

Sygn. akt KIO 1125/11

WYROK
z dnia 14 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2011 r. przez wykonawcę 4system Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez Centralną Komisję Egzaminacyjną w Warszawie

przy udziale wykonawcy RM Education plc w Abingdon, Wielka Brytania zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża 4system Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez 4system Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy 4system Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze na rzecz Centralnej Komisji Egzaminacyjnej w Warszawie kwotę 4.033 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzydzieści trzy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników oraz kosztów dojazdu na posiedzenie oraz noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Centralna Komisja Egzaminacyjna w Warszawie - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm) w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzieleni zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostarczenie środowiska informatycznego dla oceniania w polskim systemie egzaminów zewnętrznych z wykorzystaniem technologii informatycznej (e-marking).

20 maja 2011r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty 4system Polska Sp. z o.o. w Zielonej Górze. W uzasadnieniu wskazał, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wbrew wymaganiu zawartemu w pkt VIII Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik Nr 2), nie zawiera opisu przedmiotu zamówienia w kontekście przedstawionego przez wykonawcę rozwiązania z uwzględnieniem wszystkich wymaganych, lecz jedynie szereg ogólnych oświadczeń potwierdzających wyłącznie spełnianie przez oferowany system informatyczny wymagania specyfikacji. Zdaniem zamawiającego nie pozwala to na merytoryczną ocenę oferty, nie określa świadczenia wykonawcy – nie precyzuje sposobu, w jaki zagwarantuje osiągnięcie tych funkcjonalności, a także bez wskazania elementów i rozwiązań, które system ten będzie zawierać.

4system Polska sp. z o.o. w Zielonej Górze wniósł 30 maja 2010 r. odwołanie , w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie, w szczególności:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu - Formularz wymagań funkcjonalnych i nefunkcjonalnych;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z odrzuceniem oferty odwołującego i zaniechania poprawienia w niej omyłki.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący powołał postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że złożył ofertę i załączył Załącznik Nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Formularz wymagań funkcjonalnych i нефункциональных wypełniony zgodnie ze wskazówkami zamawiającego. Wywodził, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym niezgodność treści oferty należy oceniać w kategorii ustawowej definicji oferty określonej w art. 66 kodeksu cywilnego.

Odwołujący podniósł, że złożona przez niego oferta obejmuje cały zakres zamówienia, a ujęty w ofercie przedmiot zamówienia odpowiada wymogom zamawiającego określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, spełnia również narzucone przez zamawiającego warunki realizacji zamówienia oraz wszelkie inne wymagania istotne dla wykonania przedmiotu zamówienia. Zarzucił, że zamawiający nie określił, iż wykonawcy winni wskazać elementy i rozwiązania, które system ten będzie zawierać, lecz pozostawił wykonawcom dowolność przy opisie poszczególnych funkcjonalności systemu. Argumentował, że wykonawca nie może zatem ponosić negatywnych konsekwencji niejednoznacznych zapisów specyfikacji, a zamawiający nie jest uprawniony na etapie oceny ofert, aby doprecyzowywać te zapisy.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia nie jest jednak zakup gotowego systemu, a budowa takiego systemu. W związku z powyższym wykonawca nie mógł w inny sposób opisać proponowanego rozwiązania niż to uczynił (przez wskazanie „system umożliwi lub zapewni”), gdyż naraziłby się wówczas na zarzut, iż końcowy produkt nie byłby zgodny z rozwiązaniem przedstawionym w ofercie i załączonym do umowy.

Z ostrożności odwołujący wskazał, iż nawet gdyby uznać, że zamawiający w sposób prawidłowy ocenił załącznik nr 1, to winien przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełnienia. Oceniał, że dokument ten jest dokumentem, o którym mowa w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a więc dokumentem składanym na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Do otwarcia rozprawy zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 174-266000, 8 września 2010r.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pkt II wskazał m.in., że celem projektu jest budowa i wdrożenie oprogramowania, które umożliwi Centralnej Komisji Egzaminacyjnej koordynowanie wszystkich zadań związanych z ocenianiem prac/rozwiązań zadań egzaminacyjnych, co wiąże się przetwarzaniem dokumentów powstałych:

- 1) w fazie przygotowawczej egzaminu;
- 2) w trakcie egzaminu;
- 3) po przeprowadzeniu egzaminu;
- 4) podczas oceniania.

W pkt VIII zamawiający wymagał, aby oferowany przedmiot zamówienia ściśle spełniał określone przez zamawiającego funkcjonalności. Zobowiązał również wykonawców do złożenia na formularzu ofertowym oświadczenia o spełnieniu wymogów siwz w zakresie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymogów zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w kontekście przedstawionego przez siebie rozwiązania z uwzględnieniem wszystkich wymaganych funkcjonalności. Zamawiający zastrzegł, że w przypadku niespełnienia przez wykonawcę w ofercie wymogu dotyczących przedmiotu zamówienia opisanych w specyfikacji oraz w Załączniku Nr 1 (Formularza wymagań funkcjonalnych i niefunkcjonalnych dla systemu) w zakresie wskazanych funkcjonalności – oferta wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu, stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W załączniku Nr 1 zamawiający dokonał opisu 151 wymagań funkcjonalnych i niefunkcjonalnych i nakazał wykonawcom dokonanie opisu sposobu spełniania każdego z wymagań.

Odwołujący złożył wymagane oświadczenie na formularzu ofertowym. W złożonym formularzu wymagań funkcjonalnych i niefunkcjonalnych dla systemu powielił treść poszczególnych wymagań zamawiającego deklarując zapewnienie ich spełniania lub umożliwienie osiągnięcia przez oferowany system wymaganej funkcjonalności. Odwołujący nie dokonał dalszej charakterystyki oferowanego przez siebie rozwiązania.

Izba dokonała ustaleń na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego okazanych w oryginale na rozprawie (kopie w aktach sprawy). Izba pominęła zmianę treści pkt 62 załącznika Nr 1. Zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego powodu pominięcia w jej treści zmiany pkt 62, lecz z powodu braku wymaganego opisu oferowanego

systemu. Skoro w konsekwencji niezgodność treści oferty odwołującego z pkt 62 Załącznika Nr 1 nie była przedmiotem zarzutu odwołania, jej roztrząsanie jest niedopuszczalne z mocy art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do złożenia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę, zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, zatem skutek zarzucanego zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy może ponieść szkodę.

Odwołanie okazało się niezasadne.

Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się jednolity pogląd, zgodnie z którym pojęcie „treść oferty” w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy utożsamiać ze świadczeniem wykonawcy, zakresem zobowiązania wykonawcy względem zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozumiana jest jako niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego wyłącznie w aspekcie merytorycznym, dotyczącym przedmiotu zamówienia. *„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego”*.(tak m.in. wyrok z 24 października 2008r., KIO/UZP 1093/08, uzasadnienie wyroku z 9 sierpnia 2010r., KIO 1530/10).

Nie budzi wątpliwości Izby, że postanowienie akapitu drugiego pkt VIII załącznika Nr 2 do specyfikacji, zgodnie z którym wykonawcy winni byli dokonać opisu przedmiotu zamówienia w kontekście przedstawionego przez siebie rozwiązania, ma charakter merytorycznego wymagania zamawiającego, konstytuuje bowiem obowiązek wykonawcy konkretyzacji oferowanego świadczenia. Gdyby zamawiający uznał za wystarczający potwierdzenie przez wykonawcę, że przedmiot dostawy spełni jego oczekiwania wyrażone w załączniku Nr 1 do specyfikacji, zapisałby to w specyfikacji przez dopuszczenie potwierdzenia spełniania poszczególnych funkcjonalności przez użycie słowa „tak” lub równoważne oświadczenie. Tymczasem zamawiający wymagał wskazania w treści oferty, w jaki sposób rozwiązanie przedstawione przez wykonawcę, jego indywidualne świadczenie zrealizuje funkcjonalności wymagane i wskazane w załączniku Nr 1.

Bezsporne jest między stronami, że przedmiot zamówienia nie ma standardowego charakteru. Wykonawcy mogą oferować rozwiązanie na bazie już istniejących systemów lub przedstawiać nowy produkt o całkowicie autorskim charakterze. Skoro przedmiotem zamówienia nie jest dostawa systemu obecnego w obrocie, to jedynie jej należyty opis zidentyfikuje świadczenie oferowane zamawiającemu. Nie można pominąć, że jedynie w takim przypadku zamawiający będzie mógł w prawidłowy sposób zrealizować ciążący na nim obowiązek zbadania oferty i nie będzie pozostawał w niepewności, czy oferowany przedmiot dostawy w stopniu wystarczającym zaspokoi jego oczekiwania wyrażone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ocena, czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji, mimo, że stanowi element badania, a nie oceny (dokonywanej na podstawie ustalonych kryteriów oceny), ma charakter merytoryczny, a nie jedynie formalny.

Opis poszczególnych funkcjonalności w kontekście przedstawionego przez danego wykonawcę rozwiązania miał dla zamawiającego znaczenie na tyle istotne, że stosowny obowiązek zawarł w jednoznacznych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak dokonania opisu przez odwołującego uniemożliwia konkretyzację świadczenia oferowanego zamawiającemu i prowadzi do braku możliwości prawidłowej oceny oferty, co stanowi niezgodność oferty z treścią specyfikacji o merytorycznym charakterze i powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zastrzeżenie zawarte w pkt VIII załącznika Nr 2 do specyfikacji dotyczące odrzucenia oferty stanowi swoiste superfluum, co wobec bezwzględnie obowiązującego charakteru art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie może doprowadzić do innej oceny treści oferty odwołującego.

Izba uznała, że w okolicznościach sporu jedynie powielenie w opisie sposobu spełniania wymagań przez wykonawcę treści wymagań zamawiającego z pominięciem elementów indywidualizujących oferowany system, stanowi o braku elementów istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia. Powyższe oraz skala niezgodności uniemożliwia poprawienie treści oferty odwołującego zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego i nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący nie wskazał w jaki sposób odrzucenie oferty godzi w zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Ustawa Prawo zamówień publicznych odróżnia pojęcie „treści oferty” od dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, wskazanych przykładowo w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W praktyce rozróżnienie ustalenie charakteru prawnego danego oświadczenia wykonawcy, bądź jako treści oferty, bądź jako dokumentu o charakterze przedmiotowym rodzi istotne trudności.

W okolicznościach sporu Izba uznała, że załącznik Nr 1 Formularz wymagań funkcjonalnych i niefunkcjonalnych systemu stanowi o treści oferty. Charakter prawny oświadczeń i dokumentów jest kategorią obiektywną, niezależną od wadliwej interpretacji dokonanej przez zamawiającego.

Treść oferty podlega wyjaśnieniu zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp lub poprawieniu w razie stwierdzenia uchybień wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp, natomiast dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego podlegać mogą uzupełnieniu lub wyjaśnieniu na podstawie odpowiednio art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Dopuszczenie do ponownego złożenia załącznika Nr 1 zawierającego wymagany opis doprowadziłoby do określenia przedmiotu oferty, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, po upływie terminu składania ofert. Powyższe stanowiłoby uprzywilejowanie odwołującego, przez umożliwienie mu przygotowanie oferty w dłuższym niż inni wykonawcy okresie czasu, co naruszałoby art. 7 ust. 1 Pzp.

Skoro załącznik nr 1 stanowi treść oferty niedopuszczalne jest jego uzupełnianie. Tym samym nie znalazł potwierdzenia alternatywny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach na podstawie art. 192 ust.9 i 10 Pzp – stosownie do wyniku postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła koszty zamawiającego. Koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, Izba ograniczyła do 3.600 zł. Kwota ta wskazana została w § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) jako maksymalna kwota podlegająca zwrotowi, niezależnie od liczby pełnomocników reprezentujących stronę oraz liczny składanych Izbie rachunków.

Przewodniczący:.....