

WYROK
z dnia 5 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2012 r. przez wykonawcę

**Sacer s.c. M..... B....., A..... W....., R..... L.....,
M..... W....., 81-340 Gdynia, ul. Hryniewieckiego 17**

w postępowaniu prowadzonym przez

Łódzki Ośrodek Geodezji, 90-113 Łódź, ul. Traugutta 21/23

przy udziale wykonawcy **SoftHard S.A., 09-402 Płock, ul. Padlewskiego 18c** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i wdrożenie jednolitego systemu informatycznego dla jednostek miasta Łodzi realizujących zadania zarządzania nieruchomościami stanowiącymi własność Gminy i Skarbu Państwa, a także będącymi nieruchomościami w zarządzie Gminy oraz poza zarządem Gminy, w których Gmina lub Skarb Państwa posiada udział we współwłasności niepodzielnej” ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2012/S 121-200794,**

2. kosztami postępowania obciąża Łódzki Ośrodek Geodezji, 90-113 Łódź, ul. Traugutta 21/23 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sacer s.c. M..... B....., A..... W....., R..... L....., M..... W....., 81-340 Gdynia, ul. Hryniewieckiego 17 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Łódzkiego Ośrodka Geodezji, 90-113 Łódź, ul. Traugutta 21/23 na rzecz wykonawcy Sacer s.c. M..... B....., A..... W....., R..... L....., M..... W....., 81-340 Gdynia, ul. Hryniewieckiego 17 kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Łódzki Ośrodek Geodezji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i wdrożenie jednolitego systemu informatycznego dla jednostek miasta Łodzi realizujących zadania zarządzania nieruchomościami stanowiącymi własność Gminy i Skarbu Państwa, a także będącymi nieruchomościami w zarządzie Gminy oraz poza zarządem Gminy, w których Gmina lub Skarb Państwa posiada udział we współwłasności niepodzielnej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie dialogu konkurencyjnego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 lipca 2012 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2012/S 121-200794, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

23 listopada 2012 r. odwołujący – Sacer s.c. M..... B....., A..... W....., R..... L....., M..... W..... wniósł odwołanie wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na wyborze i zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez SoftHard S.A., mimo że oferta ta nie była zgodna z punktem 3.3.10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonym w toku postępowania zapytaniem uczestnika do punktu 3.3.10. i odpowiedzią w tym zakresie zamawiającego, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zasady uczciwej konkurencji określone w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. czynności komisji dokonującej wyboru w wadliwym składzie, co narusza art. 15, 18, 19 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. zaniechania wykluczenia SoftHard S.A. mimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, co narusza art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty SoftHard S.A. i o nakazanie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, wybór oferty odwołującego, względnie o powtórzenie czynności wyboru oferty przez komisję w innym składzie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogami punktu 3.3.10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „system musi być wykonany w technologii trójwarstwowej (serwer aplikacji nie może być serwerem terminali)”. Tymczasem w ofercie

SoftHard S.A., część „Projekt konfiguracji infrastruktury systemu, sposobu zabezpieczenia oraz opis proponowanych rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa” pkt 2., oferta zawierała określenie systemu jako trójwarstwowego: warstwa bazodanowa, aplikacyjna oraz prezentacji, przy czym warstwa aplikacyjna będzie zbudowana w oparciu o rozwiązania terminalowe, zaś prezentacji będzie oparta o klienta usług terminalowych. Powyższe jest więc sprzeczne z wymaganiami zamawiającego w tym zakresie.

Dla uniknięcia wątpliwości co do ewentualnego wymogu niestosowania rozwiązań terminalowych jeden z wykonawców zadał pytanie, czy rozwiązanie wykorzystujące do udostępnienia aplikacji serwer Citrix będzie traktowane jako technologia trójwarstwowa. W odpowiedzi nr 38 zamawiający wskazał, że „rozwiązanie to będzie traktowane jako propozycja terminalowa (nieakceptowana przez Zamawiającego)” potwierdzając tym samym, że rozwiązania terminalowe będą uznane za niespełniające warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Gdyby odwołujący wiedział, iż zamawiający ostatecznie zaakceptuje rozwiązania terminalowe, odwołujący nie zostałby pozbawiony możliwości przygotowania tańszej oferty w oparciu o rozwiązania terminalowe.

Choć SoftHard S.A. nie używa słowa „trójwarstwowy”, to w ofercie wyraźnie napisał, że system funkcjonował będzie w oparciu o następujące warstwy: bazodanową, aplikacyjną i prezentacji. Skoro więc system oparty jest o warstwy i tych warstw jest trzy, to jest to system trójwarstwowy. W innym wypadku sugerowanie zamawiającemu w ofercie trójwarstwowości należałoby uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Skoro zaś system jest wykonany w technologii trójwarstwowej, to serwer aplikacji nie może być serwerem terminali. W zakresie zaś drugiej części brzmienia punktu 3.3.10: „w innym przypadku powinien co najmniej zapewniać możliwość automatycznej, zarządzanej centralnie, aktualizacji oprogramowania na stanowiskach użytkowników lub dostępnych centralnie źródłach aplikacji”, należy wskazać, że zamawiający poprzez odpowiedź na pytanie 38. wyjaśnił wątpliwości dotyczące tego punktu wskazując, że nie akceptuje rozwiązań terminalowych w żadnej technologii, tak trójwarstwowej, jak i innej. Serwer Citrix będący serwerem terminali nie jest bowiem przypisany tylko do technologii trójwarstwowej i może być stosowany przy różnych rozwiązaniach, podobnie jak serwer terminalowy TSPlus, z którego korzysta SoftHard S.A. czy usługi terminalowe serwera Microsoft Windows. Powyższy fakt, czyli oparcie systemu o usługi terminalowe, a nie warstwowość, spowodował być może rezygnację ze złożenia oferty przez uczestnika dialogu – Zakład Usług Komputerowych i Biurowych W..... Z..... „PROBIT”, która też mogłaby powiedzieć, że jej system nie jest trójwarstwowy, mimo że składa się z trzech warstw, a zatem nie obliuguje jej uzyskana odpowiedź, bowiem choć korzysta z serwera terminali Citrix, to nie w technologii trójwarstwowej. Ponadto pytanie i odpowiedź nr 38 dotyczyły

udostępnienia aplikacji przez serwer terminali (serwer Citrix) tymczasem jak wynika wprost z oferty firmy SoftHard S.A. udostępnienie aplikacji (warstwa aplikacji) opierać się będzie o rozwiązania terminalowe, a zatem oferta ta jako sprzeczna z odpowiedzią zamawiającego, powinna być odrzucona, niezależnie od tego, z ilu warstw jej system jest zbudowany.

Zgodnie z art. 15 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania własnej jednostce organizacyjnej, w tym wypadku Łódzkiemu Ośrodkowi Geodezji. Cedując jednak kompetencje Prezydent miasta Łodzi, zarządzeniem z 31 sierpnia 2012 r. powołał komisję w składzie: D..... K....., A..... W....., A..... N....., J..... J....., T..... C....., A..... B....., I..... K.....-Z....., J..... W....., B..... D....., A..... G....., T..... A....., R..... J....., M..... M....., żądając obecności przynajmniej pięciu jej członków. Tymczasem zgodnie z protokołem komisji dokonującej wyboru oferty, obecnych było tylko tam dwóch z wybranych przez prezydenta członków komisji – D..... K..... i A..... W..... Łódzki Ośrodek Geodezji mógł próbować powołać własną komisję dla oceny ofert, ale skoro prowadził postępowanie w ramach powierzenia mu czynności na podstawie art. 15 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mógł wykraczać poza to zlecenie, które wyraźnie zostało ograniczone zarządzeniem prezydenta. Zatem skład komisji i czynność wyboru oferty narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca miał wykazać, że wykonał (zakończył) dwie dostawy/usługi polegające na wykonaniu w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej dwie dostawy/usługi odpowiadające swoim rodzajem dostawom/usługom stanowiącym przedmiot zamówienia tj. dotyczącym zarządzania nieruchomościami obejmującymi nie mniej niż 100 budynków i nie mniej niż 5.000 lokali o wartości co najmniej brutto 500.000 PLN, w formie załączonego do wniosku wykazu, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawa/usługa została wykonana należycie. Zgodnie z punktem 2. przedstawionego przez SoftHard S.A. wykazu dostaw/usług SoftHard S.A. wykonał usługę dostawy i wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego dla Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy na kwotę 563.640,00 zł. Powyższe odbiega od rzeczywistości, w szczególności SoftHard S.A. nie wykonał tej dostawy i wdrożenia dla Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy. Przetargi w tych sprawach ogłaszały oddzielnie i w różnych terminach: Zakład Gospodarowania Nieruchomościami Śródmieście, Zakład Gospodarowania Nieruchomościami Mokotów, Zakład Gospodarowania Nieruchomościami Bielany, Zakład Gospodarowania Nieruchomościami Wola, o wartościach nieprzekraczających 500.000,00 zł. Wykazanie tych dostaw/usług łącznie dla podwyższenia

wartości, wszystkich przetargów jest nadużyciem. Wskazane w poz. 5. wykazu dostawy dla Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego na kwotę 549.810,00 zł nie mogą być brane pod uwagę ze względu na inny zakres zamówienia.

Odwołujący wskazał, że poprzez wybór oferty SoftHard S.A. został naruszony jego interes prawny, bowiem gdyby zamawiający postępował zgodnie z ustaloną przez siebie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia procedurą oraz zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący uzyskałby do wykonania przedmiotowe zamówienie lub mógłby złożyć nową ofertę.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający, stawiając wymóg zapisany w punkcie 3.3.10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia kierował się tym, by uniknąć konieczności instalacji i uaktualniania aplikacji na ok. 625 stanowiskach rozlokowanych w 25 lokalizacjach na terenie Łodzi, przesunąć przetwarzanie danych z komputera użytkownika na serwer aplikacyjny z uwagi na różnorodność posiadanego sprzętu, w celu zachowania uczciwej konkurencji dopuścił do dialogu konkurencyjnego i ostatecznego składania ofert wszystkie rozwiązania, które gwarantują możliwość zdalnej instalacji i uaktualniania aplikacji zachowując spójność używanego systemu, nawet jeżeli nie mieszczą się w podanej przez zamawiającego definicji systemu działającego w architekturze trójwarstwowej. Sprawność działania aplikacji zapewnił przez podanie maksymalnych czasów uzyskiwania odpowiedzi/potwierdzenia wykonania systemu.

Wymagania zamawiającego w zakresie punktu 3.3.10. nie uległy zmianie od 28 czerwca 2012 r., kiedy zostały ogłoszone na stronie ŁOG jako „Opis potrzeb i wymagań Zamawiającego – wyjściowe warunki techniczne do dialogu”. W trakcie dialogu wszystkim firmom biorącym w nim udział zadane zostało pytanie dotyczące pracy posiadanego rozwiązania w architekturze trójwarstwowej. Udzielone odpowiedzi zostały zanotowane, na ich podstawie zamawiający powziął informację, że prawdopodobnie tylko jedna firma, tj. Sacer s.c. może dysponować rozwiązaniem trójwarstwowym, zgodnym z definicją zamawiającego, zatem nie mógł postawić warunku, który dopuszczałby tylko jedną firmę do przedstawienia ostatecznej oferty.

Zdaniem zamawiającego odpowiedź udzielona firmie PROBIT jest co do zasady prawidłowa, z tym zastrzeżeniem, że pytanie i odpowiedź wyraźnie dotyczyło tylko pierwszej części wymagania zapisanego w punkcie 3.3.10. Zamawiający podtrzymuje pogląd, że wykorzystanie serwera Citrix nie powoduje działania systemu w architekturze trójwarstwowej. Natomiast zamawiający nie twierdził i nie twierdzi, że nie można zastosować rozwiązania innego niż trójwarstwowe w rozumieniu definicji podanej przez zamawiającego, a spełniającego wymagania punktu 3.3.10.

Zamawiający nie uważa, że wskazany przez SoftHard S.A. opis rozwiązania jest rozwiązaniem trójwarstwowym zgodnym z przedstawioną w punkcie 3.3.10. definicją, natomiast jest rozwiązaniem dopuszczalnym, pod warunkiem spełnienia wymagań dotyczących instalacji uaktualnień aplikacji na komputerach użytkowników, co potwierdzone zostało przez SoftHard S.A. w punkcie 3. złożonego formularza ofertowego, dotyczącym parametrów technicznych, stanowiących podstawę punktacji ofert: „PT4 – Możliwość automatycznej (bez udziału konsultantów) aktualizacji oprogramowania na stacjach komputerowych użytkowników (końcówkach) lub brak takiej konieczności – 1 punkt”

Zatem zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty ze względu na brak spełnienia warunku opisanego w punkcie 3.3.10.

Ponadto w trakcie prowadzonego dialogu, na pytanie zamawiającego, czy system jest napisany w technologii trójwarstwowej, wykonawca SoftHard S.A. odpowiedział, że system nie jest w pełni trójwarstwowy, ale np. e-usługi zarządcy są w technologii trójwarstwowej. Plik wsadowy aplikacji jest w jednym miejscu.

W świetle powyższego nieprawdą jest twierdzenie odwołującego, że SoftHard S.A. zaoferował rozwiązanie trójwarstwowe.

Odpowiedź zamawiającego należy interpretować zgodnie z art. 65 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego. Zawarte w tym przepisie dyrektywy wykładni, w szczególności reguła, aby przy wykładni oświadczeń woli nie opierać się wyłącznie na ich dosłownym brzmieniu, lecz by uwzględniać także zamiar stron oraz cel czynności prawnej, może być odnoszona nie tylko do umów, lecz także do wszelkich oświadczeń woli składanych innej osobie. Ważnym kryterium oceny oświadczenia woli w procesie jego wykładni są okoliczności, w których zostało ono złożone. Do najważniejszych pozajęzykowych okoliczności branych pod uwagę przy wykładni oświadczeń woli zalicza się na ogół: przebieg negocjacji stron, przebieg ich dotychczasowej współpracy, dotychczasową praktykę w kwestii rozliczeń, zachowanie stron, ich doświadczenie, profesjonalizm oraz rozumienie tekstu, okoliczności sporządzenia lub odbioru tekstu pisanego, powszechne znaczenie nadawane postanowieniom i wyrażeniom w danej branży itp. Przewidziane w art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego wymaganie badania zgodnego zamiaru stron i celu umowy ogranicza w pewnym stopniu możliwość werbalnej interpretacji umowy, jak również wyłącza ocenę rozumienia jej treści w sposób aprobowany tylko przez jedną ze stron. Argumenty językowe (gramatyczne) schodzą w tym przypadku na drugi plan i ustępują argumentom odnoszącym się do woli stron, ich zamiaru i celu. Przepis art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego dopuszcza natomiast taką sytuację, w której właściwy sens umowy ustalony przy zastosowaniu wskazanych w nim dyrektyw będzie odbiegał od jej jasnego znaczenia w świetle reguł językowych.

Wykonawca w swoim odwołaniu usiłuje dokonać nieuzasadnionej interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi

na pytanie, co wynika z faktu, że wykonawca cały czas odnosi się do jednego, wyrwanego z kontekstu całej specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowania. Odnosząc się bowiem do określenia „musi” wykonawca wywodzi z niego obligatoryjny charakter żądanej przez zamawiającego technologii. Być może zamawiający posłużył się niezbyt szczęśliwym sformułowaniem, jednak nie można pominąć całego kontekstu, a mianowicie innych sformułowań, które pojawiają się w bezpośrednim sąsiedztwie pkt 3.3.10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia: pkt 3.3.7., z którego wynika, że „moduł aplikacyjny, przy zastosowaniu technologii trójwarstwowej...”, pkt 3.3.8.: „zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie musi mieć...”, pkt 3.3.9.: „zaoferowane rozwiązanie musi mieć zapewnić wszystkie mechanizmy...”, pkt 3.3.11. „dostęp do aplikacji, przy zastosowaniu technologii trójwarstwowej, musi być realizowany z wykorzystaniem protokołu https. Bez względu na zastosowaną technologię wymagane jest...”

Z punktów tych wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że zamawiający dopuszcza różne rozwiązania pod warunkiem, że spełniają one określone warunki. Ponadto w punktach 3.3.7. i 3.3.11. pojawia się określenie „technologia trójwarstwowa”, co jednoznacznie wskazuje na dopuszczenie przez zamawiającego zastosowania tej technologii.

Ponadto udzielając odpowiedzi na pytanie zamawiający przyjął, że pytanie to skierowane było do pierwszej części punktu 3.3.10, czyli udzielił odpowiedzi, że rozwiązanie terminalowe nie będzie traktowane (akceptowane) jako rozwiązanie trójwarstwowe. Nie wyklucza to jego stosowania wynikającego z alternatywy znajdującej się w drugiej części punktu 3.3.10.

O tym, że rozwiązanie trójwarstwowe nie było dla zamawiającego priorytetowe świadczy fakt, że w punktach technicznych oceny oferty ani jeden punkt nie odnosi się wprost do tej technologii. W rzeczywistości rozwiązanie to było priorytetowe na początku, a potem w wyniku rozmów zamawiający musiał rozszerzyć dopuszczalne rozwiązania, bo nikt z oferentów nie miał czystego rozwiązania trójwarstwowego – nawet Sacer s.c. wymagał instalacji na stacjach PC tzw. cienkiego klienta. Zamawiającego interesowały natomiast cechy, które dawały łatwość późniejszej eksploatacji bez względu na rozwiązania technologiczne.

Wobec niejednoznaczności zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest podstaw do odrzucenia oferty, jak żąda tego wnoszący odwołanie. Wątpliwości wynikające z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedzi na pytania wykonawców nie stanowią przeszkody do zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Sformułowania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwalające nawet na różną interpretację przez wykonawców nie powinny powodować negatywnych skutków dla wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Żądanie uchylenia czynności zamawiającego i tak nie spowoduje zawarcia umowy z odwołującym, którego oferta jest zbyt droga, zatem uchylenie czynności zamawiającego skutkować będzie unieważnieniem całego postępowania.

Zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu jest Łódzki Ośrodek Geodezji jako jednostka organizacyjna Miasta Łodzi, choć przedmiotowe zamówienia będzie realizowane na rzecz jednostek Miasta Łodzi (administracji nieruchomości), a nie na rzecz Łódzkiego Ośrodka Geodezji. Zarządzenie, na które powołuje się odwołujący, stanowi jedynie przejaw współdziałania poszczególnych podmiotów samorządu terytorialnego. Komisja przetargowa została powołana przez zamawiającego na podstawie zarządzenia nr 32/W/2012 Zastępcy Dyrektora Łódzkiego Ośrodka Geodezji z 22 czerwca 2012 r. Zarządzenie to w sposób jednoznaczny i wyczerpujący określa zakres obowiązków i uprawnień komisji przetargowej w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast zarządzeniem Prezydenta Miasta Łodzi z 31 sierpnia 2012 r. w sprawie powołania Komisji ds. wyboru jednolitego systemu informatycznego dla miejskich jednostek organizacyjnych... powołana została komisja, która miała inny zakres zadań. Celem tej komisji było podejmowanie działań mających na celu wsparcie zamawiającego w dokonaniu wyboru systemu informatycznego, a nie działanie w charakterze komisji przetargowej. Komisji nie przysługiwały typowe uprawnienia komisji przetargowej. Poza tym zamawiającym był Łódzki Ośrodek Geodezji, a nie Miasto Łódź, więc Prezydent Miasta Łodzi nie był legitymowany do powołania osób wchodzących w skład komisji przetargowej zamawiającego.

Odwołujący nie rozróżnia potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia od oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przypadku złożenia więcej niż 5 wniosków. Tymczasem zgodnie z treścią ogłoszenia „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów: 1. Wykonawca wykaże, że wykonał (zakończył) 2 (dwie) dostawy/usługi polegające na wykonaniu w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwie dostawy/usługi odpowiadające swoim rodzajem dostawom/usługom stanowiącym przedmiot zamówienia tj. dotyczącym zarządzania nieruchomościami obejmującymi nie mniej niż 100 budynków i nie mniej niż 5.000 lokali o wartości co najmniej brutto 500.000 PLN”. Zamawiający nie wskazał, że chodzi o każdą dostawę/usługę o wartości 500.000 zł brutto. Zamawiającemu chodziło o co najmniej dwie dostawy/usługi odpowiadające swoim rodzajem dostawom/usługom stanowiącym przedmiot zamówienia tj. dotyczącym zarządzania nieruchomościami obejmującymi nie mniej niż 100 budynków i nie mniej niż 5.000 lokali o wartości co najmniej brutto 500.000 PLN.

Dodatkowej ocenie miała podlegać liczba i wartość zrealizowanych przedsięwzięć informatycznych polegających na świadczeniu dostaw/usług o podobnym charakterze i spełniających postawione przez zamawiającego warunki. Maksymalna liczba punktów – 80,

w tym za ilość wykonanych dostaw/usług maksymalnie 40 pkt wg zasady: za 3 dostawy/usługi – 10 pkt za 4 dostawy/usługi – 20 pkt za 5 i więcej dostaw /usług – 40 pkt oraz za wartość wykonanych dostaw/usług maksymalnie 40 pkt wg zasady: za 1 dostawę/usługę powyżej 500 000 PLN – 10 pkt za 2 dostawy/usługi powyżej 500 000 PLN – 20 pkt za 3 dostawy/usługi powyżej 500 000 PLN – 30 pkt za 4 i więcej dostawy/usługi powyżej 500 000 PLN – 40 pkt.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca SoftHard S.A. wskazując, że zamawiający dopuszcza oprócz technologii trójwarstwowej inne alternatywne rozwiązania, na co wyraził zgodę w dalszej części punktu 3.3.10. specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „w innym przypadku powinien co najmniej zapewnić możliwość automatycznej, zarządzanej centralnie, aktualizacji oprogramowania na stanowiskach użytkowników lub dostępnych centralnie źródłach aplikacji”.

SoftHard S.A. nie traktuje zaproponowanego przez siebie rozwiązania jako technologii trójwarstwowej i nigdzie w swoim projekcie takiego sformułowania nie używa. Ofertowa propozycja rozwiązania koresponduje z przywołanym powyżej zapisem specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący nie podał, na czym polega jego rozwiązanie, zatem mógłby on także zrealizować je w sposób podobny do SoftHard S.A. Odwołujący nie wykazuje też nigdzie, że jego rozwiązanie jest rozwiązaniem trójwarstwowym, więc należy założyć, że takim nie jest, czyli jest co najmniej zbliżone do rozwiązania oferowanego przez SoftHard S.A., ponieważ rozwiązania technologiczne w tym zakresie są ograniczone.

SoftHard S.A. nie odnosił się do odpowiedzi nr 38, ponieważ nie zamierzał stosować rozwiązań opartych na technologii Citrix przywołanej w pytaniu, na które powołuje się odwołujący.

Nieuzasadniony jest zarzut odwołującego, że wybór oferty SoftHard S.A. narusza art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ oferta została złożona przez SoftHard S.A. jako wykonawcę zaproszonego do składania ofert. Okoliczność ta była wcześniej znana odwołującemu i nie była kwestionowana. SoftHard S.A. składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazał Urząd Miasta st. Warszawy jako jednostkę nadrzędną w stosunku do przywołanych w nim Zakładów Gospodarowania Nieruchomościami, które to Zakłady będące jednostkami budżetowymi nie mają osobowości prawnej i są podmiotowo zależne od Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy. Dlatego SoftHard S.A. uznał, że istnieje możliwość połączenie tych referencji, a prace były wykonane faktycznie.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z tym zastrzeżeniem jednak, iż zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy SoftHard S.A. jest zarzutem spóźnionym w świetle dyspozycji art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem, zgodnie z przyjętą linią orzecniczą, nie będzie on rozpatrywany. Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, więc ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu nastąpiła na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a termin na wniesienie odwołania wynosił 10 dni od 30 sierpnia 2012 r.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (dokonane czynności i treść złożonych dokumentów) nie jest sporny pomiędzy stronami.

Co do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego działania i powołania komisji przetargowej, Izba uznała wyjaśnienia zamawiającego. Komisja powołana przez Prezydenta Miasta Łodzi jest komisją powołaną do realizacji projektu, lecz nie ma charakteru komisji przetargowej w rozumieniu art. 19 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taki charakter ma natomiast komisja powołana przez zastępcę dyrektora Łódzkiego Ośrodka Geodezji.

Łódzki Ośrodek Geodezji od początku postępowania występuje jako zamawiający, a jego dyrektor jako kierownik zamawiającego, zatem Izba nie widzi podstaw, by okoliczność tę kwestionować na obecnym etapie postępowania. Zgodnie z definicją zamawiającego zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może być jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, co w konsekwencji oznacza najczęściej jednostki organizacyjne gminy czy Skarbu Państwa. Natomiast kwestia, czy w skład komisji przetargowej powinno wchodzić pięć osób z komisji powołanej przez prezydenta, tj. czy zarządzenie to zostało prawidłowo wykonane, jest wewnętrzną sprawą organizacyjną pomiędzy Łódzkim Ośrodkiem Geodezyjnym a Prezydentem Miasta.

Należy też zwrócić uwagę, że komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego (art. 20 ustawy Prawo zamówień publicznych), zatem jej działania nie są samodzielne, a jedynie przedstawia ona propozycje, które są akceptowane (lub nie) przez kierownika zamawiającego i to decyzje kierownika zamawiającego są uznawane za decyzje

zamawiającego – tak też w niniejszym postępowaniu decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej ostatecznie została podjęta przez kierownika zamawiającego, a nie komisję przetargową.

Odnosnie zaś zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego – SoftHard S.A. Izba uznała, że zarzut odwołującego jest uzasadniony w tym znaczeniu, że zamawiający nie powinien był dokonać wyboru tej oferty. Jednocześnie jednak Izba stwierdziła, że nie można stwierdzić jednoznacznie, czy oferta ta jest zgodna czy niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie wiadomo, jakie wymagania te właściwie są.

Jak bowiem zamawiający sam kilkakrotnie podkreślał podczas rozprawy, skonstruował on postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wzajemnie sobie przeczący, w szczególności jeśli chodzi o punkt 3.3.10. opisu przedmiotu zamówienia. W punkcie tym zamawiający wskazał, że „system musi być wykonany w technologii trójwarstwowej (serwer aplikacji nie może być serwerem terminali), rozumianej jako architektura składająca się z warstwy prezentacji obsługiwanej przez stację użytkownika, warstwy logiki biznesowej obsługiwanej przez serwer aplikacji, warstwy danych obsługiwanej przez bazę danych, w innym przypadku powinien co najmniej zapewniać możliwość automatycznej, zarządzanej centralnie, aktualizacji oprogramowania na stanowiskach użytkowników lub dostępnych centralnie źródłach aplikacji”. Jak podkreślał zamawiający druga część wymagania, zaczynająca się od słów „w innym przypadku” przeczy zawartemu w części pierwszej zdania wymogowi, że system musi być wykonany w technologii trójwarstwowej.

Przy tym Izba nie ma wątpliwości, iż dyspozycję „system musi być wykonany w technologii trójwarstwowej” należy rozumieć wyłącznie jako bezwzględny wymóg zamawiającego w tym zakresie, który oznacza, że konieczne jest zaoferowanie właśnie takiej, a nie innej technologii. Natomiast jakby liberalnie i rozszerzająco nie traktować zasad interpretacji oświadczeń woli wyrażonych w art. 65 Kodeksu cywilnego, Izba nie widzi możliwości, by jednoznaczne w swej wymowie określenie „musi” uznać za niedokładne wyrażenie woli zamawiającego, iż wykonawca „wcale nie musi”, a zamawiający jedynie zezwala mu na zastosowanie takiej technologii.

Należy przy tym podkreślić, że już po przeprowadzeniu dialogu – na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zamawiający zmienił dyspozycję punktu 3.3.10. z „system powinien być wykonany w technologii trójwarstwowej” (taka wersja wymagań stanowiła podstawę do rozpoczęcia dialogu) na „system musi być wykonany w technologii trójwarstwowej”. Musiało to być odczytane przez wykonawców jednoznacznie, że zamawiający – już po rozmowach z wykonawcami – powziął decyzję właśnie w kierunku zastosowania technologii trójwarstwowej, a nie – jak wskazuje w swoim piśmie – „poluzował”

swoje początkowe wymagania poprzez dopuszczenie technologii nie-trójwarstwowej. Nawet zaś jeśli wymóg ten sformułował przez pomyłkę, to na obecnym etapie postępowania i on, i wykonawcy są nim związani.

Zamawiający i przystępujący zgodnie twierdzą, że zaproponowane przez przystępującego rozwiązanie nie jest systemem w technologii trójwarstwowej (a więc nie spełnia wymogu zamawiającego, że system musi być wykonany w technologii trójwarstwowej), zatem, mimo przeciwnego poglądu odwołującego, Izba nie będzie ich stanowiska kwestionować. Równocześnie nie może się jednak zgodzić na to, by poprzez to twierdzenie zamawiający i przystępujący obchodzili wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednocześnie jednak ofertę przystępującego uznać jednoznacznie za niezgodną z wymogiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zamawiający wskazał, że „w innym przypadku [system] powinien co najmniej zapewnić możliwość automatycznej, zrządzonej centralnie, aktualizacji oprogramowania na stanowiskach użytkowników lub dostępnych centralnie źródłach aplikacji”, zatem przewiduje on jednak jakieś przypadki inne od wcześniejszych wymagań.

Przy tym przywołane przez zamawiającego punkty opisu: 3.3.7, 3.3.8., 3.3.9. i 3.3.11., zdaniem Izby, jedynie podkreślają bałagan w wymaganiach zamawiającego – bo gdyby je przyjąć, oznaczałoby to, że technologie inne niż trójwarstwowe (nie wiadomo przecież jakie) nie muszą zapewniać tych funkcjonalności?

Podobnie kwestia odpowiedzi nr 38 – pytanie: „Czy rozwiązanie wykorzystujące do udostępnienia aplikacji serwer Citrix będzie traktowane jako technologia trójwarstwowa? Dotyczy Załącznika nr 9 do SIWZ pkt. 3.3.10., odpowiedź: „Nie. Proponowane rozwiązanie będzie traktowane jako propozycja terminalowa (nieakceptowana przez Zamawiającego).”

Samo pytanie dotyczy serwera Citrix (czy też rozwiązań firmy Citrix), jednak – tu rację ma odwołujący – udzielona odpowiedź jest szersza i wskazuje na to, że wykonawcy nie mogą stosować „propozycji terminalowych”, czy też „rozwiązań terminalowych” – nawet jeśli nie wynikałoby to z treści samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zasadą jest bowiem, że wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają takie samo znaczenie jak treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nawet mogą ją zmieniać. Wbrew twierdzeniu zamawiającego z odpowiedzi wcale nie wynika, że rozwiązanie terminalowe nie będzie traktowane (akceptowane) jako rozwiązanie trójwarstwowe, lecz, że nie będzie akceptowane w ogóle.

Przy tym (skoro już sam zamawiający przywołał zasady interpretacji oświadczeń zawarte w art. 65 Kodeksu cywilnego) jasne jest, że zastrzeżenie to nie dotyczy produktów akurat firmy Citrix, lecz wszystkich działających na tej samej zasadzie. Zatem jeśli produkty innej

firmy np. TSPlus działają tak jak produkty Citrix, to zamawiający również powinien uznać je za niezgodne ze swoimi wymaganiami. Takie są bowiem przyjęte zasady interpretacji czy to postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy to jej wyjaśnień, modyfikacji itd.

Przy tym zamawiający nie wyjaśnił w odpowiedzi, z jakich konkretnie powodów i w jakim zakresie „serwer Citrix” (a jest to dość popularny produkt) nie jest przez niego akceptowany – a skoro uznał rozwiązanie zaoferowane przez przystępującego oparte o „rozwiązania terminalowe” za zgodne ze swoimi wymaganiami – być może uzasadnione jest przypuszczenie, że również w tym przypadku nie zamierzał osiągnąć efektu, który wydaje się z tej odpowiedzi wynikać.

Przy tym nie ma znaczenia, że zamawiający odpowiedzi tej nie musiał udzielać – istotne jest, że jej udzielił.

Przy tym należy zauważyć, że skoro zamawiający zaoferowania trzech warstw: bazodanowej, aplikacyjnej i prezentacji nie traktuje jako technologii trójwarstwowej, a zaoferowanie „rozwiązań terminalowych” dla warstwy aplikacji jest przez zamawiającego akceptowane pomimo że nie akceptuje „propozycji terminalowych”, to, według Izby, zasadne wydaje się dokładniejsze przemyślenie dokonanego opisu wymogów oraz wskazanie wykonawcom tych niuansów konstrukcyjnych systemu, które wynikają z założeń zamawiającego.

Sytuacji, która zaistniała w niniejszym postępowaniu, zdaniem Izby, nie można zakwalifikować jedynie jako niejednoznaczności czy niedokładności w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą można pominąć uznając, że wykonawcy mogli ją dowolnie interpretować i złożyć oferty zgodnie ze swoim własnym rozumieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według Izby są to sprzeczności w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do zasadniczych wymogów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które miały wyraźny wpływ na kształt ofert, które zostały złożone, a nawet – nie zostały złożone, a więc i na wynik postępowania. Zaakceptowanie tego stanu rzeczy przeczyłoby zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania (ze względu na to, iż dopiero po złożeniu ofert zostałyby ustalone warunki zaoferowania i wykonania przedmiotu zamówienia).

Jak twierdzi bowiem odwołujący, aby spełnić wymóg technologii trójwarstwowej nie opartej o propozycje terminalowe, złożył on ofertę droższą, niż gdyby zaoferował technologię nie-trójwarstwową, opartą na rozwiązaniach terminalowych. A nawet – z dużą dozą prawdopodobieństwa – wymogi te spowodowały niezłożenie oferty przez trzeciego z wykonawców zaproszonego do złożenia ofert (który przeszedł wszystkie etapy dialogu i aż

do chwili składania ofert wykazywał zainteresowanie złożeniem oferty, m.in. poprzez pytanie o kwalifikację serwerów Citrix jako rozwiązania trójwarstwowego). Zdaniem Izby zadanie pytania dotyczącego serwera Citrix świadczy o tym, że wykonawca ten również uznał, że wymóg zastosowania technologii trójwarstwowej jest bezwzględny (w innym przypadku nie miałoby znaczenia, czy jest to technologia trójwarstwowa).

Tym samym Izba uznała, że błędy zaistniałe w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są na tyle istotne, że wykonawcy mogli złożyć nieporównywalne ze sobą oferty lub odstąpili od ich złożenia, przy czym nie można w sposób nie budzący wątpliwości określić, czy oferta wybrana jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – i to nie ze względu na treść tej oferty, lecz specyfikacji, której wymogów nie można ustalić jednoznacznie, zatem zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu Izba zauważa, że związana jest zarzutami, lecz nie żądaniem odwołującego, których zresztą z powyższych przyczyn nie może uwzględnić w sentencji wyroku.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: