

WYROK

z dnia 30 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2012 r. przez wykonawcę **COMBIDATA Poland Sp. z o.o., 81-777 Sopot, ul. E. Plater 12** w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Rozwoju Edukacji, 00-478 Warszawa, al. Ujazdowskie 28**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Marcina Bieruta, Michała Koziary, Michała Krzesiaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą 3Soft s.c. oraz Net-o-logy Sp. z o.o., 40-861 Katowice, ul. Gliwicka 234** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Ośrodkowi Rozwoju Edukacji w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucenie ofert wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcina Bieruta, Michała Koziary, Michała Krzesiaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą 3Soft s.c. oraz Net-o-logy Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **COMBIDATA Poland Sp. z o.o., 81-777 Sopot, ul. E. Plater 12** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116** na rzecz wykonawcy **COMBIDATA Poland Sp. z o.o., 81-777 Sopot, ul. E. Plater 12** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ośrodek Rozwoju Edukacji w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie Platformy – Systemu doskonalenia nauczycieli. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 marca 2012 r. pod nr 2012/S 61-099331.

W postępowaniu tym wykonawca COMBIDATA Poland Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł w dniu 19 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy, a także zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcina Bieruta, Michała Koziarę, Michała Krzesiaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą 3Soft s.c. oraz Net-o-logy Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcina Bieruta, Michała Koziarę, Michała Krzesiaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą 3Soft s.c. i Net-o-logy Sp. z o.o., mimo że treść tych ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- dokonanie czynności odrzucenia oferty Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcina Bieruta, Michała Koziary, Michała Krzesiaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą 3Soft s.c. oraz Net-o-logy Sp. z o.o.

z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na treść pkt 6.1 Części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaznaczając, iż jego treść nie uległa zmianie w wyniku dokonanej przez zamawiającego modyfikacji treści specyfikacji, co z kolei potwierdzają wyjaśnienia treści specyfikacji z dnia 30 maja 2012 r. w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 7 i 45.

Odwołujący podniósł, iż oferta Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. nie zawiera informacji wymaganych w punkcie 6.1 Części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcina Bieruta, Michała Koziary, Michała Krzesiaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą 3Soft s.c. i Net-o-logy Sp. z o.o. zawiera specyfikację serwera testowego, co jest w sposób oczywisty niezgodne z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w których zamawiający zażądał rekomendacji infrastruktury fizycznej dla docelowego rozwiązania, a nie dla sprzętu używanego na potrzeby testowania platformy.

Odwołujący podkreślił, że rekomendacja zaplecza technicznego dla Platformy nie należy do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zaś w świetle § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nie ma charakteru dokumentu, których zamawiający jest uprawniony żądać na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, i w związku z powyższym nie podlega ona uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 23 lipca 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili: Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Marcin Bierut, Michał Koziara, Michał Krzesiak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą 3Soft s.c. i Net-o-logy Sp. z o.o.

W dniu 27 lipca 2012 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Na posiedzeniu i rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. W toku posiedzenia przystępujący Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. zgłosił

sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu. W toku rozprawy wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie przystępujących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcina Bieruta, Michała Koziary, Michała Krzesiaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą 3Soft s.c. i Net-o-logy Sp. z o.o., iż nie wnoszą sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i złożonych w postępowaniu ofert, a także stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest ustalenie czy obowiązywał wykonawców wymóg zawarty w pkt 6.1 Części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustalenie charakteru dokumentu, o którym mowa w ww. postanowieniu. W pkt 6.1. Części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postawił wykonawcom następujące wymaganie: „W dokumencie oferty, Wykonawcy wskażą technologie, w jakiej wykonane będą poszczególne moduły funkcjonalne Platformy. Wykonawcy dostarczą informacje o infrastrukturze fizycznej, niezbędnej do działania Systemu oraz wymagania minimalne w stosunku do urządzeń dostępowych użytkowników (wymagania sprzętowe oraz w stosunku do zainstalowanego oprogramowania)”.

Izba stwierdziła, że postanowienie ww. pkt 6.1. Części III specyfikacji wiązało wykonawców i nie zostało, wbrew twierdzeniom Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., usunięte w wyniku modyfikacji treści specyfikacji. Okoliczność wykreślenia przez zamawiającego wymagań określonych w ppkt „h” i „i” pkt 14.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w żaden sposób nie wpłynęła na treść spornego wymagania – treść ww. postanowień specyfikacji nie była tożsama. Izba przychyliła się do stanowiska Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia

nie była jednoznaczna – brak wymogu z pkt 6.1 Części III specyfikacji w pkt 14.3.1 specyfikacji zatytułowanego „Kompletna oferta musi zawierać:” mógł być mylący, jednak Izba stwierdziła, że wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia zobowiązany jest dołożyć należytej staranności i zapoznać się ze wszystkimi wymaganiami specyfikacji, z całą jej treścią, bez względu na miejsce, w jakim wymagania zostały zawarte.

Aktualność spornego wymagania została dodatkowo potwierdzona przez zamawiającego w odpowiedziach na pytania nr 7 i 45 z dnia 30 maja 2012 r., gdzie zamawiający stwierdził, że wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia sprzętu czy technologii jest przedstawieniem aktualnie posiadanego przez zamawiającego zaplecza technicznego. Jednocześnie zamawiający przypomniał, że wykonawca jest zobowiązany rekomendować zaplecze techniczne dla Platformy zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba nie zgodziła się z twierdzeniem Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., która argumentowała, iż wykonawcy zobowiązani byli rekomendować zaplecze techniczne dla Platformy tylko w sytuacji, gdy będą korzystać z innych rozwiązań technicznych niż wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła, że zamawiający w pkt 6.1. Części III specyfikacji określił infrastrukturę techniczną, którą obecnie dysponuje i wskazał niezbędne minimum, jakie przyjął w stosunku do sprzętu, na którym ma być zainstalowana Platforma. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że w tym samym punkcie zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców w ofercie technologii, w jakiej wykonane będą poszczególne moduły funkcjonalne Platformy oraz podania informacji o strukturze fizycznej, niezbędnej do działania Systemu i wymagań minimalnych w stosunku do urządzeń dostępowych użytkowników. Izba wzięła przy tym pod uwagę, iż jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie, określenie przez wykonawcę tworzącego Platformę docelowego sprzętu, na którym Platforma ta ma działać, jest istotne z uwagi na konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w tym przedmiocie.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że informacja, o której mowa w pkt 6.1 Części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie stanowi dokumentu potwierdzającego, że objęta przedmiotem zamówienia usługa odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, tj. dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a tym bardziej nie stanowi dokumentu składanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Izba stwierdziła, że informacja ta stanowi treść oferty – wskazanie technologii, w jakiej wykonane będą poszczególne moduły funkcjonalne Platformy określa sposób wykonania zamówienia. Ze wskazaną technologią miała wiązać się ściśle infrastruktura fizyczna niezbędna do działania Systemu oraz wymagania minimalne w stosunku do zainstalowanego oprogramowania. Z uwagi

na powyższe, brak jest podstaw do zastosowania uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem na tej podstawie ustawodawca dopuścił możliwość uzupełnienia jedynie oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oraz pełnomocnictw. Stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, w którym przyjmuje się, iż oświadczenia woli wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w określony sposób nie mieszczą się w katalogu oświadczeń mających potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego, a zatem nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2010 r., sygn. akt II Ca 1211/09). Spełnienie spornego wymagania należy zatem oceniać w świetle regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba rozpoznając zarzut wzięła pod uwagę również okoliczność, iż większość wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie zawarła w złożonych ofertach rekomendacje, o których mowa w punkcie 6.1. Części III specyfikacji. Z uwagi na powyższe, uzupełnienie oferty o brakujący element byłoby działaniem niedopuszczalnym w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba stwierdziła, że w ofercie wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. brak jest wskazania technologii, w jakiej wykonane będą poszczególne moduły funkcjonalne Platformy. Schematy zamieszczone na stronach 20 i następnych oferty tego wykonawcy nie wskazują ww. technologii. W ofercie tej brak też informacji o infrastrukturze fizycznej niezbędnej do działania Systemu oraz o wymaganiach minimalnych w stosunku do urządzeń dostępowych użytkowników. Z uwagi na charakter tych dokumentów, o czym mowa powyżej, brak jest możliwości wezwania Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Co za tym idzie, wobec braku elementu stanowiącego treść oferty, uzasadnione jest odrzucenie oferty Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba przychyliła się również do stanowiska odwołującego i zamawiającego, nie zaprzeczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marcina Bieruta, Michała Koziarę, Michała Krzesiaka prowadzących działalność gospodarczą pod firmą 3Soft s.c. oraz Net-o-logy Sp. z o.o., o braku w ofercie złożonej przez tych wykonawców informacji o infrastrukturze fizycznej niezbędnej do działania Systemu oraz o wymaganiach minimalnych w stosunku do urządzeń dostępowych użytkowników. Z uwagi na powyższe, oferta ta również powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: