

WYROK
z dnia 22 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pawła Nogowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. EVERCOM Paweł Nogowicz, ul. Codzienna 8C, 03-668 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Obrony Narodowej Departament Zaopatrywania Sił Zbrojnych, Al. Niepodległości 218, 00-911 Warszawa** protestu z dnia 18 września 2008r.

przy udziale **Konsorcjum firm: B3System S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa (lider Konsorcjum) i DECSOFT S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Erasma Ciołka 8, 01-402 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,

1

2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Obrony Narodowej Departament Zaopatrywania Sił Zbrojnych, Al. Niepodległości 218, 00-911 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Pawła Nogowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. Paweł Nogowicz, EVERCOM ul. Codzienna 8C, 03-668 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5632 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Ministerstwo Obrony Narodowej Departament Zaopatrywania Sił Zbrojnych, Al. Niepodległości 218, 00-911 Warszawa** na rzecz **Pawła Nogowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. EVERCOM Paweł Nogowicz, ul. Codzienna 8C, 03-668 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pawła Nogowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. EVERCOM Paweł Nogowicz, ul. Codzienna 8C, 03-668 Warszawa.**

Uzasadnienie

Ministerstwo Obrony Narodowej – Departament Zaopatrywania Sił Zbrojnych, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie

zamówienia na „Dostawę stacji roboczych i oprogramowania dla resortu Obrony Narodowej”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 18 sierpnia 2008 r., nr 2008/S 153-206382.

2

Zamawiający w dniu 11 września 2008 r., poinformował Pawła Nogowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EVERCOM Paweł Nogowicz, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 12 oferty Konsorcjum firm: B3System S.A. z siedzibą w Warszawie (lider Konsorcjum) i DECSOFT S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Konsorcjum”.

Pismem z dnia 18 września 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,
2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
3. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż wykonawca podlega wykluczeniu z prowadzonego postępowania,
4. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż ta podlega odrzuceniu,
5. z ostrożności procesowej – naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum, które w określonym terminie złożyło dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zawierające błędy lub też nie złożyło tych dokumentów, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum,
2. dokonanie powtórnej oceny ofert,
3. wykluczenie Konsorcjum z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp,
4. odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp,
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
6. z ostrożności procesowej o wezwanie Konsorcjum, które w określonym terminie złożyło dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zawierające błędy lub nie złożyło dokumentów, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż:

1. Zamawiający w SIWZ (s. 37) wymagał, aby zaoferowane oprogramowanie zarządzało nielimitowaną liczbą aplikacji zarządzających urządzeniami (sondami) IPS, a Konsorcjum

3

zaoferowało oprogramowanie McAfee Network Security Global Manager, które nie posiada wymaganej funkcjonalności. Na dowód powyższego przedłożył oświadczenie producenta przedmiotowego oprogramowania – firmy McAfee, z którego wynika, iż McAfee Network Security Global Manager (służy do zarządzania z pojedynczego serwera tylko i wyłącznie bezpośrednio wieloma urządzeniami) i McAfee Network Security Central Manager Software Global (umożliwia zarządzanie centralne nielimitowaną liczbą aplikacji zarządzających urządzeniami), a produkty te różnią się funkcjami, zastosowaniem oraz ceną.

2. Konsorcjum oświadczyło, że zaoferowane oprogramowanie posiada wymaganą w SIWZ funkcjonalność, mimo iż z oświadczenia producenta przedmiotowego oprogramowania wynika brak takiej funkcjonalności. Tym samym Konsorcjum złożyło nieprawdziwą informację i powinno zostać wykluczone.
3. Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, mimo iż:

a) załączona przez Konsorcjum deklaracja zgodności nie spełnia wymogów pkt 1 i 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego (Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1089), gdyż nie zawiera pełnej nazwy ani adresu producenta bądź jego upoważnionego przedstawiciela oraz nie zawiera imienia i nazwiska osoby upoważnionej do składania podpisu w imieniu producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela, tj. zawiera błędy.

b) w „Wykazie wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat”:

- dostawa wskazana w pozycji 8. nie odpowiada swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia,
- dostawa wskazana w pozycji 9. nie została potwierdzona zawiera dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie przedmiotowej usługi, takim dokumentem nie może być załączona przez Konsorcjum faktura.

W dniu 18 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 19 września 2008 r. Konsorcjum przystąpiło do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma Odwołującego.

Pismem z dnia 26 września 2008 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, wskazując m.in., iż podniesione przez Odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ofercie Konsorcjum, gdyż Konsorcjum jednoznacznie zaoferowało wymaganą funkcjonalność zapewniającą centralne zarządzanie nielimitowaną liczbą aplikacji zarządzających urządzeniami (sondami)

4

IPS. Nazwa Network Security Global Manager jest nazwą jedynie cennikową i nie może być podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum. Oferta została złożona zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, tym samym nie był on zobowiązany do wystąpienia z żądaniem wyjaśnienia oraz uzupełnienia kwestionowanych dokumentów.

Pismem z dnia 1 października 2008 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP w dniu 1 października 2008 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 1 października 2008 r.), podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście.

Pismem z dnia 1 października 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21 października 2008 r. (pismem z dnia 20 października 2008 r.) Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1. dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ potwierdził się.

Przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 12 jest bezpieczeństwo sieciowe, które Zamawiający szczegółowo opisał w Załączniku nr 1 „Zadanie nr 12 – Bezpieczeństwo sieciowe przedstawione poniżej lub równoważne”. Zgodnie z rozdziałem I „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 4 pkt 9 wykonawca zobowiązany był „wskazać (opisać) w kolumnie „Specyfikacja techniczna oferowanego przedmiotu zamówienia” (załącznik nr 4 do SIWZ) oferowane parametry (wyposażenie) poprzez j”ednoznaczne ich określenie (nazwa, typ, itp.)”.

Konsorcjum do złożonej oferty załączyło „Formularz techniczny (s. 9-13 oferty), w którym pod pozycją 3 jako oferowane oprogramowanie do centralnego zarządzania IPS-ami typu A i B wskazało „McAfee Network Security Global Manager”.

Odwołujący zarówno w proteście, jak i odwołaniu podniósł, iż zaoferowane przez Konsorcjum oprogramowanie „McAfee Network Security Global Manager” nie posiada wymaganej funkcjonalności.

Zdaniem Izby, Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wskazał w SIWZ sposób opisu oferowanych parametrów, który miał być dokonany m.in. poprzez sporządzenie załącznika nr 4 – zgodnie z załącznikiem nr 1, w pozycji „Parametry oferowane”, jednoznacznie określić, ich nazwy, typu, itp.

Tymczasem z dokumentów producenta oprogramowania (McAfee) przedłożonych przez Odwołującego oraz Konsorcjum (w przystąpieniu do postępowania odwoławczego) wynika, iż „McAfee Network Security Global Manager” oraz „McAfee Network Security Central Manager Software Global” są to produkty o różnych funkcjach oraz zastosowaniu (pismo z dnia 18 września 2008 r. załączone do protestu). Natomiast oprogramowanie do zarządzania IPS-ami pod ogólną nazwą „McAfee Network Security Global Manager” z uwzględnieniem oferowanego opisu funkcjonalności spełnia wymagania Zamawiającego, a oprogramowanie o opisanej w ofercie funkcjonalności i zawiera się w grupie produktów „McAfee Network Security” (pismo z dnia 20 października 2008 r. załączone do przystąpienia do postępowania odwoławczego)

Nadto Zamawiający, jak oświadczył na rozprawie, żadnej nazwy nie mógł zweryfikować na podstawie dostępnych mu materiałów, opis funkcjonalności w żadnej z ofert nie budził jego wątpliwości, a niejednoznaczność nazwy kwestionowanego oprogramowania ma znaczenie pomijalne wobec zobowiązania Konsorcjum.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby uznał, iż opis funkcjonalności zawarty w pozycji 3 „Formularza technicznego” „Parametry oferowane” jest niezgodny z nazwą oferowanego oprogramowania, tj. McAfee Network Security Global Manager. Na powyższe wskazuje zarówno niespójność stanowisk producenta, oświadczenia Zamawiającego, jak i Przystępującego, z których wynika, iż ocenie poddano oferowaną funkcjonalność, a nie przytoczone nazwy produktów. Niemniej jednak dla prawidłowej oceny zgodności treści oferty z SIWZ koniecznym jest nie tylko dokonanie oceny parametrów technicznych oferowanego urządzenia (jego funkcjonalności), ale i ich zestawienia z nazwą oferowanego oprogramowania, tym bardziej, iż podanie nazwy, bądź typu było wymagane przez SIWZ. Niedopuszczalnym jest bowiem sytuacja, w której nazwa oprogramowania jest niezgodna z opisem jego funkcjonalności. Elementy te muszą być spójne. Treść oferty musi być czytelna i jednoznaczna nie tylko dla wykonawcy składającego ofertę, ale przede wszystkim dla Zamawiającego, jak i innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Produkt nie został więc jednoznacznie określony, co jest niezgodnie z przytoczonymi powyżej wymaganiami SIWZ.

Zarzut 2, dotyczący podania nieprawdziwej informacji nie potwierdził się.

Izba ustaliła bowiem, iż oprogramowanie o wskazanej przez Konsorcjum nazwie, tj. „McAfee Network Security Global Manager” istotnie istnieje. Parametry oprogramowania zaoferowane przez Konsorcjum są parametrami spełniającymi oczekiwania Zamawiającego i są przygotowane dla potrzeb tego konkretnego postępowania, ale nie odpowiadające nazwie programowania. Istotnie istnieje niespójność pomiędzy zaoferowanego zaoferowanym nazwą oprogramowania, a podporządkowanymi mu parametrami. Niemniej jednak należy uznać, iż jest to niezgodność skutkująca niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, a nie kwalifikowaną jako nieprawdziwa informacja, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut 3 dotyczący zaniechanie wezwania Konsorcjum do przedłożenia dokumentu (prawidłowo sporządzonej deklaracji zgodności, ze względu na to, że przedłożona wraz z ofertą zawiera błędy nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale I „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 4 ppkt 2 zamieścił postanowienie, iż oferowane wyroby muszą spełniać wszystkie wymagania określone ustawą z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r., Nr 204, poz. 2087 z

późn. zm.), zwaną dalej „ustawą o systemie oceny zgodności”, a w szczególności muszą spełniać warunki rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 sierpnia 2007 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla sprzętu elektrycznego (Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1089), żądając jednocześnie dołączenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków określonych we wskazanych aktach prawnych.

Konsorcjum do złożonej oferty załączyło „Informację zgodności z wytycznymi”, zawierającą w nagłówku nazwę „McAfee” i potwierdzającą zgodność wskazanych w jej treści modeli urządzeń ze wskazanymi w niej standardami. Przedmiotowy dokument został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez Mikołaja Burego, Dyrektora ds. Handlowych Sektora SMB.

Odwolujący zakwestionował formę dokumentu (braki w nazwie i adresie producenta oraz brak wskazania osób upoważnionych do składania podpisu w imieniu producenta), a nie jego treść.

Zgodnie z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605) dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Świadczenie przedłożenia oryginału jest możliwe tylko w sytuacji, gdy złożona kopia, jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości.

7

Skoro więc złożony przez Konsorcjum dokument, potwierdzony za zgodność z oryginałem nie budzi wątpliwości, co do jego treści, należy uznać, iż został złożony prawidłowo, zwłaszcza że w świetle art. 12 ustawy o systemie oceny zgodności domniemywa się, że wyrób, na którym umieszczono oznakowanie zgodności lub dla którego sporządzono dokumentację potwierdzającą spełnienie zasadniczych wymagań, jest zgodny z wymaganiami określonymi w obowiązujących przepisach.

Nadto należy podkreślić, czego Strony nie kwestionowały, iż przedmiotowy dokument jest dostępny na stronie internetowej producenta, opatrzony bezpiecznym podpisem elektronicznym. Tym samym należy uznać, iż potwierdzenie za zgodność z oryginałem, tak uzyskanego dokumentu, nie jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami (dopuszczalne w obrocie handlowym).

Zarzut 4 dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum do przedłożenia dokumentu (potwierdzenia należytego wykonania dostawy określonej w pozycji 9 wykazu) ze względu na to, że przedłożona wraz z ofertą zawiera błędy oraz uwzględnieniu dostawy z pozycji 8 wykazu, mimo iż przedmiotowa dostawa nie odpowiada swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” ust. 1 tiret 3 pkt zamieścił postanowienie, iż w celu potwierdzenia posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zobowiązany on jest załączyć wykaz wykonanych dostaw, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie na kwotę co najmniej 1.000.000, zł brutto.

Konsorcjum złożyło „Wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat” (s. 64 oferty), zawierający 9 pozycji, na łączną kwotę 2.800.000,00 zł brutto.

Odwolujący zakwestionował dostawę wskazaną w pozycji 8 jako nieodpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia oraz dostawę wskazaną w pozycji 9 wykazu, jako nieposiadającą potwierdzenia należytego jej wykonania.

Skład orzekający Izby ustalił, iż wartość kwestionowanych dostaw opiewa na kwotę 1.675.816,40 zł brutto, a wartość nie kwestionowanych dostaw opiewa na kwotę 1.124.183,60 zł brutto. Skoro więc Zamawiający dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagał legitymowania się dostawami na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł. brutto, a Konsorcjum wykazało się dostawami opiewającymi na wymaganą

kwotę oraz przedłożyło dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie, Zamawiający nie był zobowiązany do żądania przedłożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw z pozycji 9. wykazu, jak również informowania wykonawców, czy uznał dostawę wskazaną w pozycji 8. wykazu. Aby spełnić warunek udziału w postępowaniu wystarczyło bowiem wykazać się dostawami odpowiadającymi swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, potwierdzić należyte ich wykonanie na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł brutto, a co Konsorcjum niewątpliwie uczyniło.

Skład orzekający Izby nie zaliczył w poczet materiału dowodowego cennika oprogramowań oferowanych przez producenta McAfee wydrukowanego ze strony internetowej McAfee oraz pisma firmy Veracomp S.A. z siedzibą w Krakowie kierowanego do Pawła Nogowicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. EVERCOM. Paweł Nogowicz z siedzibą w Warszawie uznając, iż nie mogą stanowić dowodu w niniejszej sprawie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego, ograniczając je do wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*