Sygn. akt KIO 2820/12

Sygn. akt: KIO 2820/12

WYROK

z dnia 4 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19.12.2012 r. przez wykonawcę: AD AKTA S.A. ul. Duńska 1; 91-204 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Starostwo Powiatowe Lubin ul. Jana Kilińskiego 12 b; 59-300 Lubin

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ArchiDoc S.A. ul. Bażantów 35; 40-668 Katowice oraz Sputnik Software Sp. z o.o. ul. Górecka 30; 60-201 Poznań zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża AD AKTA S.A. ul. Duńska 1; 91-204 Łódź i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez AD AKTA S.A. ul. Duńska 1; 91-204 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

---

Sygn. akt KIO 2820/12

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 Legnicy

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2820/12

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23.11.2012r. pod. poz. 248 125 - 2012 w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie skanów elektronicznych (przeniesienie do obrazu rastrowego) dokumentów znajdujących się w archiwach podręcznych Starostwa Powiatowego w Lubinie do formy elektronicznej wraz z dostawą sprzętu i oprogramowania oraz importem bazy danych i jej integracją z systemem elektronicznego obiegu dokumentów PROTON.

Odwołanie zostało wniesione w związku z następującymi czynnościami zamawiającego: odrzucenie oferty odwołującego przez zamawiającego z powodu sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący w związku z powyższą czynnością zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (ustawa pzp): art.7 ust.1 i 3 poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie oceny złożonych

ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; art.89 ust.1 pkt 2 w związku z art.9 ust.1, art. 36 ust.1 pkt 5 i 6 oraz art.41 pkt 7 i art. 87 ust.2 pkt 3 poprzez wadliwe odrzucenie oferty odwołującego, mimo ze treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; art. 91 ust.1 poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z tak podniesionymi naruszeniami i zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Archidoc S.A. z siedzibą w Katowicach oraz Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, nakazanie uchylenia zamawiającemu czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał na posiadany interes do wniesienia odwołania z racji, iż w przypadku uwzględnienia jego odwołania oferta przez niego złożona będzie ofertą najkorzystniejszą, ponieważ będzie najtańszą.

W uzasadnieniu odwołania podniósł następującą argumentację faktyczno-prawną.

Podstawą do wniesienia odwołania było stanowisko zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w związku z nie załączeniem do oferty zobowiązania producenta do przejęcia obowiązków z gwarancji w przypadku nie wywiązywania się z tychże obowiązków przez wykonawcę.
Nie zgadzając się ze stanowiskiem zamawiającego, odwołujący przede wszystkim podniósł, że wymóg znajdował się w załączniku nr 5 do projektu umowy, który to projekt jest zał. do SIWZ. Ponadto wskazał na zwrot użyty w zał. nr 5 do umowy to jest „należy dołączyć w momencie składania oferty" a nie „należy załączyć do oferty". W ocenie odwołującego obydwa zwroty zasadniczo się różnią.
Reasumując wywody odwołujący stwierdza, że żaden wymóg SIWZ nie nakazywał dołączenia do oferty zobowiązania producenta. Na poparcie swojego twierdzenia przywołuje: art.9 ust.1; art.41 pkt 7, art.36 ust.1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po drugie odwołujący uważa, że w kontekście ustawy pzp jak również rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2009r. Nr 226, poz. 1817) zamawiający nie ma prawa do żądania tego rodzaju dokumentów od producenta. Odwołujący uważa, że żądanie takiego oświadczenia niweczy obowiązek wykonawcy do wykonania zamówienia a zamawiającemu daje nieuzasadnione prawo do zmiany wykonawcy, co jest niedopuszczalne na podstawie obowiązującego prawa. Odwołujący odniósł się do żądania zamawiającego również w kontekście udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego oraz podwykonawstwa regulowanego ustawa prawo zamówień publicznych.

Po trzecie odwołujący podkreślił, że w formularzu ofertowym oświadczył, że akceptuje postanowienia wzoru umowy i podpisze umowę w sytuacji wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Po czwarte odwołujący uważa, że nie ma podstaw do odrzucania jego oferty bez przeprowadzenia procedury wynikającej z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp.

Wobec tak przedstawionego stanowiska odwołujący wnosi o uwzględnienie jego odwołania.

Pismem z dnia 20 grudnia 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany czyli Konsorcjum ArchiDoc S.A. z siedzibą w Katowicach i Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 3 stycznia 2012r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Co do interesu do wniesienia odwołania.

Na podstawie protokołu postępowania prowadzonego przez zamawiającego ustalono następującą kolejność ofert pod względem ceny (jedyne kryterium oceny ofert): wykonawca wybrany 737.754,00zł., odwołujący kwota 598.665,60zł. W sumie w postępowaniu złożono dwie oferty. Jedynym kryterium oceny ofert jest cena. W tym stanie rzeczy odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy pzp, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania i przywrócenie jego oferty do postępowania, wykonawca odwołujący może uzyskać zamówienie.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentów Izba ustaliła co następuje.

Co do podnoszonych w odwołaniu zapisów SIWZ Izba ustaliła. W formularzu oferta znajduje się pozycja pod pkt 8 o treści „Załącznikami do niniejszej oferty są:" i wymienia się 10 pozycji, nie nazywając ich. Do SIWZ załączony wzór umowy jako załącznik nr 7. W § 3 wzoru umowy znajduje się zapis o treści: „1. Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia i instalacji w siedzibie Zamawiającego dedykowanego serwera AE spełniającego wymagania określone w Załączniku nr 5 do Umowy." W załączniku nr 5 do umowy „Minimalne wymagania dedykowanego serwera dla Elektronicznego Archiwum" w pkt 17w kolumnie „Opis" znajduje się zapis"(…) oświadczenie producenta o przejęciu zobowiązań serwisowych w przypadku niewywiązywania się wykonawcy z zobowiązań serwisowych. Oświadczenie musi dotyczyć tego konkretnego postępowania przetargowego i należy je dołączyć w momencie składania oferty".

Co do czynności zamawiającego przed odrzuceniem oferty odwołującego Izba ustaliła.

W dniu 7 grudnia 2012r. zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W piśmie przywołano załącznik Nr 5 pkt 17 tabeli do załącznika nr 7 to jest wzoru umowy i zacytowano zapis o obowiązku dostarczenia zobowiązania producenta na wypadek nie wykonania zobowiązań serwisowych przez wykonawcę. Dalej zamawiający stwierdził brak tego oświadczenia w ofercie odwołującego i wezwał do jego złożenia.
W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 13 grudnia 2012r. odwołujący za pismem przewodnim doręczył następujące oświadczenia: oświadczenie z dnia 3 grudnia 2012r. Hewlett- Packard Polska Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie oraz oświadczenie Skynet z dnia 3.12.2012r. Z oświadczenia HP Polska Sp. z o.o. wynika, że sprzęt zaoferowany przez Skynet z Wrocławia jest objęty usługą serwisową realizowaną przez HP Polska Sp. z o.o. wśród wymienionego sprzętu znajduje się Serwer opisany: Nr produktu 507168-B21 Opis HP DL 180 G6 CTPO Server. Z kolei z oświadczenia Skynet wynika, że jest oficjalnym HP Polska i dostarczy odwołującemu serwer zgodnie z założeniami partnerem przedmiotowego postępowania.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2012r. odrzucił ofertę odwołującego podając jako podstawę prawną art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp z uwagi na brak w ofercie oświadczenia producenta.

Izba przeprowadziła również dowód z oferty odwołującego.

W formularzu ofertowym w pkt 8 wymieniono załączniki, wśród których nie wymienia się załącznika „zobowiązanie producenta".
W samym formularzu ofertowym powtórzono zapisy przywoływanych na rozprawie przez odwołującego punktów 4 i 7 o następującej treści: 4. Oświadczamy, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzór /projekt/ umowy został przez nas

zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach i w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. 7. Oświadczamy, że udzielamy gwarancji na okres i na warunkach określonych w § 7 projektu/wzoru/ umowy.

Z oferty wykonawcy odwołującego wynika, że do realizacji przedmiotowego zamówienia posłuży się podwykonawcą. Powyższe wynika z załącznika do oferty formularz

p.n.„Podwykonawcy" gdzie stwierdza się, że „M3Group s.c. podwykonawstwo części: Rozdział 2 punkt 2 podpunkty b-e."
Na podstawie SIWZ Izba ustaliła, że Rozdział 2 punkt 2 ppkt b-e dotyczy „Rozdział II opis przedmiotu zamówienia 2. Zakres zamówienia obejmuje: b) distawe i instalacje w siedzibie zamawiającego dedykowanego serwera dla oprogramowania Archiwum Elektronicznego spełniającego wymagania i parametry określone w załącznik nr 5 do umowy do projektu umowy t.j. minimalne wymagania dedykowanego serwera dla elektronicznego centrum, c) dostawę bezterminowej licencji na oprogramowanie służące do obsługi Archiwum Elektronicznego (AE) dla nieograniczonej ilości użytkowników (…), d) integrację dostarczonego oprogramowania do obsługi archiwum (…), e) wykonanie migracji zdigitalizowanych zbiorów (…).

Na podstawie dokonanych powyżej ustaleń Izba zważyła co następuje.

Zarzut odwołującego co do nieuzasadnionego odrzucenia jego oferty nie potwierdził się.
W ocenie odwołującego, zamawiający nie miał prawa wśród dokumentów wymaganych do załączenia przy ofercie oczekiwać zobowiązania producenta serwera do zapewnienia usługi serwisowej w przypadku nie spełnienia tej usługi przez wykonawcę. Poza tym odwołujący uważa, że wymienienie tego załącznika wśród załączników do umowy a nie w samej SIWZ nie zobowiązuje odwołującego do jego załączenia. Ponadto odwołujący uważa, że sformułowanie „załączony w momencie składania oferty" nie obliguje do złożenia przedmiotowego dokumentu wraz z ofertą.
Izba na podstawie analizy zapisów SIWZ w tym załącznika nr 5 do projektu umowy stanowiącego z kolei załącznik nr 7 do SIWZ nie podzieliła stanowiska odwołującego, że okoliczność nie wymienienia tego zobowiązania w samej SIWZ a dopiero w jednym z załączników do SIWZ i to jako załącznika do załącznika do SIWZ nie powoduje nie istnienia postawionego wymogu załączenia do oferty stosownego zobowiązania producenta. Nie jest to komfortowe rozwiązanie dla wykonawcy, który musi wyspecyfikować wszystkie obowiązujące załączniki do oferty na podstawie zapisów rozrzuconych po całej SIWZ w tym w załącznikach do niej, ale nie może stanowić taka okoliczność podstawy do zwolnienia wykonawcy z obowiązku doręczenia stosownego zobowiązania w tym wypadku zobowiązania producenta do czynności serwisowych na wypadek nie wywiązywania się z tychże obowiązków przez wykonawcę. Podstawę do takiego stanowiska w sprawie Izba wywodzi z obowiązku i interesu wykonawcy do zapoznania się z całą treścią SIWZ w tym z treścią załączników a nawet załączników do załączników związku ze składaniem oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W świetle powyższych ustaleń, w ocenie Izby, wymóg załączenia do oferty zobowiązania producenta w tym przypadku producenta serwera jest nie do podważenia.
Również Izba nie znalazła podstaw do zwolnienia odwołującego z obowiązku załączenia do oferty zobowiązania producenta na tej podstawie, że w SIWZ zawarto zapis „na podstawie załączenia zobowiązania producenta w momencie składania oferty" a nie zapisu "do oferty należy załączyć zobowiązanie producenta". Bowiem w ocenie Izby obydwa sformułowania potwierdzają obowiązek załączenia zobowiązania producenta do oferty i należy je traktować jako równoznaczne w swej treści.

Co do prawa żądania zamawiającego doręczenia zobowiązania producenta na etapie składania ofert to w ocenie Izby prawo takie należy upatrywać w § 5 ust.1 pkt 2 powyżej przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów (…) z którego treści wynika, że „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi (…) odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: 2) (…) środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług (…), w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia.
W tym stanie rzeczy w ocenie Izby zamawiający miał prawo zastosować żądanie przedłożenia właściwego zobowiązania producenta do pełnienia serwisu na wypadek zaprzestania tegoż obowiązku przez wykonawcę. Powyższy zapis jest przepisem szczególnym umożliwiającym zamawiającemu zapewnienie realizacji zamówienia przez podmiot nie uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu.
Zamawiający miał również obowiązek zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy pzp to jest wezwania do uzupełnienia dokumentu, na co wskazuje wprost treść tego przepisu w związku z treścią art. 25 ust.1 ustawy pzp, który wśród oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie wymienia: warunki udziału w postępowaniu ale również spełnienie „przez oferowane dostawy, usługi, lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, a co „zamawiający wskazuje ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert”.
Reasumując wedle powyżej wskazanej argumentacji prawnej wynikającej z art. 26 ust.3 w związku z art. 25 ust.1 ustawy pzp, zamawiający był zobligowany do wezwania do uzupełnienia dokumentu zobowiązania producenta do zastępczego serwisowania.
Co zresztą jak powyżej przedstawiono zamawiający uczynił.
Niemniej przedstawione na wezwanie z dnia 7 grudnia 2012r. zobowiązanie producenta przedłożone w dniu 13 grudnia 2012r. w formie dwóch oświadczeń to jest HP Polska Sp z o.o. i Skynet Sp. z o.o. nie wypełniają wymogu z pkt 17 zal. nr 5 do umowy stanowiącej zał. nr 7 do SIWZ. Po pierwsze zamawiający żądał zobowiązania od producenta przejęcia

---

obowiązków serwisu na wypadek zaprzestania serwisowania przez wykonawcę a po drugie zobowiązanie producenta powinno odnosić się wprost do przedmiotowego postępowania przetargowego. Natomiast przedłożone oświadczenie HP Polska Sp. z o.o. jedynie mówi o objęciu usługą serwisową przez HP sprzętu zaoferowanego przez Skynet zamawiającemu. Nie stanowi szczegółowego wskazania do przedmiotowego postępowania oraz nie określa wprost o obowiązku przejęcia serwisu na wypadek nie wywiązywania się przez Skynet zgodnie z zapisem SIWZ to jest zobowiązanie o treści ”oświadczenie o przejęciu zobowiązań serwisowych w przypadku niewywiązywania się wykonawcy z zobowiązań serwisowych”. Bowiem z powyższego oświadczenia wynika jedynie, że sprzęt oferowany przez Skynet zamawiającemu jest objęty usługą serwisową HP Polska Sp. z o.o. Niemniej najistotniejszą kwestią w przedmiotowym uzupełnieniu dokumentów jest okoliczność, że podwykonawcą zgodnie ze złożoną ofertą w zakresie serwera jest firma M3 Group s.c. a nie wskazana w uzupełnieniu dokumentów Spółka Skynet s.c. z Wrocławia. Wobec powyższego odwołujący nie wykonał wezwania i zamawiający zasadnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp jako sprzeczną z treścią SIWZ co uczynił pismem z dnia 14 grudnia 2012 roku.

Na marginesie należy zaznaczyć, że w ocenie Izby przywoływane na rozprawie zapisy pkt 4 i 7 formularza oferty również nie zapewniają spełnienia wymogu zobowiązania producenta do zastępczego serwisu na wypadek nie wywiązywania się z obowiązków serwisu przez wykonawcę.

W związku z powyższym, że Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy przywołanych w odwołaniu, w myśl art. 192 ust.2 ustawy pzp, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) oraz § 1 ust.1 pkt 1) 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. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 7.500,00 złotych.

Przewodniczący: ……
