierdza spełniania warunków Zamawiającego. Nie można w takim przypadku, zdaniem Protestującego podnosić, iż dany dokument zawiera błąd, do którego to przypadku ma zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.;
3. Przedstawienie przez "Konsorcjum Incom S.A." Zamawiającemu dokumentów nazwanych "Deklaracja zgodności" dotyczących komputerów ADAX.A ALFA oraz ADAX ALFA VBP545, z treści których jednoznacznie wynika, iż nie posiadają one, wymaganego prawem unijnym oznaczenia CE o czym stanowi również rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego. Ponadto w obu dokumentach przy powołaniu się na różne dyrektywy (jeden z lat 1973 i 1989 a drugi z lat 2004 i 2006) -stwierdzono, iż do oceny zostały zastosowane te same normy. Takie informacje są sprzeczne między innymi z postanowieniami obu dyrektyw wymienionych w deklaracji nr 90341.

Ad. 2.

Protestujący wskazuje na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 polegające na zaniechaniu Zamawiającego wykluczenia "Konsorcjum Incom S.A." z postępowania wobec bezspornego faktu nie zabezpieczenia złożonej oferty z datą 14.09.2009 r. wymaganym wadium. Jak wynika z treści gwarancji ubezpieczeniowej nr 250001180441 z dnia 11.09.2009 r., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. zobowiązało się wypłacić Zamawiającemu zobowiązanie w kwocie 250.000,00 zł wynikające ze złożenia przez INCOM S.A. (działającą także w imieniu firm Integrit Sp. z o.o. oraz Itsumi S.A.) oferty datowanej 15.09.2009 r. Bezspornym dla Protestującego jest, iż gwarancja dotyczy innej oferty niż oferta przyjęta przez Zamawiającego co w konsekwencji oznacza, iż przyjęta przez Zamawiającego oferta nie została zabezpieczona wadium zgodnie z postanowieniami SIWZ. Należy zwrócić

uwagę, iż z zapisu cz. III pkt. 4 SIWZ wynika jednoznacznie, że "wadium ...powinno obejmować cały okres związania ofertą [z datą 14.09.2009 r. -przyp. Protestującego] -ofertą ściśle związaną z dokumentem gwarancyjnym. Zaistniały stan rzeczy może być rozpatrywany wyłącznie w kategoriach spełnia -nie spełnia i/lub zgodne -niezgodne albo prawda -fałsz, czyli w systemie "O" -,,1". Z materiału znajdującego się w dyspozycji Zamawiającego wynika, że: -nie złożono do Zamawiającego oferty "Konsorcjum Incom S.A." z datą 15.09.2009 r. choć nie wyklucza to, że taka oferta została sporządzona; -nie złożono do Zamawiającego (w ofercie) gwarancji ubezpieczeniowej "Konsorcjum Incom S.A" obejmującej ofertę z datą 14.09.2009 r., choć nie wyklucza to że wadium do oferty z tą datą zostało wniesione w innej formie. Również zapisy cz. IV SIWZ w pkt 1. 1) oraz 2. 1) i 3) a także cz. V w pkt. 1 i1a) odnoszące się i wskazujące w sposób jednoznaczny na "określoną" ofertę -tę złożoną [przyp. Protestującego] potwierdzają, iż warunki te dotyczą tylko i wyłącznie oferty z data 14.09.2009 r. W jakimkolwiek przypadku określonym wyżej wskazanymi postanowieniami SIWZ, zobowiązującym Zamawiającego zatrzymania wadium, powstaje sytuacja niepewności -wobec istnienia prawdopodobieństwa odmowy ubezpieczyciela (gwaranta) realizacji zobowiązania, gdyż dotyczy ono innej oferty niż znajdująca się w dyspozycji i posiadaniu Zamawiającego.

art. 26 ust. 3 i 4 -poprzez nieuprawnione powtórne uzyskiwanie dokumentów i oświadczeń jak też wyjaśnień dotyczących dokumentów wobec których Zamawiający miał powziąć wątpliwość do ich treści a także zawierających błędy. Protestujący podnosi, iż za wadę umożliwiającą uzupełnienie dokumentu może być uznany wyłącznie błąd formalny -gdy dokument został złożony w niewłaściwej formie, np. bez podpisu, czy potwierdzenia za zgodność z oryginałem, bądź też jest nie czytelny.

art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 -poprzez bezpodstawne i bezzasadne uznanie, iż treść oferty złożonej przez "Konsorcjum Incom S.A." w pełni odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy stwierdzić, iż wobec przedstawionych powyżej uzasadnień i naruszeń tożsamym jest niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie technicznej niezgodności oferowanego sprzętu z wymaganiami Zamawiającego. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ występuje zarówno w odniesieniu do przedstawionego zarzutu dotyczącego wadium jak też braku certyfikatów mających potwierdzać spełnianie warunków Zamawiającego przez zaoferowany przez "Konsorcjum Incom S.A." sprzęt. Wobec braku udokumentowania spełnienia tych warunków niezbędnym jest przyjęcie, iż zaoferowany sprzęt ich nie spełnia a tym samym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zastosowanie postanowień art. 89 ust. 1 pkt 5 związane jest ściśle z zarzutami dotyczącymi naruszenia postanowień art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy. W tym stanie rzeczy należy jednoznacznie stwierdzić, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i oferta złożona

przez "Konsorcjum Incom S.A." z mocy prawa podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący posiada interes prawny, gdyż w prowadzonym postępowaniu przetargowym oferta złożona przez "Konsorcjum SIW Koncept" spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ a w związku z niewypełnieniem przez ofertę "Konsorcjum Incom S.A." warunków SIWZ oraz podleganie tego wykonawcy wykluczeniu z postępowania -oferta złożona przez Protestującego jest ofertą najkorzystniejszą i Protestujący winien uzyskać przedmiotowe zamówienie publiczne do realizacji. Wskazane w proteście zaniechania i działania Zamawiającego pozbawiły -na tym etapie postępowania -uzyskanie zamówienia przez "Konsorcjum SIW Koncept"

W dniu 9 listopada 2009r. nastąpiło rozstrzygnięcie protestu przez jego oddalenie.

Zamawiający po przeanalizowaniu treści wniesionego protestu stwierdza, że wszystkie podniesione w nim zarzuty są niezasadne.

Oдноśnie zarzutu nr 1:

- Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Protestującego, o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców.

Oдноśnie zarzutów nr 2 i 3:

1) Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Protestującego, o naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz ust.4 oraz art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wyjaśnia, że dwukrotnie (pismo nr 993200/370/1N-770/09 z dnia 29.09.2009 r. oraz pismo 993200/370IIN-H30/09 2 dnia 12.10.2009 r.) zwracał się do lidera konsorcjum: Incom S.A. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów o jednośnie certyfikatu ISO 13406-2 dla oferowanego monitora. Jednak za każdym razem w innym zakresie. Zamawiający pismem nr 993200/370/IN-770/09 z dnia 29.09.2009 r. wezwał lidera konsorcjum: Incom S.A. do uzupełnienia tłumaczenia normy ISO 13406-2, stwierdzając. że pominięte zostało tłumaczenie tekstu znajdującego się w dolnym lewym rogu", Wykonawca pismem z dnia 02.10.2009 r. uzupełnił brakujący dokument w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Natomiast pismem nr 993200/370/IN-830/09 z dnia 12.1.2009 r. wezwał lidera konsorcjum Incom S.A. do wyjaśnienia wątpliwości w przekazanym pismem nr 993200/370/IN-830IQ tłumaczeniu ww. certyfikatu (w dostarczonym tłumaczeniu znajduje się więcej treści niż w certyfikacie załączonym do ofert). Krajowa Izba Odwoławcza przy Urzędzie Zamówień

Publicznych w wyroku z dnia 3 września 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1069/09 stwierdziła. iż.: "Reguła jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu, jeżeli wezwanie ma dotyczyć tego samego dokumentu, ukształtowana została w celu zachowania uczciwej konkurencji i ma przeciwdziałać wzywaniu wykonawcy "do skutku". Jednak reguły tej nie można traktować w sposób nadmiernie formalistyczny, Jeżeli dokument uzupełniony przez wykonawcę budzi wątpliwości Zamawiającego (jest nieczytelny bądź z innych powodów niejasny), Zamawiający winien wyjaśnić te wątpliwości, a każdy taki przypadek należy badać indywidualnie, mając na uwadze zachowanie zasady uczciwej konkurencji." Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 29 grudnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1454/08 stwierdziła. iż: "... ustawodawca zezwala na stosowanie szczególnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Ustawy prawo zamówień publicznych wyłącznie jednokrotnie w odniesieniu do tego samego dokumentu, jednak wobec braku wyraźnego wskazania w wezwaniu jakie braki widzi Zamawiający w złożonych dokumentach, wezwanie to w ograniczonym zakresie należy powtórzyć". Czyli Izba dopuszcza powtórzenie wezwania do uzupełnienia dokumentów w zależności od konkretnej sytuacji w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji.

2) odnośnie zarzutu, przyjęcia przez Zamawiającego wyjaśnienia podpisanego przez Pana Bartłomieja Michalskiego w stosunku do normy ISO 13406-2 dla zaoferowanego monitora 919Vwa (przesłanego przez lidera konsorcjum: Incom S.A. pismem z dnia 02.10.2009 r.). Zamawiający wyjaśnia, że przesłany dokument nie był wymagany przez Zamawiającego ani w Specyfikacji ani w pismach dotyczących złożenia wyjaśnień i uzupełnień. Dokument ten miał charakter wyłącznie informacyjny.

3) odnośnie zarzutu dotyczącego nie spełnienia przez zaoferowane komputery ADAXA ALFA VBP 545 wymogów określonych w Specyfikacji. Lider konsorcjum: Incom SA w piśmie z dnia 02.10.2009 r. wyjaśnił, że załączona do oferty deklaracja zgodności CE dotyczy wszystkich komputerów serii ADAX Alfa, tym samym dotyczy również oferowanego komputera ADAX Alfa VBP545. Ponadto w wyjaśnieniach załączona została deklaracja zgodności nr 9341 dla komputera ADAX Alfa VBP545. Tym samym spełnione zostały wszystkie wymagania Zamawiającego.

4) odnośnie zarzutu nie zabezpieczenia przez lidera konsorcjum: Incom S.A., złożonej oferty z datą 14.09.2009 r. wymaganym wadium. Złożona w ofercie gwarancja ubezpieczeniowa nr 250001180441, wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. została wystawiona w dniu 11.09.2009 r. z terminem jej ważności od dnia jej wystawienia do dnia 14.11.2009 r. Z zapisów gwarancji jednoznacznie wynika, że ma być

bezw warunkowo i nieodwołalnie wypłacona Zamawiającemu, do kwoty 250000,-zł., po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczeń jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w Ustawie prawo zamówień publicznych. W gwarancji podano przedmiot zamówienia, numer postępowania oraz jednoznacznie wskazano Zamawiającego. Gwarancja ubezpieczeniowa spełnia wszystkie warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ i jej zakwalifikowanie nie budzi żadnych wątpliwości.

Odnosnie zarzutu nr 4:

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Protestującego, o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta złożona przez lidera konsorcjum: Incom S.A. spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym jej treść w pełni odpowiada treści Specyfikacji.

Zamawiający stwierdza, że nie ma podstaw do twierdzenia, iż Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania.

Odwołujący zarówno w proteście i odwołaniu złożył zarzuty dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum wykonawców INCOM przez nie wykluczenie Konsorcjum INCOM oraz nie odrzucenie oferty Konsorcjum INCOM. Jako podstawę zarzutów wskazał dokumenty do których uzupełnienia wezwał Zamawiający oraz dokument wadium.

Na tej podstawie zażądał unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w celu ponownej oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim wykluczeniu i odrzuceniu oferty Konsorcjum INCOM.

Co do zarzutu Nr 1

Skład orzekający Izby ustalił

Zamawiający dwukrotnie to jest pismem nr 993200/370/1N-770/09 z dnia 29.09.2009 r. oraz pismem nr 993200/370IIN-H30/09 z dnia 12.10.2009 r. zwracał się do lidera konsorcjum: IINCOM S.A. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów między innymi odnośnie: certyfikatu ISO 13406-2 dla oferowanego monitora w zakresie jego poprawności tłumaczenia. Jednak za każdym razem w innym zakresie. Zamawiający pismem nr

993200/370/IN-770/09 z dnia 29.09.2009 r. wezwał lidera konsorcjum: INCOM S.A. do uzupełnienia tłumaczenia normy ISO 13406-2, stwierdzając, że pominięte zostało tłumaczenie tekstu znajdującego się w dolnym lewym rogu", Wykonawca pismem z dnia 02.10.2009 r. uzupełnił brakujący dokument w zakresie wskazanym przez Zamawiającego to jest załączył nowe tłumaczenie „certyfikatu ISO-13406-2 dla monitora AOC919 Vwa” - poświadczone przez Wykonawcę uzupełniając to tłumaczenie, o uprzednio nie przetłumaczony tekst w lewym dolnym rogu oryginalnego tekstu, o treść „Certyfikat ten oparty jest o nasze badania i regulacje certyfikacji. Produkt i produkcja spełniają par.3 Art.1 i 4 GSG”.

O tym, że zostaje dołączane ponowne tłumaczenie wyżej wymienionego certyfikatu, zaznaczył wezwany Wykonawca w piśmie przewodnim, podając nawet treść tekstu przetłumaczonego, o które zostało uzupełnione tłumaczenie.

Natomiast pismem nr 993200/370/IN-830/09 z dnia 12.10.2009 r. Zamawiający wezwał lidera konsorcjum INCOM S.A. do wyjaśnienia kolejnych rozbieżności pomiędzy tłumaczeniem przekazanym w dniu 02.10.2009r. a dokumentem oryginalnym załączonym do oferty:

1. w pozycji „Nasze odniesienie” oraz w „dacie publikacji” są inne dane niż w certyfikacie załączonym do oferty,
2. przekazane przy piśmie tłumaczenie certyfikatu zawiera pozycję „Kategoria emisji A” , a certyfikat załączony do oferty nie zawiera w ogóle tej pozycji.

Wykonawca wezwany INCOM pismem z dnia 14.10.2009r. potwierdził rozbieżności pomiędzy certyfikatem oryginalnym załączonym do oferty a tłumaczeniem w zakresie: „nasze odniesienie”, data, oraz dodatkowy zapis „kategoria emisji :A „ oraz załączył do pisma kolejne tłumaczenie certyfikatu.

Skład orzekający Izby przeprowadzając dowód z dokumentacji postępowania, uwzględniając wskazane przez strony dokumenty ustalił w zakresie tłumaczenia Certyfikatu ISO – 13406-2 dla monitora AOC 919 Vwa następujący stan faktyczny:

1. do oferty został załączony dokument dwujęzyczny to jest w języku angielskim i niemieckim zawierający między innymi następujące zwroty „ Zertifikat” , „Certificate” our reference „ZTWI – CSS- 10017088 001”,date of lusse „09.06.2006”, Test Mark „ISO 13406-2”.
2. do oferty został załączony dokument „Tłumaczenie” –Certyfikatu ISO 13406-2 zawierający „Nasze odniesienie ZTWI-CSS-10017080 001” data publikacji „23.03.2008, kategoria emisji: A. Tłumaczenie to nie zawierało tekstu o treści: „Certyfikat ten oparty jest o nasze badania i regulacje certyfikacji. Produkt i produkcja spełniają par.3 Art.1 i 4 GSG”. Jednocześnie było to pierwsze tłumaczenie.

3. do pisma wykonawcy INCOM z dnia 02.10.2009r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie z dnia 29.09.2009r., załączono tłumaczenie certyfikatu zawierające brakujący tekst w tłumaczeniu załączonym do oferty o treści „Certyfikat ten oparty jest o nasze badania i regulacje certyfikacji. Produkt i produkcja spełniają par.3 Art.1 i 4 GSG”. Przy czym w tekście tym znajdowały się następujące zapisy „Nasze odniesienie ZTWI-CSS-10017080 001” data publikacji „23.03.2008, kategoria emisji: A”. Jednocześnie było to drugie tłumaczenie.
4. do pisma wykonawcy INCOM z dnia 14.10.2009r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie z dnia 12.10.2009r., załączono trzecie tłumaczenie w którym zostały zmienione zapisy „Nasze odniesienie ZTWI-CSS-10017080 001” data publikacji „23.03.2008, kategoria emisji: A” na następujące zapisy „Nasze odniesienie ZTWI-CSS-10017088 001” data publikacji „09.06.2006”. Natomiast nie znajdował się w tym tłumaczeniu zapis „kategoria emisji: A.

Reasumując w przedmiotowym postępowaniu dokonano trzykrotnych tłumaczeń jednego certyfikatu to jest certyfikatu ISO-13406-2 dla monitora AOC919 Va w tym jedno tłumaczenie dokonano do oferty, a dwa tłumaczenia dokonano na wezwania Zamawiającego (pisma z : dnia 29.09.2009r. i dnia 12.10.2009r.)

W związku z tymi zdarzeniami Odwołujący oprotestowując wybór Konsorcjum INCOM zarzucił Zamawiającemu dwukrotne wezwania do uzupełnienia dokumentu.

Bowiem jak to sformułował w proteście Odwołujący „Zamawiający pismem z datą 12.10.2009 r. znak 903200/370/IN-830/09 zwrócił się po raz kolejny do "Konsorcjum Incom S.A." z wezwaniem o uzupełnienie dokumentów mających potwierdzić spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Wezwanie dotyczyło tego samego dokumentu, o który Zamawiający występował już pismem z datą 29.09.2009 r. tj. certyfikatu ISO 13406-2 dla monitora 919Vwa i tłumaczeń.

W ocenie Odwołującego nie wywiązanie się przez "Konsorcjum INCOM S.A." z nałożonego na nie przez Zamawiającego pismem z datą 29.09.2009 r. zobowiązania uzupełnienia dokumentów do dnia 06.10.2009 r. powoduje konieczność zastosowania przez Zamawiającego postanowień art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp albowiem dokumenty mające potwierdzić spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego nie zostały uzupełnione co oznacza, iż nie zostały złożone.

Natomiast w ocenie Izby, nie kwestionując zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, a nie wzywania do skutku, w przedmiotowej sytuacji to Zamawiający wzywając do uzupełnienia czy wyjaśnienia dokumentu spowodował, że wykonawca dostosowując się do wezwania i wykonując je zgodnie ze wskazaniem

Zamawiającego zawartym w wezwaniu nie był zobowiązany i nie miał podstaw do poprawienia innych jeszcze błędów, które istniały w dokumencie, w związku z dokonany tłumaczeniem. W zaistniałej sytuacji należy wręcz sformułować zasadę, że wykonawca powinien być wezwany jednokrotnie, ale w związku z zauważonym przez zamawiającego błędem w dokumencie. Natomiast w przypadku zauważenia błędu innego w dokumencie, poza poprzednio wskazanym, wykonawca powinien być ponownie wezwany do uzupełnienia błędu w dokumencie.

Reasumując instytucja poprawiania błędnych dokumentów opiera się na stwierdzeniu błędu przez Zamawiającego. Czyli błąd powinien być skonkretyzowany i wskazany przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu.

Natomiast, jeżeli Zamawiający nie wskaże wszystkich błędów w dokumencie, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, to powinien ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentu, wskazując błąd do którego naprawienia Wykonawca nie był uprzednio zobowiązany w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu.

W przedmiotowej sprawie, jak powyżej opisano w ustaleniach, Zamawiający co prawda wzywał do poprawienia błędów dwukrotnie w tym samym dokumencie, ale każdorazowo Zamawiający wskazał na inne zauważone błędy. Natomiast Wykonawca, wzywany w terminie i zgodnie z wskazanym błędem w dokumencie, ponownie doręczał dokument po usunięciu błędu zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego.

W związku z powyższym w ocenie Izby w zaistniałej sytuacji nie można wprost stosować zasady, że do uzupełnienia dokumentu nie można wzywać wielokrotnie, jeżeli Zamawiający zauważa błędy nie w toku jednej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, ale w toku wielokrotnych czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, z powodu zauważonych każdorazowo innych błędów. W związku z powyższym w ocenie Izby zarzut, że Zamawiający powinien wykluczyć z postępowania Konsorcjum wykonawców: INCOM na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 w związku z naruszeniem art.26 ust.3 ustawy, nie został wykazany przez Odwołującego.

Izba nie uwzględniła również zarzutów Odwołującego podniesionych w proteście z tzw. ostrożności procesowej to jest:

1. Odwołujący zakwestionował przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnienia "Konsorcjum INCOM S.A." z datą 02.10.2009 r. w zakresie monitorów OC potwierdzone cyt.: "przesyłamy oficjalne stanowisko w tej sprawie producenta monitorów noc International (Europe) GmbH - przedstawicielstwo w Polsce" . Odwołujący wskazał, iż "Oficjalne stanowisko" zostało sporządzone przez P. Bartłomieja Michalskiego Sales Manager i wobec braku uprawnień tej osoby do prawnej reprezentacji producenta monitorów, może być wyłącznie uznane jako

oświadczenie wiedzy P. Bartłomieja Michalskiego; Izba nie uwzględniła zarzutu braku reprezentacji P. Bartłomieja Michalskiego do złożenia oświadczenia w imieniu producenta monitorów, ponieważ Odwołujący poza samym twierdzeniem braku reprezentacji nie przedstawił dowodu na okoliczność, że Pan. B. Michalski nie ma uprawnienia do składania tego rodzaju oświadczeń w imieniu producenta.

2. Odwołujący zakwestionował wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących oferowanych urządzeń w sytuacji, gdy "Konsorcjum Incom S.A." takie dokumenty złożyło w ofercie. Fakt, iż załączone do oferty dokumenty i oświadczenia nie potwierdzały w sposób bezsporny, iż oferowany sprzęt spełnia wymagania Zamawiającego, może budzić wątpliwość w zakresie zasadności i prawa do uzupełnienia oferty o dokument -np. ściśle określony certyfikat -który to certyfikat został włączony do oferty, lecz jego treść nie potwierdza spełniania warunków Zamawiającego. Nie można w takim przypadku, zdaniem Protestującego podnosić, iż dany dokument zawiera błąd, do którego to przypadku ma zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. W ocenie Izby żądania uzupełnienia dokumentów sformułowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 29.09.2009r. obejmujące deklarację zgodności CE dla zaoferowanego urządzenia Adax Alfa VBP 545 oraz certyfikatu ISO 13406-2 dla zaoferowanego monitora AOC 919Vwa, a także certyfikatu potwierdzającego spełnienie przez oferowany monitor normy TCO 03 mieściły się w granicach wezwania o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust.3 i nie stanowiły wskazywanej przez Odwołującego okoliczności sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

3. Odwołujący zakwestionował również przedstawienie przez "Konsorcjum Incom S.A." Zamawiającemu dokumentów nazwanych "Deklaracja zgodności" dotyczących komputerów ADAX.A ALFA oraz ADAX ALFA VBP545, z treści których jednoznacznie wynika, iż nie posiadają one, wymaganego prawem unijnym oznaczenia CE o czym stanowi również rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego. Ponadto w obu dokumentach przy powołaniu się na różne dyrektywy (jeden z lat 1973 i 1989 a drugi z lat 2004 i 2006) -stwierdzono, iż do oceny zostały zastosowane te same normy. Takie informacje są sprzeczne między innymi z postanowieniami obu dyrektyw wymienionych w deklaracji nr 90341. Powyższe zarzuty Izba również nie uwzględniła, ponieważ na wezwanie Wykonawca Konsorcjum INCOM przedłożył stosowną deklarację ADAX ALFA VBP545. w miejsce deklaracji ADAX ALFA. Ponadto z treści deklaracji zarówno ADAX ALFA VBP545 jak i ADAX ALFA opisuje się oznaczenie CE:09. Ponadto zgodnie z przywołanym rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego, oznaczenie CE umieszcza się na produkcie lub opakowaniu, a nie w deklaracji zgodności.

Oдноśnie zarzutu nr 2

Skład orzekający Izby ustalił

Odwołujący w proteście wskazał na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp polegające na zaniechaniu Zamawiającego wykluczenia "Konsorcjum Incom S.A." z postępowania wobec bezspornego faktu nie zabezpieczenia złożonej oferty z datą 14.09.2009 r. wymaganym wadium. Bowiem w ocenie Odwołującego z treści gwarancji ubezpieczeniowej nr 250001180441 z dnia 11.09.2009 r., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. wynika, zobowiązanie do oferty datowanej 15.09.2009 r w sytuacji gdy oferta nosi datę 14.09.2009r. Dla Odwołującego bezspornym jest, iż gwarancja dotyczy innej oferty niż oferta przyjęta przez Zamawiającego co w konsekwencji oznacza, iż przyjęta przez Zamawiającego oferta nie została zabezpieczona wadium zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Natomiast Zamawiający oddalając protest stwierdził, „złożona w ofercie gwarancja ubezpieczeniowa nr 250001180441, wystawiona przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. została wystawiona w dniu 11.09.2009 r. z terminem jej ważności od dnia jej wystawienia do dnia 14.11.2009 r. Z zapisów gwarancji jednoznacznie wynika, że ma być bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacona Zamawiającemu, do kwoty 250000,-zł., po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczeń jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w Ustawie prawo zamówień publicznych. W gwarancji podano przedmiot zamówienia, numer postępowania oraz jednoznacznie wskazano Zamawiającego. Gwarancja ubezpieczeniowa spełnia wszystkie warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ i jej zakwalifikowanie nie budzi żadnych wątpliwości. Ponadto w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum INCOM złożyło tylko jedną ofertę.

Po przeprowadzeniu dowodu z karty 20 oferty, Izba w zakresie tegoż zarzutu podzieliła stanowisko Odwołującego co do prawidłowego wniesienia wadium.

W związku z powyższym zarzut nie wniesienia wadium nie został uwzględniony.

Reasumując odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust.6 i7 ustawy PZP.

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 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:

.....

.....