

WYROK
z dnia 06 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu rozprawy w dniu 05 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Sygnity S.A 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180, WNUEL S.A 53-611 Wrocław, ul. Strzegomska 56a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., 01-613 Warszawa, ul. Bohomolca 21** protestu z dnia 7 kwietnia 2008 r.

przy udziale **BIATEL S.A, 00-078, Warszawa, Plac Piłsudskiego 1, ANDRA Sp. z o.o., 02-226 Warszawa, ul. Pryzmaty 6/8** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Sygnity S.A, WNUEL S.A, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote i zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Sygnity S.A, WNUEL S.A, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych i zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Sygnity S.A, WNUEL S.A, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180**

Uzasadnienie

Zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest zakup i dostarczenie sprzętu komputerowego i oprogramowania, w szczególności obejmującego architekturę serwerową oraz pamięć masową na potrzeby Spółki. W dniu 31.03.2008 roku Zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania. W dniu 7.04.2008 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BIATEL S.A. oraz ANDRA Sp. z o.o. wnieśli protest na czynności oraz zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - SYGNITY S.A. i WINUEL S.A. (Konsorcjum SYGNITY);
- zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum SYGNITY;
- zaniechaniu wezwania Konsorcjum SYGNITY do uzupełnienia brakujących oświadczeń lub dokumentów;

- zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum SYGNITY z postępowania.

Protestujący stwierdził, że jego interes prawny doznał uszczerbku poprzez uniemożliwienie mu uzyskania przedmiotowego zamówienia i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655).

Protestujący żądał:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum SYGNITY jako najkorzystniejszej;
- dokonania ponownej oceny ofert;
- odrzucenia oferty Konsorcjum SYGNITY;
- ewentualnie wezwania Konsorcjum SYGNITY do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów i/lub wykluczenia Konsorcjum SYGNITY z postępowania;
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez Protestującego.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał, że zaproponowana przez Konsorcjum SYGNITY macierz EMC CLARiiON CX3-20 posiada całkowitą pamięć cache dla systemu o wielkości 4GB, ale obszar dla przechowywania danych wynosi tylko 2GB, gdyż pozostałe 2GB są pamięcią systemową macierzy. Oznacza to, iż macierz oferowana przez Konsorcjum SYGNITY nie posiada 2x2 GB pamięci cache na przechowywanie danych, czyli nie spełnia wymogów postawionych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Ponadto Protestujący podniósł, iż Konsorcjum SYGNITY nie złożyło wraz z ofertą oświadczeń, że w ramach realizacji przedmiotu Zamówienia:

- dostarczy sprzęt i oprogramowanie fabrycznie nowe, wyprodukowane w ciągu ostatnich 9 miesięcy;
- dostarczy sprzęt i oprogramowanie za pośrednictwem oficjalnego kanału sprzedaży producenta na terenie Polski;
- dysponuje centrum zgłaszania problemów ze strony klientów (Customer Service) działającym 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu, których złożenia Zamawiający wymagał w Rozdziale IX SIWZ.

Protestujący podniósł ponadto, że Konsorcjum SYGNITY nie złożyło dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu ustanowione przez Zamawiającego w rozdziale VIII SIWZ. Wprawdzie został złożony wykaz wykonanych dostaw i usług, jednak

dołączone przez Konsorcjum SYGNITY dokumenty nie potwierdzają informacji zawartych w wykazie oraz nie poświadczają należytego wykonania ujętych w nim dostaw i usług.

W dniu 11.04.2008 Konsorcjum SYGNITY przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o oddalenie protestu. Przystępujący wskazał, że złożona przez niego oferta jest prawidłowa formalnie, wykluczenie go z postępowania i odrzucenie złożonej przez niego oferty nie jest możliwe, ponadto Protestujący nie wskazał dowodów potwierdzających prawidłowość stawianych przez niego zarzutów.

Zamawiający pismem z dnia 17.04.2008 roku uwzględnił protest w zakresie zarzutów dotyczących wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum SYGNITY oraz zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Zamawiający oddalił protest w zakresie pozostałych zarzutów.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że wymóg wyposażenia macierzy, w co najmniej 2x2 GB pamięci cache na przechowywanie danych z mechanizmem mirrorowania opisany został w treści SIWZ w sposób jednoznaczny i zrozumiały oraz powiązany jest z wymaganą wielkością pamięci cache na przechowywanie danych o wielkości 2 x 2GB to jest łącznie 4 GB na macierz dyskową. Zamawiający wskazał, że wymóg został przez niego sformułowany w ten sposób, ponieważ różni producenci tego typu sprzętu, w różny sposób opisują wielkość całościowej pamięci cache w swoich macierzach. Zamawiający stwierdził, że z informacji udostępnionych przez producenta macierzy zaoferowanej przez Konsorcjum SYGNITY oraz ze strony internetowej firmy Gartner zajmującej się konsultingiem w branży IT wynika, że macierz EMC CX3-20 posiada pamięć cache łącznie w wielkości 4 GB (2GB na kontroler), z czego 2 GB to pamięć cache systemowa (2 GB na przechowywanie danych). Zatem macierz zaproponowana przez Konsorcjum SYGNITY nie spełnia jego wymagań w zakresie pamięci macierzy dyskowej.

W odniesieniu do zarzutu nie dołączenia przez Konsorcjum SYGNITY oświadczeń wskazanych w proteście Zamawiający stwierdził, że zostały one załączone do oferty. Zarzut

nie dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających, iż Konsorcjum SYGNITY posiada wymagane doświadczenie Zamawiający uznał za bezzasadny. Art. 26 ust. 3 ustawy, nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawców nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust.1 ustawy lub jeśli dokumenty i oświadczenia zawierają błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wobec powyższego rozstrzygnięcia w dniu 22 kwietnia 2008 roku Konsorcjum SYGNITY wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (z kopią jednocześnie

4

przekazaną Zamawiającemu). Odwołujący się podniósł zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 7 ust.1 ustawy przez zaniechanie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego się do uzupełnienia oferty;
- art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy przez uznanie, że Odwołujący się nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy przez uznanie, że oferta Odwołującego się jest niezgodna z treścią SIWZ i została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie lub nakazanie unieważnienia rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu w zakresie, w jakim został on przez Zamawiającego uwzględniony oraz wezwanie Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. W uzasadnieniu Odwołujący się wywodził, że z dokumentów, na które powołuje się zarówno Protestujący, jak i Zamawiający wynika, że oferowana przez niego macierz spełnia wymogi SIWZ i całe 4GB są dostępne dla danych. Na potwierdzenie swych twierdzeń przedstawił kopię oświadczenia złożonego przez osobę reprezentującą firmę EMC Computer Systems Poland Sp. z o.o.

W dniu 5.05.2008 roku do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BIATEL S.A. oraz ANDRA Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oryginałów ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników złożonych na rozprawie. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje:

Niewątpliwym jest interes prawny Odwołującego się w uzyskaniu zamówienia, gdyż pierwotnie oferta Odwołującego się została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w DzUUE pod numerem 2008/S 34-047441 w dniu 19.02.2008 roku. SIWZ była dostępna na stronie internetowej Zamawiającego

WWW.gaz-system.pl

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł w Załączniku nr 1 do SIWZ.

5

W części dotyczącej macierzy dyskowej pkt 11 stanowi: „Macierz powinna być wyposażona, w co najmniej 2x2 GB pamięci cache na przechowywanie danych z mechanizmem mirrorowania.”

Odwołujący się złożył w dniu 27 marca 2008 r. ofertę, w której zaoferował dwie macierze dyskowe EMC CX3-20 w odniesieniu do których podniesiony został zarzut, że dysponują one całkowitą pamięcią cache dla systemu o wielkości 4GB, ale jej obszar dla przechowywania danych wynosi tylko 2GB, gdyż pozostałe 2GB są pamięcią systemową macierzy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła twierdzeń Odwołującego się zawartych w odwołaniu oraz zaprezentowanych na rozprawie, iż pojęcie "pamięć cache na przechowywanie danych" odnosi się do pamięci dla wszelkich danych występujących w systemie informatycznym Zamawiającego tzn. obejmuje zarówno dane operacyjne, jak i systemowe. Przeciwnie,

Zamawiający i Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie wykazali, że na rynku informatycznym powszechnie występuje rozróżnienie między pojęciami „pamięci dla przechowywania danych” oraz „pamięci dla danych systemowych”. Odwołujący się nie zaprzeczył temu twierdzeniu.

Izba stwierdza, że na Zamawiającym ciąży obowiązek dokładnego zbadania zarzutów podnoszonych w postępowaniu przez wykonawców. Zamawiający nie może bezkrytycznie odnosić się do oświadczeń składanych przez wykonawców lecz wobec wniesienia protestu powinien poddać weryfikacji oferty składane przez wykonawców w postępowaniu.

Weryfikacja ta może być dokonana w oparciu o informacje powszechnie dostępne, w tym informacje zamieszczone na stronach internetowych (vide *Wyrok ZA z 19.04.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-724/05*).

Zaprezentowana przez Odwołującego się interpretacja pkt 11 Załącznika Nr 1 do SIWZ w części dotyczącej macierzy dyskowej różni się od stanowiska zaprezentowanego na oficjalnej stronie firmy EMC – producenta sprzętu, który Odwołujący się dostarczyłby Zamawiającemu w przypadku zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący się nie wyjaśnił na rozprawie przyczyn odmiennego rozumienia przez siebie pojęcia „pamięci cache dla przechowywania danych” niż zaprezentowana przez firmę EMC oraz na stronie internetowej firmy Gartner, na które powołali się Zamawiający i Przystępujący do postępowania odwoławczego po jego stronie.

Izba odmówiła mocy dowodowej oświadczeniu Bartosza Stebnickiego – Dyrektora Generalnego EMC Computer Systems Poland Sp. z o.o. dotyczącego pamięci cache macierzy Clariion CX3-20. Treść oświadczenia nie odnosi się do treści SIWZ (Załącznik nr 1 opis „Macierzy dyskowej pkt 11), nie potwierdza parametrów pamięci na przechowywanie

6

danych a mówi jedynie o „dostępności danych” niezależnie od ich rodzaju (tzn. czy są to dane operacyjne, czy systemowe) i nie może stanowić dowodu na poparcie twierdzenia Odwołującego się.

Twierdzenia Zamawiającego nie zostały wzruszone dowodami na twierdzenie przeciwne a skoro Odwołujący się zaprezentował inne rozumienie opisu przedmiotu zamówienia niż producent zaoferowanego przez niego w postępowaniu sprzętu, to nie można przyjąć, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny albo pojęciom użytym przy dokonywaniu opisu nadał pojęcie inne niż powszechnie stosowane. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie zmienił interpretacji spornego punktu SIWZ po wniesieniu protestu.

Izba stwierdza, że oferta Odwołującego się nie odpowiada wymaganiom określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ opis „Macierzy dyskowej” pkt 11 i powinna zostać odrzucona. Zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie potwierdził się. Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania Izba stwierdza, że skoro oferta Odwołującego się podlega odrzuceniu, to Zamawiający nie jest zobowiązany do zwracania się do niego z wezwaniem do uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, przez nierówne traktowanie wykonawców. Skoro oferta Odwołującego się nie jest zgodna z wymaganiami SIWZ, to podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i nie może zostać oceniona pod względem kryteriów oceny przyjętych w postępowaniu.

W ocenie Izby Zamawiający dopuszczając ofertę niezgodną z SIWZ do oceny merytorycznej dopuściłby się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w stosunku do wykonawców, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu.

Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie zostały odrębnie podniesione przez Odwołującego się na rozprawie.

Izba uznaje je za chybione. Po pierwsze Zamawiający nie dokonał w postępowaniu czynności wykluczenia a w rozstrzygnięciu protestu nie przesądził podstawy prawnej dla ewentualnego dokonania tej czynności. Po drugie niezależnie od podstawy prawnej dla czynności wykluczenia, jeśli Zamawiający wykluczy Odwołującego się z postępowania, to nie dopuści się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą z mocy prawa na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art.191 ust. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego
w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

,

* *niepotrzebne skreślić*