

WYROK
z dnia 17.01.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk - Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska
Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 15.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ComArch S.A, Fin Skog Geomatics International Sp. z o.o., Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A, Kraków, Ul. Jana Pawła II 39A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samorząd Województwa Mazowieckiego, Warszawa, Ul. B.Brechta 3** protestu / protestów * z dnia 04.12.2007 r.

przy udziale **Konsorcjum: Sygnity S.A, Winuel S.A, Geomar S.A, KPG Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: ComArch S.A, Fin Skog Geomatics International Sp. z o.o., Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A, Kraków, Ul. Jana Pawła II 39A**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ComArch S.A, Fin Skog Geomatics International Sp. z o.o., Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A, Kraków, Ul. Jana Pawła II 39A**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ComArch S.A, Fin Skog Geomatics International Sp. z o.o., Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A, Kraków, Ul. Jana Pawła II 39A**

2

Uzasadnienie

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 14 grudnia 2007r. Odwołujący się - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tworzący Konsorcjum w składzie:

- 1/ ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie /lider Konsorcjum/,
 - 2/ Fin Skog Geomatics International Sp. z oo z siedzibą w Gdańsku,
 - 3/ Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A. z siedzibą w Gliwicach ,
- zaznaczyli Zamawiającemu naruszenie przepisów :

-art.89 ust.1 pkt 2 i art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm:

- 1/ Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2/ Winuel S.A. z siedzibą we Wrocławiu,
- 3/ Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie,
- 4/ KPG Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego w dalszej treści uzasadnienia „Konsorcjum Sygnity”,

z tego powodu, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, z powodu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;

-art.89 ust.1 pkt 1 i 2 oraz art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum firm:

- 1/Intergraph Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
 - 2/ Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne „OPEGIEKA” Sp. z o.o. z siedzibą Elblągu, zwanego w dalszej treści uzasadnienia „Konsorcjum Intergraph”,
- z tego powodu, że treść złożonej oferty nie odpowiada ustawie i treści SIWZ oraz poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pomimo złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący się podał, że w załączniku nr 1 do SIWZ – „Warunki techniczne” pkt 3 „Zakres prac” pkt 3.4. Zadanie 4A- „Dostawa sprzętu teleinformatycznego”- Zamawiający postanowił, że „rozdział zawiera wykaz sprzętu i minimalne wymagania w rozbiciu na przyjęte w systemie modele wdrożeniowe”. W pkt 3. „Minimalne wymagania sprzętowe”: c. stacja GIS postawił wymagania w zakresie „Gwarancja”. W myśl tych wymagań:

firma serwisująca musi posiadać - ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych,

3

- autoryzację producenta komputera – dokumenty potwierdzające załączyć do oferty,
-oświadczenie producenta komputera, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

W ocenie Odwołującego się serwis urządzeń stacji GIS mógł być wykonany tylko przez podmiot, który spełnia wskazane warunki tj. albo wykonawcą lub firmą trzecią, o ile podmioty te posiadają ISO9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz autoryzację producenta komputera albo producenta, o ile posiada ISO 9001:2000 „od początku” wykonywania zamówienia lub w przyszłości z uwagi na wymóg ewentualnego przejęcia zobowiązań serwisowych ciążących na wykonawcy .

Wskazane Konsorcja nie przedstawiły w swoich ofertach żądanych dokumentów i oświadczeń. Dopiero po uwzględnieniu przez Zamawiającego wniesionych protestów, Konsorcja zostały wezwane do uzupełnienia ofert, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Konsorcjum Sygnity złożyło oświadczenie producenta stacji GIS, tj . firmy DELL, że firma serwisowa Computer Service Support S.A. posiada autoryzację producenta na serwisowanie sprzętu komputerowego DELL oraz oświadczenie, że producent przejmie na siebie w razie potrzeby obowiązki serwisowe. Konsorcjum to nie przedłożyło jednakże certyfikatu ISO 9001:2000 dla producenta sprzętu, tj. firmy DELL.

Z tego powodu w ocenie Odwołującego się oferta Konsorcjum Sygnity powinna zostać odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Konsorcjum Intergraph w uzupełnieniu oferty złożyło:
oświadczenie producenta stacji GIS, że sprzęt komputerowy objęty został gwarancją producenta, która obejmuje świadczenie usług serwisowych, firma Computer Service Support S.A. jest autoryzowaną przez DELL usługodawcą usług serwisowych oraz, że producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem w razie takiej konieczności.

Jednocześnie Konsorcjum Intergraph złożyło wymagany certyfikat ISO 9001:2000 dla

firmy Computer Service Support S.A. oraz certyfikat dla producenta firmy DELL. Certyfikat dla producenta firmy DELL został złożony w języku obcym, nie załączono tłumaczenia na język polski.

Zgodnie z art.9 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie prowadzone jest w języku polskim, oferta Konsorcjum Intergraph, zawierająca załączniki w języku obcym, jest niezgodna z ustawą i nie odpowiada treści SIWZ, powinna zostać odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy.

4

Obaj wykonawcy nie wskazali w swoich ofertach, że zamierzają powierzyć części zamówienia podwykonawcy, tj. firmie, która ma świadczyć usługi serwisowe - Computer Service Support S.A., mimo, że z treści ofert wynika taka konieczność.

W ocenie Odwołującego się, Wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, podlegają zatem wykluczeniu na podstawie art.24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący się wniósł o:

1/ unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Sygnity.

2/ nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- ponownej oceny ofert,
- wykluczenia Konsorcjum Sygnity i odrzucenia jego oferty,
- wykluczenia Konsorcjum Intergraph i odrzucenia jego oferty.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem. Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Sygnity.

Zamawiający oddalił protest w całości uznając go za bezzasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający Samorząd Województwa Mazowieckiego z siedzibą w Warszawie podał, że nie wymagał w SIWZ załączenia dokumentu potwierdzającego posiadanie przez producenta certyfikatu ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych. Stąd nie mógł żądać od wykonawców, zarówno złożenia tych dokumentów, jak również ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Również Zamawiający nie podzielił stanowiska zawartego w proteście, w przedmiocie uznania firmy serwisującej usługi –Computer Service Support S.A., jako podwykonawcy zamówienia, z uwagi na fakt, że usługi serwisowe nie stanowiły wyodrębnionej części zamówienia, lecz stanowiły zobowiązanie wykonawcy łączące się z przedmiotem zamówienia, które mógł wykonać wykonawca, producent, bądź inny podmiot, pozostający w określonej zależności od producenta.

Ponadto oświadczenie polegające na wskazaniu części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, jest oświadczeniem wiedzy, a nie oświadczeniem woli. Brak takiego oświadczenia, w ocenie Zamawiającego, nie stanowi podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy odrzucenia jego oferty.

Gwarantem, zgodnie ze złożonymi ofertami – Konsorcjum Sygnity i Konsorcjum Intergraph są wykonawcy. Autoryzowany serwis producenta, dotyczący stacji GIS – firmy DELL, będzie realizowany przez inny podmiot – Computer Service Support S.A., jako autoryzowany usługodawca w zakresie usług serwisowych.

5

Zdaniem Zamawiającego brak jest podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska, przytaczając argumentację na poparcie zarzutów, zgłoszonych w proteście i w odwołaniu przez Odwołującego, rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego, oraz w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i postępowania odwoławczego przez przystępującego – Konsorcjum Sygnity S.A.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w szczególności z oryginalnej dokumentacji postępowania, dostarczonej przez Zamawiającego wraz ze złożonymi ofertami, dokumentów złożonych na rozprawie oraz wyjaśnień stron, Izba ustaliła i zważyła, co

następuje.

Odwołujący się posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej w dalszej treści ustawą Pzp, gdyż w razie skutecznego podważenia czynności Zamawiającego badania i oceny ofert – wybranej oferty, złożonej przez Konsorcjum Sygnity oraz drugiej w kolejności pod względem punktacji, oferty złożonej przez Konsorcjum Intergraph, Odwołujący się miałby ewentualną możliwość uzyskania zamówienia publicznego.

Kwestią sporną, pomiędzy stronami postępowania, jest ocena złożonych ofert w zakresie wymogu doręczenia przez Wykonawców certyfikatu ISO 9001:2000 wydanego dla producenta sprzętu – firmy DELL oraz wskazanie w ofertach części zamówienia, którą zostaną powierzone podwykonawcom, zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp i § 23 siwz (str. 12) dotyczy to usług serwisowych, wykonywanych w ramach gwarancji, udzielonej na sprzęt komputerowy, będący przedmiotem zamówienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa i instalacja sprzętu i oprogramowania, modernizacja oprogramowania, prace wdrożeniowe, szkolenia użytkowników oraz opracowanie danych tematycznych”, w ramach realizacji projektu „Mazowiecki System Informacji Przestrzennej Gmin i Powiatów współdziałających w ramach województwa”, współfinansowanego z Unii Europejskiej ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego – Priorytet 1 ZPORR – Rozbudowa i modernizacja infrastruktury, służącej wzmocnieniu konkurencyjności regionów, prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego.

W załączniku nr 1 do siwz, dotyczącym danych technicznych sprzętu, w dolnym wierszu tabeli na str. 55/85 siwz oraz w górnym wierszu na str. 56/85 siwz, pt. „Gwarancja”, Zamawiający żądał załączenia do oferty następujących dokumentów i oświadczeń:

6

- dla firmy serwisującej - certyfikatu ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadania autoryzacji producenta komputera,

- „oświadczenia producenta komputera, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem”.

W § 23 siwz (str. 12), zgonie z treścią art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, zobowiązującą Zamawiającego do żądania wskazania przez Wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, Zamawiający zawarł przedmiotowe żądanie, wymagając wskazania, w formularzu oferty, części zamówienia zamierzonej do powierzenia podwykonawcom.

W podważanych w odwołaniu ofertach nie załączono certyfikatów ISO 9001:2000, wydanych dla producenta sprzętu, tj. firmie DELL.

Na skutek wniesionego w postępowaniu innego protestu, niż protest poprzedzający rozpoznawane odwołanie, Zamawiający, korzystając z trybu określonego w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawców do uzupełnienia ofert w wyznaczonym terminie w zakresie dokumentów i oświadczeń. Wezwanie nie dotyczyło certyfikatów dla producenta sprzętu (firma DELL), gdyż w ocenie Zamawiającego nie zawarto takiego wymogu w siwz.

W konsekwencji certyfikat ISO wymagany dla producenta sprzętu – firmy DELL został załączony tylko do oferty Konsorcjum Intergraph i tylko w obcym języku, bez tłumaczenia jego treści na język polski.

Izba uznała, że w powyższym zakresie, treść wskazanych ofert nie jest sprzeczna z treścią siwz (oferty Konsorcjum Sygnity i Konsorcjum Intergraph), a także z przepisami ustawy Pzp – art. 9 ust. 2 (oferta Konsorcjum Intergraph).

Z żądania zawartego w siwz (str. 55/85 – 56/85 tabela), w wierszu pt. „Gwarancja”, jednoznacznie wynika, że Zamawiający żądał załączenia do oferty certyfikatu ISO 9001:2000 na świadczenie usług serwisowych, dotyczącego firmy serwisującej. Natomiast producent komputera miał złożyć tylko oświadczenie, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem.

Z powyższego sformułowania wcale nie wynika, że producent sprzętu wraz ze złożeniem oferty, bądź z rozpoczęciem realizacji zamówienia, staje się firmą serwisującą. Firma serwisująca została wskazana w obu ofertach ta sama, tj. Computer Service Support S.A.

jako autoryzowany przez producenta – firmę DELL, usługodawca w zakresie usług serwisowych. Firma ta, jako firma serwisująca – CSS S.A. – powinna być oceniana pod kątem wymagań, postawionych serwisantowi.

7

Producent urządzeń, wyłącznie zastępczo i tylko w zasadzie awaryjnie, przejmuje na siebie obowiązki serwisanta. Taka potrzeba może w ogóle nie wystąpić podczas realizacji całego zamówienia.

Wywody Odwołującego się zawarte w odwołaniu i poprzedzającym odwołanie proteście oraz przedstawione na rozprawie, zmierzające do uznania producenta jako firmy serwisującej, w sytuacji ewentualnego zastępczego przejęcia zobowiązań serwisowych, nie są w ocenie Izby uzasadnione. Oferty nie podlegają z tego powodu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż brak certyfikatu ISO w ofercie Konsorcjum Sygnity oraz załączenie certyfikatu w ofercie Konsorcjum Intergraph w obcym języku, nie skutkuje niezgodnością treści ofert z ustawą i treścią siwz.

W zakresie zarzutu braku wskazania w ofertach części zamówienia (usługa serwisowa), która zostanie powierzona podwykonawcom (Computer Service Support S.A.) Izba zważyła następujące okoliczności.

W § 23 siwz (str. 12) Zamawiający wymagał wskazania w formularzu ofertowym części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom.

Istotą realizacji zamówienia publicznego jest wykonanie tego zamówienia przez Wykonawcę. Z reguły Wykonawca wykonuje samodzielnie zamówienie publiczne i pod tym kątem oceniana jest jego zdolność podmiotowa oraz możliwości zrealizowania zamówienia w zakresie przedmiotu.

Jednakże w uzasadnionych przypadkach zachodzi konieczność rezygnacji z samodzielnego wykonania zamówienia, ze względu na wymagania specjalistyczne dotyczące przedmiotu zamówienia, organizacyjne czy ekonomiczne.

W każdym przypadku korzystania przez Wykonawcę z czynności podwykonawcy występuje wola powierzenia wykonania określonych prac innemu podmiotowi, możliwość wyboru tego podmiotu w takim znaczeniu, że decyzyjność w tym zakresie przysługuje Wykonawcy, a także zawarcie umowy podwykonawczej, określającej wzajemne zobowiązania i uprawnienia stron, przy czym Wykonawca odpowiada za działania podwykonawcy, tak jak za własne.

W ustawie Pzp brak jest legalnej definicji podwykonawcy. W myśl art. 356 k. c. wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo właściwości świadczenia. Zasadą jest, że gdy nie występują powyższe przesłanki, Zamawiający nie może domagać się osobistego świadczenia przez Wykonawcę. Zamawiający ma natomiast obowiązek żądania wskazania przez wykonawcę części zamówienia, powierzonego podwykonawcy (art. 36 ust. 4 ustawy Pzp).

W rozpoznawanej sprawie Konsorcja – Sygnity i Intergraph nie wskazały w formularzach ofertowych części zamówienia, które zamierzają do powierzyć podwykonawcy, jednocześnie wskazując, że jako Wykonawcy udzielają gwarancji na dostarczony sprzęt, zastosowane

8

materiały i oprogramowanie wraz z serwisem gwarancyjnym, na wskazane w ofertach okresy oraz zapewnią autoryzowany serwis producenta dla serwerów, streamerów i macierzy dyskowych.

Jednocześnie z oświadczenia producenta sprzętu komputerowego z dnia 22.11.2007 r. wynika, że producent objął gwarancją producenta świadczenie usług serwisowych sprzętu komputerowego, dostarczanego w ramach prowadzonego postępowania. Autoryzowanym przez DELL, usługodawcą w zakresie usług serwisowych, jest firma Computer Service Support S.A.

Świadczenie usług serwisowych wynika z gwarancji, udzielonej przez Wykonawcę składającego ofertę, jak również z gwarancji, jakiej udzielił producent sprzętu. Stąd też na zakres, sposób realizacji oraz rodzaj świadczonych usług serwisowych, przez producenta sprzętu, działającego poprzez autoryzowaną firmę usług serwisowych, Wykonawca składający ofertę ma wpływ pośredni. Wykonawca, bowiem nabywając przedmiot zamówienia od producenta, kupuje go wraz z pakietem usług serwisowych oraz wskazaniem

firmy serwisującej. Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający w siwz żądał przedłożenia w ofertach certyfikatu ISO 9001:2000 wydanego dla firmy serwisującej, która w dodatku ma posiadać autoryzację producenta.

Świadczenie usług serwisowych w przedmiotowym postępowaniu, ze względu m.in. na specyfikę przedmiotu, którą omawia przystępujące do postępowania odwoławczego Konsorcjum Sygnity, jest skutkiem sprzedaży sprzętu komputerowego przez producenta na rzecz Wykonawcy zamówienia publicznego. Realizacja tego zobowiązania nastąpi po zakończeniu dostawy sprzętu komputerowego, będącego głównym zakresem przedmiotu postępowania.

Wykonawca składający ofertę nie ma możliwości wyboru, a zatem podporządkowania sobie autoryzowanej przez producenta, firmy serwisującej, jako podwykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp.

W ocenie Izby autoryzowany usługodawca producenta (CSS S.A.), wskazany do świadczenia usług serwisowych, związanych z nabyciem sprzętu tego producenta, nie może być uznany jako podwykonawca Wykonawcy składającego ofertę, na którego wybór powinien mieć wyłączny wpływ Wykonawca oraz zawrzeć z nim stosowną umowę.

W świetle powyższych ustaleń, w ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania, że Konsorcja Sygnity i Intergraph, nie wskazując w formularzach ofertowych podwykonawców w zakresie usług serwisowych, złożyły nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Z tych względów na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

9

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

10

* *niepotrzebne skreślić*

11