

Sygn. akt: KIO 2306/13

WYROK

z dnia 14 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 10 października w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2013 r. przez wykonawcę **OPTeam S.A., 36 – 002 Jasionka, Tajęcina 113** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kolbuszowej, 36 – 100 Kolbuszowa, ul. Grunwaldzka 4**

przy udziale wykonawcy **Cyfrowe Sieci Multimedialne Sp. z o.o., 37 – 450 Stalowa Wola, ul. Kwiatkowskiego 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **OPTeam S.A., 36 – 002 Jasionka, Tajęcina 113** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **OPTeam S.A., 36 – 002 Jasionka, Tajęcina 113** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Kolbuszowej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na robotę budowlaną: „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie sieci logicznej wraz z dedykowaną siecią elektryczną, umożliwiającą swobodną pracę systemów medycznych - komputerowych /w formie zaprojektuj i wybuduj /, z uwzględnieniem istniejących urządzeń i instalacji w ramach projektu pn. „Kompleksowa informatyzacja SP ZOZ Kolbuszowa, jako element Podkarpackiego Systemu Informacji Medycznej (PSIM) komplementarnego z projektem „Podkarpacki System Informacji Medycznej” „PSIM”, (znak sprawy Eap-2412/18/13)

Odwołujący: OPTeam S.A. z siedzibą w Tajęcinie, Tajęcina 113, 36-002 Jasionka, dla której odwołanie wobec wykluczenia przez Zamawiającego Odwołującego i dokonania wyboru oferty wykonawcy Cyfrowe Sieci Multimedialne Sp. z o.o. Stalowa Wola (dalej: „Wykonawca”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Przeprowadzona w Postępowaniu ocena złożonych ofert i wybór najkorzystniejszej oferty zostały dokonane z rażącym naruszeniem Ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w trakcie przedmiotowego Postępowania następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez przeprowadzenie Postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy poprzez uznanie, że OPTeam złożył nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji na tej podstawie wykluczył Odwołującego,
3. art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty niebędącej najkorzystniejszą spośród złożonych w Postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
2. dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
3. dokonania wyboru oferty złożonej przez OPTeam jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący jest podmiotem zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia. W wyniku działań Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W wyniku czynności Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę, ponieważ nie uzyska niniejszego zamówienia, a uzyska je podmiot, którego oferta nie była najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Uwzględnienie odwołania OPTeam w wyniku, którego nastąpi unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego pozwoli mu na uzyskanie zamówienia, gdyż złożył on ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, która winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w „SIWZ”.

Zamawiający w przesłanym Odwołującemu w dniu 23 września 2013 Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty poinformował, że Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Zdaniem zamawiającego

Przedsiębiorca Systemy Komputerowe i Telekomunikacyjne MIROTELNET Mirosław K. został w ofercie złożonej przez OPTeam SA wskazany jako podwykonawca, który miał wykonać część zamówienia obejmującą wykonanie sieci. Oświadczeniem złożonym w dniu 3 czerwca 2013 roku podwykonawca potwierdził, że posiada wiedzę i doświadczenie, a także potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia.

W dniu 13.08.2013 r. Zamawiający zwrócił się z pytaniem do Tyco Electronics Polska Sp. z o.o. (dalej: „Producent” lub „Tyco”) na którą uzyskał odpowiedź w dniu 19.08.2013r o następującej treści:

„1/1/ odpowiedzi na Państwa pismo (numer sygnatury: SP ZOZ/DN-09/118/2013) informujemy, że nie jesteśmy w stanie stwierdzić czy firma Systemy Komputerowe i Telekomunikacyjne MIROTELNET Mirosław K.” z siedzibą w Krakowie, przy ul. Stachewicza 47/55 dysponował na dzień składania ofert w postępowaniu przetargowym Eap-2412/18/13 tj. na dzień 4.06.2013r.:

- 2 osobami, z których każda posiadała kwalifikacje w zakresie wykonawstwa okablowania strukturalnego do 25 letniej gwarancji producenta (rozumianego jako wytwórcę wszystkich elementów okablowania)- Tyco Electronics Polska oraz:

- nadzoru nad pracami instalacyjnymi
- wykonywania instalacji
- weryfikacji i certyfikacji okablowania
- projektowania okablowania strukturalnego
- wdrożenia inteligentnego systemu zarządzania okablowaniem, pracującego w czasie rzeczywistym oraz opartego o bazę danych i paszportyzację połączeń potwierdzone aktualnymi imiennymi tytułami Certyfikowanego Instalatora wystawionymi przez jednego producenta oferowanego systemu okablowania strukturalnego, indywidualnym

doświadczeniem w realizacji systemów okablowania strukturalnego, na które został wystawiony certyfikat gwarancji 25- letniej przez producenta (wytwórcę wszystkich elementów okablowania), a więc czy instalacje okablowania strukturalnego wykonane przez ww firmę na bazie kadry, którą dysponuje stosownie do umów zawartych z producentem podlegają 25 letniej gwarancji Producenta.

Zamawiający posiadający wszystkie dokumenty przetargowe: wymagania zawarte w SIWZ, oświadczenia i inne dokumenty złożone przez Oferentów w odpowiednim czasie postępowania przetargowego, może stwierdzić zgodność oferty z wymaganiami postępowania przetargowego lub jej niezgodność.

Jako producent okablowania strukturalnego stwierdził ,że zgodnie z informacjami, które posiada w bazie danych, firma: „Systemy Komputerowe i Telekomunikacyjne MIROTELNET Mirosław K.” z siedzibą w Krakowie, przy ul. Stachiewicza 47/55 posiada ważną na rok 2013 umowę NDI o numerze: NDI-12-004.

Pracownikiem w/w firmy posiadającym dyplomy imienne potwierdzające ukończenie odpowiednich kursów jest Pan Mirosław K.. Pan Mirosław K. posiada uprawnienia TE tylko i wyłącznie w opisanym poniżej zakresie:

- Instalacji systemów okablowania strukturalnego (Ukończone szkolenie: AMP ACTI, Nr. Dyplomu: POL044)
- Certyfikacji, wykrywania i usuwania usterek w systemach okablowania strukturalnego (Ukończone szkolenie: AMP ACT II, Nr. Dyplomu: POL204)
- Projektowania systemów okablowania strukturalnego (Ukończone szkolenie: AMP ACT III, Nr. Dyplomu: POL030)."

Producent potwierdził że umowa NDI zawarta pomiędzy nim, a Podwykonawcą jest ważna, Pan Mirosław K. posiada ukończone szkolenie AMP ACT II o numerze Dyplomu: POL204. Wskazany dyplom potwierdza ukończenie z wynikiem pozytywnym szkolenia z zakresu: Certyfikacji, wykrywania i usuwania usterek w systemach okablowania strukturalnego i uprawniający do certyfikacji sieci tego producenta z 25-letnią gwarancją.

Otrzymawszy taką informację od Producenta, Zamawiający nadal miał wątpliwości, co do uprawnienia Podwykonawcy do certyfikacji sieci jaka zostanie wykonana w trakcie realizacji zamówienia. Efektem tego było zapytanie skonstruowane w taki sposób, aby producent udzielił odpowiedzi, z której wynikałby brak uprawnień do certyfikacji sieci z 25-letnią gwarancją przez Podwykonawcę.

W przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi w ocenie odwołującego taka sytuacja, co potwierdził Producent, który w piśmie z dnia 19 sierpnia 2013 wskazał, że „Systemy Komputerowe i Telekomunikacyjne MIROTELNET Mirosław K. z siedzibą w Krakowie, przy ul. Stachiewicza 47/55 posiada ważną na rok 2013 umowę NDI o numerze: NDI-12-004".

Powyższe w praktyce oznacza, że Podwykonawca posiada uprawnienie do certyfikowania sieci, które uzyskują w ten sposób 25-letnią gwarancję Producenta.

Posiadanie ważnej umowy NDI jest warunkiem koniecznym dla możliwości prawidłowego wykonywania usług i certyfikowania okablowania w taki sposób, aby posiadało ono 25-letnią gwarancję Producenta. Zamawiający niezasadnie nie uznał tych wyjaśnień za wystarczające i zwrócił się ponownie do Producenta z inaczej sformułowanym pytaniem, na które Producent udzielił zgodnej z prawdą odpowiedzi. Zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez Producenta, „niezostanie udzielona 25-letnia gwarancja Tyco Electronics Polska dla firmy MIROTELNET MIROSŁAW K. z siedzibą w Krakowie” na prace wykonane przez Pana Leszka P. i Stanisława B.. Jednocześnie Zamawiający pominął informację, wskazaną przez Producenta w jego pierwszym piśmie, że Podwykonawca posiada niezbędne szkolenia i dyplomy dla certyfikacji wykrywania i usuwania usterek w systemach okablowania strukturalnego.

Odwołujący wskazał także w toku rozprawy, że zamawiający podjął decyzję w oparciu o korespondencje prowadzoną z producentem, a pisma tej firmy były podpisywane przez osobę co do której brak jest informacji o prawie do reprezentowania, osoba ta nie jest ujawniona w KRS.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując na wymagania postawione w siwz w zakresie dysponowania osobami posiadającymi kwalifikacje wykonawstwa okablowania strukturalnego do 25. letniej gwarancji producenta oraz nadzoru nad pracami instalacyjnymi, wykonywania instalacji, weryfikacji i certyfikacji okablowania, projektowania okablowania strukturalnego, wdrożenia inteligentnego systemu zarządzania okablowaniem, pracującego w czasie rzeczywistym oraz opartego o bazę danych i paszportyzację połączeń – potwierdzone aktualnymi imiennymi tytułami Certyfikowanego Instalatora wystawionymi przez jednego producenta oferowanego systemu okablowania strukturalnego, indywidualnym doświadczeniem w realizacji systemów okablowania strukturalnego, na które został wystawiony certyfikat gwarancji 25-letniej przez producenta (wytwórcę wszystkich elementów okablowania.) Powyższy warunek wiedzy i doświadczenia został opisany w pkt 6.3. d siwz. Zamawiający wskazał, że w ofercie odwołującego przedstawiono w zakresie wykonawstwa sieci podmiot podwykonawcy Pana Mirosława K. działającego pod firmą Mirotelnet i wskazano osoby certyfikowanych instalatorów – pana P. i Pana B.. Na wątpliwości zamawiającego (wywołane przez konkurencyjnego wykonawcę) zamawiający podjął postępowanie wyjaśniające kierując zapytanie do producenta i otrzymał informację, że wskazany podwykonawca ma jednego pracownika o określonych kwalifikacjach. W wyniku kolejnych zapytań do producenta otrzymał dnia 19.08.2013 r. informacje powołane przez

odwołującego zawierające także stwierdzenie, że firma Mirotelnet Mirosław K. nie posiada statusu AMPTRAC Hardware Partner czyli żaden z pracowników ww firmy nie ukończył szkolenia AMPACT IV: AMPTRAC-Projektowanie i Instalacja” dotyczącego inteligentnego systemu zarządzania okablowaniem AMPTRAC, pracującego w czasie rzeczywistym”. Zamawiający wskazał na informację producenta, że na bazie przedstawionej kadry (pismo z 20.09.2013 r.) instalacja nie uzyska gwarancji producenta. W oparciu o te informacje wykluczył wykonawcę z postępowania uznając, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego oraz stanowiska przedstawione w pismach procesowych i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Dla wykazania spełnienia spornego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał dysponowania określonymi osobami o kwalifikacjach wcześniej wskazanych opisanych w siwz. Izba podziela stanowisko odwołującego, że dysponowanie osobami nie musi oznaczać, by osoby, na których kwalifikacje (doświadczenie i wiedzę) powołuje się wykonawca, musiały, co do zasady, pozostawać z wykonawcą w stosunku pracy (być pracownikami wykonawcy), a w sprawie rozpatrywanej, odpowiednio z podwykonawcą.

W okolicznościach niniejszej sprawy, zważywszy przedmiot postępowania, w tym wskazany w siwz wymóg uzyskania gwarancji producenta – 25 lat od chwili odbioru prac (pkt 5.1), istotne było potwierdzenie przez wykonawcę dysponowania zasobami, przy pomocy których przedmiot zamówienia zostanie wykonany na warunkach siwz. W tym zakresie Izba uznaje za wiarygodne informacje uzyskane przez zamawiającego od producenta, w szczególności w piśmie z dnia 20.09.2013 r., iż instalacja okablowania strukturalnego wykonana przez firmę Mirotelnet na bazie w osobach ww instalatorów nie uzyska gwarancji producenta, jak również na prace wykonane przez ww Panów nie zostanie udzielona 25-letnia gwarancja TyCO Electronics Polska dla firmy Mirotelnet. Powyższe oznacza, że odwołujący nie potwierdził spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, a zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nie naruszył tego przepisu.

W tym miejscu należy zauważyć, że odwołujący w odwołaniu nie przedstawił zarzutu naruszenia wskazanego przepisu ustawy przez zamawiającego, lecz podnosił zarzut

naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez jego zastosowanie, podczas gdy podstawą prawną zaskarżonej decyzji zamawiającego był art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz pkt 4 ustawy pzp. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp skład orzekający uznał zarzut za uzasadniony biorąc pod uwagę, że odwołujący deklarując dysponowanie określonymi osobami, w tym podwykonawcą i osobami dysponowanymi przez podwykonawcę nie przedstawił nieprawdziwych informacji pozostając w przekonaniu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Uznanie zasadności zarzutu nie ma jednak wpływu na wynik postępowania, w konsekwencji czego, biorąc pod uwagę treść art. 192 ust. 2 ustawy pzp, odwołanie oddalono.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

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

Przewodniczący

.....