

**WYROK**

**z dnia 27 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje ponowne badanie oraz ocenę ofert w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie szczegółowe o udzielenie zamówienia publicznego w związku z zawartą umową ramową z czterema wykonawcami w wyniku przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowania o udzielenie zamówienia pn: „*Zakup urządzeń dla ePUAP*”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie (zwani dalej „*Odwołującym*”) w dniu 19 grudnia 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 grudnia 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2014 r.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanym dalej również: „Przystępującym Intertrading”).

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego oraz Przystępującego Intertrading o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako nieuzasadniony. Przystępujący Intertrading wraz z Zamawiającym - podtrzymując wniosek o odrzucenie niniejszego odwołania, z uwagi na jego wniesienie z uchybieniem terminu – twierdzili, że postępowanie o udzielenie zamówienia szczegółowego, dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia (opisanego poprzednio w postępowaniu o nr 21 –C CPI-WZP-2244/13 w ramach którego zawarte zostały umowy ramowe z czterema wykonawcami, w tym z Odwołującym), zaś w postępowaniu szczegółowym mogą być składane oferty bardziej korzystne pod względem cenowym. W ocenie Przystępującego Intertrading Zamawiający wcześniej badał już zgodność zaproponowanej przez Przystępującego oferty w spornym zakresie. Przedmiot zamówienia, jego opis (opis serwera) nie uległ zmianie, zatem skoro warunki te nie uległy zmianie, to odwołanie powinno być wniesione na wcześniejszym etapie, wobec powyższego odwołanie powinno zostać odrzucone.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie niniejszego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że postępowanie ofertowe – postępowanie po zawarciu umowy ramowej, jest odrębnym postępowaniem i stosuje się do niego odpowiednio art. 64 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a sięgając do tego przepisu nie ma zastosowania tylko i wyłącznie przepis dotyczący art. 36 ust. 1 punkt 5 ustawy Pzp, tj. przepis dotyczący warunków udziału w postępowaniu. Zatem Zamawiający nie weryfikuje, na etapie postępowania ofertowego, warunków, nie żąda w tym zakresie dokumentów. W niniejszym postępowaniu przekazano specyfikację, jak również Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej zwany również: „OPZ”). Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, żądając jednocześnie, w tym zakresie, wymaganych testów. Skoro jak wskazano w OPZ na etapie udzielenia umowy ramowej oferowany konkretnie sprzęt nie musiał być skonkretyzowany - w ten sposób, że koniecznym było podanie modelu i nazwy

producenta - to powyższe potwierdzało ramowy i niedostateczny charakter opisanego przedmiotu zamówienia, zatem przedmiot ten mógł być jeszcze zmieniony. Wykonawcy w tym zakresie mogli złożyć inne oferty w stosunku do ofert na etapie umowy ramowej. Podstępowanie szczególne jest odrębnym postępowaniem, jest postępowaniem ofertowym ze skonkretyzowanymi wymaganiami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe nie przeczy istocie wcześniej prowadzonego postępowania o udzielenie umowy ramowej, gdyż na tym etapie dochodzi do weryfikacji wymagań dotyczących warunków i w tym zakresie Zamawiający nie powtarza tych wymagań. Jednocześnie biorąc pod uwagę, że przepis art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (dotyczący opisu przedmiotu zamówienia) nie został wyłączony ze stosowania na etapie postępowania ofertowego, - zatem w postępowaniu szczegółowym ma on zastosowanie - co oznacza, że w konsekwencji Zamawiający w tym zakresie precyzuje wymagania i dokonuje badania i oceny ofert już złożonych. Należy również wziąć pod uwagę argumentację Odwoływającego, który wskazywał, że na etapie udzielenia umowy ramowej (t.j. na etapie wcześniejszym) nie może on wiedzieć, co będzie wymagane przez Zamawiającego na etapie późniejszym, - t.j. co do wymagań opisu przedmiotu zamówienia - i na tym etapie nie jest w stanie kwestionować decyzji, które dopiero będą miały miejsce w przyszłości. Odwoływacemu przysługuje odwołanie od czynności Zamawiającego, tj. od wyboru najkorzystniejszej oferty, który to wybór dokonany został w postępowaniu szczegółowym. Nie ulega wątpliwości, że ma odpowiednie zastosowanie przepis art. 92 ustawy Pzp, dotyczący przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, która to informacja jest niczym innym jak czynnością Zamawiającego od której przysługuje wykonawcy odwołanie. Zatem zasadnym było oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania i wobec tak przedstawionej argumentacji Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia niniejszego odwołania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie szczegółowe o udzielenie zamówienia publicznego w związku z zawartą umową ramową z czterema wykonawcami w wyniku przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowania o udzielenie zamówienia pn: „*Zakup urządzeń dla ePUAP*”.

*/dokumentacja postępowania: Załącznik nr 1 do SIWZ Opisu Przedmiotu Zamówienia /.*

Opis Przedmiotu Zamówienia (zwany dalej również „OPZ”) zawierał, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 4 „Wymagania szczegółowe sprzętu” Ppkt 16 – Minimalna wydajność dla konfiguracji dwuprocessorowej dwurdzeniowej serwera typu B musi wynosić 69 pkt i dla konfiguracji cztero-rdzeniowej musi wynosić 111 pkt potwierdzona oficjalnym wynikiem testu SPECint\_rate\_base2006 opublikowanym przez niezależną od producenta organizację SPEC dla oferowanego modelu serwera. Wynik testu dostępny na stronie [www.spec.org](http://www.spec.org). Wykonawca dołączy do oferty wyniki przeprowadzonych testów wydajnościowych potwierdzających spełnienie wymagania.

*/dokumentacja postępowania: Załącznik nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia: Wymagania szczegółowe sprzętu – Sprzęt – ppkt 16, str. 8 /.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący Intertrading złożyli oferty w postępowaniu szczegółowym (tzw. ofertowym):

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie – z ceną 1.624.051,41 zł brutto, dodatkowy okres gwarancji – 36 miesięcy;
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – z ceną 1.462.776,27 zł brutto, dodatkowy okres gwarancji – 36 miesięcy.

*/dokumentacja postępowania: Informacja z otwarcia ofert z dnia 1 lipca 2014 r./*

Bezspornym jest, że Przystępujący Intertrading do swojej oferty składanej w postępowaniu szczegółowym (ofertowym) nie dołączył wyników testów wymaganych ppkt 16 Opisu Przedmiotu Zamówienia.

*/dokumentacja postępowania: oferta wykonawcy Przystępującego Intertrading /.*

Zamawiający w dniu 9 grudnia 2014 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

*/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z*

*siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 9 grudnia 2014 r./.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie – wnieśli odwołanie w dniu 19 grudnia 2014 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Comarch Polska S. A. z siedzibą w Krakowie z dnia 19 grudnia 2014 r. /.*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ww. postępowania - wzięła pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający w postępowaniu ofertowym (szczegółowym) wymagał dołączenia do oferty wyników przeprowadzonych testów wydajnościowych potwierdzających spełnienie wymagania, - czego Przystępujący Intertrading nie uczynił.

Krajowa Izba Odwoławcza nie wzięła pod uwagę wyjaśnień Zamawiającego, wskazującego, że powyższy zapis ppkt 16 OPZ znalazł się w załączniku do SIWZ omyłkowo. Nie ulega wątpliwości, - że specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w tym również opis przedmiotu zamówienia wiąże również w swej treści Zamawiającego i na etapie składania ofert nie może on dokonywać jej modyfikacji, twierdząc, że postanowienie takie jest jedynie omyłką pisarską, błędem Zamawiającego.

Nie można zgodzić się również z Zamawiającym, że sporne wymaganie ppkt 16 dotyczyło jedynie wykazania wymagania, nie zaś dołączenia dokumentu. Z postanowień ppkt 16 OPZ wyraźnie wynika, że obowiązkiem wykonawcy jest dołączenie do oferty wyników przeprowadzonych testów wydajnościowych potwierdzających spełnienie wymagania.

W konsekwencji wobec treści art. 101 ust. 4 ustawy Pzp – t.j. wyłączenia stosowania art. 26 ustawy Pzp – należało uznać, że oferta Przystępującego Intertrading – w niniejszym

stanie faktycznym - jest niezgodna z SIWZ, co skutkować może jedynie jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego – Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownego badania oraz oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....