

WYROK

z dnia 13 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Packo

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **IT.expert sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **B3System S.A. w Warszawie** oraz **ITSM Group sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Betacom S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **IT.expert sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **IT.expert sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup usługi migracji systemu Service Deck działającego w oprogramowaniu HP OV SD do HPSM wraz z licencjami użytkowników do obsługi zarządzania wnioskami i bazą wiedzy oraz zakup usługi asysty wsparcia technicznego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 079-130075 w dniu 24 kwietnia 2012 r.

W dniu 16 sierpnia 2012 r. Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy IT.expert sp. z o. o. w Warszawie, zwanemu dalej „Odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty a także wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B3 System S.A. w Warszawie oraz ITSM Group sp. z o.o. w Warszawie.

Wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- a) odrzuceniu oferty Odwołującego,
- b) uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) czynności określonych w pkt 2 i 3 pisma z dnia 25 lipca 2012 r. (sygn. FR3/253/JIW/12/IeU/2673) polegających na dokonaniu przez Zamawiającego zmian w treści oferty konsorcjum B3 System S.A. na poprawieniu omyłek oferty tego wykonawcy na stronach 4 i 5 w poz. 2, poz. 4, poz. 4a pkt 1) i pkt 2) cen jednostkowych oraz poz. 4b pkt 1) i pkt 2) cen jednostkowych, poz. 9, w celu wyeliminowania z oferty tego wykonawcy niezgodności z SIWZ,
- d) wyborze oferty złożonej przez konsorcjum B3 System S.A. w Warszawie oraz zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- e) zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Betacom S.A. i w rezultacie zaniechaniu odrzucenia złożonej przez niego oferty

Odwołujący wniósł w dniu 27 sierpnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniem Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), a w konsekwencji poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
 - b) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sposób nie spełniający wymogu ustawowego, ze względu na lakoniczne, opisowe określenie postanowień SIWZ, które w ocenie Zamawiającego zostały naruszone, bez wskazania konkretnych zapisów SIWZ, które zostały naruszone oraz konkretnego sposobu ich naruszenia, co znacząco utrudnia Odwołującemu sformułowanie oraz uzasadnienie zarzutów podnoszonych w wnoszonym odwołaniu;
 - c) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego zmian w treści oferty konsorcjum B3 powodujących istotne zmiany oferty B3 na stronach 4 i 5 oferty B3 w poz. 2, poz. 4, poz. 4a pkt 1) i pkt 2) cen jednostkowych oraz poz. 4b pkt 1) i pkt 2) cen jednostkowych, poz. 9, w celu wyeliminowania z oferty B3 niezgodności z SIWZ, pomimo że nie zaistniały przesłanki do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
 - d) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty B3 pomimo, że treść oferty B3 nie odpowiada treści SIWZ,
 - e) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Betacom S.A. z postępowania, zaniechanie uznania oferty Betacom za odrzuconą, zaniechanie odrzucenia oferty Betacom, pomimo że Betacom złożyła nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
 - f) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Betacom S.A. z postępowania, zaniechanie uznania oferty Betacom za odrzuconą, zaniechanie odrzucenia oferty Betacom, pomimo że Betacom nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- a w konsekwencji naruszenia wskazanych powyżej przepisów - również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności określonych w pkt 2 i 3 pisma z dnia 25 lipca 2012 r. (sygn. FR3/253/JIW/12/IeU/2673,

- 2) unieważnienie czynności oceny ofert z dnia 16 sierpnia 2012 r. (tytuł pisma „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”, nr pisma FR3/253/JIW/12/IeU; R/159/1 I/DI/B/494, w tym:
- a) unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
 - b) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty polegającej na wyborze oferty B3,
 - c) unieważnienie czynności polegającej na przyznaniu punktacji ofercie Betacom,
 - d) odrzucenia oferty B3 z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
 - e) wykluczenia Betacom z Postępowania i w rezultacie odrzucenia oferty Betacom,
 - f) przeprowadzenia ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz z pominięciem oferty B3 oraz z pominięciem oferty Betacom,
 - g) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentował, że zastosował się w całości do postanowień SIWZ składając ofertę na realizację przedmiotu zamówienia na warunkach i w zakresie określonym w SIWZ. Stanowisko Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, wynika z niezrozumienia postanowień SIWZ, które sam Zamawiający sformułował. Odwołujący wskazał m.in. postanowienia rozdziału I ust. 6 SIWZ, rozdziału XXI pkt 1 SIWZ, pkt 1 załącznika D do SIWZ.

Powołując się na przywołane postanowienia SIWZ wywodził, że w jego ocenie faktycznie Zamawiający dopuścił w SIWZ dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia 3 możliwości skonstruowania oferty:

- a) wykonawcy mogli zaoferować (określić/dostarczyć) produkty HP: tj. oprogramowanie HPOVSD oraz HPSM;
- b) wykonawcy mogli zaoferować (określić/dostarczyć) produkty HP: tj. oprogramowanie HPOVSD oraz HPSM oraz inne równoważne/równoważny produkty/produkt;
- c) wykonawcy mogli zaoferować (określić/dostarczyć) produkty inne niż produkty HP: tj. inne niż Oprogramowanie HPOVSD oraz HPSM – zaś odwołujący skorzystał z tej drogi.

W konsekwencji w ocenie odwołującego Zamawiający winien wszelkie postanowienia SIWZ, w tym przykładowo obowiązek współdziałania z oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego (pkt 5 załącznika E do SIWZ), interpretować zgodnie z przywołanymi przez siebie postanowieniami.

Odwołujący wywodził, że jego zdaniem Zamawiający nie posiada i nie używa, oprogramowania HPSM a - jedynie - Zamawiający posiada prawa do jego uzyskania na

podstawie umowy na świadczenie wsparcia technicznego dla oprogramowania HPOVSD. zawartej do 31.12.2012 r. Argumentował, że z SIWZ wynika, że od 1 stycznia 2013 roku Zamawiający chce mieć inne oprogramowanie niż HPOVSD. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie będąc pewnym, czy wykorzystanie licencji, do których ma prawo do 31.12.2012 roku, będzie ekonomicznie i funkcjonalnie sensowne, dopuszcza produkty równoważne, w sposób, w jaki to zaoferował Odwołujący. Powyższe wynika także z faktu, że trzy pierwsze części opisane w Rozdziale I pkt I SIWZ mają być zrealizowane zgodnie z terminami wskazanymi Rozdziale II ust. 1 SIWZ. Natomiast część czwarta zamówienia, tj. dotycząca Rozdziału 1 ust. 1 pkt 4 SIWZ ma zostać zrealizowana w terminie od 01.01.2013-31.12.2016 r., co dodatkowo dowodzi, że Zamawiający obecnie nie posiada i nie używa HPSM. Powyższe wynika także z części „Definicje” wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr C do SIWZ dotyczącej „Oprogramowania HPSM”.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że w swojej ofercie zaproponował oprogramowanie równoważne nie spełniające warunków równoważności określonych w SIWZ w załączniku D „Warunki dla oferowanego Oprogramowania”. Jego zdaniem ocena czy występują (lub będą występowały) zakłócenia pracy środowiska systemowo-sprzętowego Zamawiającego” (pkt 2 ppkt b Załącznika nr 2), nie może być dokonana bez wcześniejszej instalacji oprogramowania równoważnego, w rezultacie ocena Zamawiającego jest błędna i przedwczesna i nie znajdująca uzasadnienia w SIWZ.

Odnosnie pkt 1 ppkt 1) Załącznika D do SIWZ odwołujący wskazywał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony zakłada, że będzie instalował i używał HPSM, gdyż dopuścił w SIWZ możliwość złożenia oferty, która zakłada nie korzystanie z żadnego produktu HP. Zgodnie z tym założeniem Odwołującego, dostarczony przez Odwołującego system nie miałby wpływu na oprogramowanie HP. Oferowane oprogramowanie nie będzie w żaden sposób wpływało również na politykę licencjonowania posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania (HP Service Desk 4.5), jak również nie ma wpływu na politykę licencjonowania innych produktów HP, jak HP Service Manager.

Odnosnie pkt 2 ppkt a-e załącznika nr D do SIWZ, który z kolei odsyłał do postanowienia rozdziału 1 ustęp 3 SIWZ wywodził co następuje. Co do punktu rozdziału 1 ust. 3 pkt 1 SIWZ podtrzymał swoje wywody przytoczone wcześniej. Odnosnie postanowienia rozdziału 1 ust. 3 pkt 2 SIWZ - pkt a wskazał, że spełnia wszystkie wymogi wynikające z tego postanowienia.

Odnosnie postanowienia rozdziału 1 ust. 3 pkt 2) pkt b SIWZ wywodził, że nie jest konieczne zapewnienie współdziałania z Oprogramowaniem HPSM, a jedynie zapewnienie oprogramowania, które zapewnia realizację odpowiednich funkcjonalności określonych w SIWZ. Przy założeniu iż oferowane przez Odwołującego oprogramowanie IBM SCCD w

całości zastępuje HPSM twierdzenie Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagania z SIWZ jest błędne, w ogóle nie ma zastosowania, ponieważ będzie jedno oprogramowanie.

Oдноśnie postanowienia rozdziału 1 ust. 3 pkt 2) pkt c SIWZ Odwołujący podniósł, że nie ma żadnych przesłanek ku temu, aby twierdzić iż zastosowanie IBM SCCD spowoduje ograniczenia w zakresie wymiany danych między nim a systemem HPOVSD czy HPSM. W przypadku całkowitej wymiany systemu HPOVSD na IBM SCCD twierdzenie Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogu SIWZ jest niezasadna, ponieważ całkowita praca systemu opierać się będzie o jedno rozwiązanie wyposażone w jedną bazę danych co całkowicie obala zasadność tego punktu.

Oдноśnie postanowienia rozdziału 1 ust. 3 pkt 3 SIWZ Odwołujący wskazał, że zastosowanie oprogramowania równoważnego nie powoduje utraty praw i naruszenia zasad licencjonowania. System HPSM jest bowiem systemem wsparcia nastawionym na czerpanie informacji z różnych źródeł (innych system heldpesk, monitorowania itd.), dlatego zastosowanie IBM SCCD nie spowoduje w żaden sposób naruszenia praw licencji.

Oдноśnie postanowienia rozdziału 1 ust. 3 pkt 4 SIWZ Odwołujący wskazał, że zgodnie z tym zapisem oprogramowanie do zarządzania wnioskami i baza wiedzy ma działać „jak” (a nie „jako” - jak błędnie przyjmuje Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty) element składowy Oprogramowania HPSM. Oznacza to, że oprogramowanie równoważne ma działać podobnie („jak”). Błędne jest rozumienie przez Zamawiającego własnego zapisu: założenie, że oprogramowanie do zarządzania wnioskami i baza wiedzy ma działać jako element składowy Oprogramowania HPSM, sugeruje że oprogramowanie to ma być wewnętrznym elementem składowym oprogramowania HPSM, co sugeruje że żadne inne oprogramowanie nie jest w stanie spełnić tego kryterium. Takie rozumienie potwierdza odpowiedź Zamawiającego nr 75 na pytania Wykonawców z 14 czerwca 2012 oraz słowniki języka polskiego. „Jak” wprowadza wyrażenie porównawcze, podczas gdy „jako” wprowadza określenie roli (na podstawie: słownik języka polskiego, PWN,) Zamawiający w SIWZ i w wyjaśnieniu użył „jak”. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający użył wyrazu „jako”, pomimo że w SIWZ został umieszczony wyraz „jak”. Oдноśnie rozdziału 1 ust. 3 pkt 5 SIWZ odwołujący wywodził, że wymagania z tego pkt w całości spełnia.

Oдноśnie postanowienia pkt 1 2) ppkt a Załącznika D do SIWZ odwołujący podnosił, że zgodnie z prawidłowym rozumieniem ust. 6 Rozdziału I SIWZ oprogramowanie HP jest jedynie oprogramowaniem wzorcowym i można zaoferować całkowicie inny produkt który w całości zastąpi produkt HP; ponadto, produkt zaoferowany przez wykonawcę nie zakłóca w żaden sposób działania oprogramowania Zamawiającego.

Odnosnie postanowienia pkt 1 2) ppkt b Załącznika D do SIWZ wywodził, że oferowane przez Odwołującego oprogramowanie nie powoduje zakłóceń pracy środowiska systemowo sprzętowego Zamawiającego. Zarzut Zamawiającego jest bezzasadny: poza tym, aby Zamawiający mógł prawidłowo ocenić produkt Odwołującego, to zgodnie z pkt 2 należy dokonać najpierw instalacji i testów.

Odnosnie pkt 1 2) ppkt c Załącznika D - zgodnie z prawidłowym rozumieniem ust. 6 Rozdziału I SIWZ: oprogramowanie HP jest jedynie oprogramowaniem wzorcowym i można zaoferować całkowicie inny produkt spełniający, który w całości zastąpi produkt HP;

Odnosnie pkt 1 2) ppkt d Załącznika D - zgodnie z prawidłowym rozumieniem ust. 6 Rozdziału I SIWZ: oprogramowanie HP jest jedynie oprogramowaniem wzorcowym i można zaoferować całkowicie inny produkt spełniający, który w całości zastąpi produkt HP. Oprogramowanie zaoferowane przez Odwołującego posiada wszelkie funkcjonalności, które ma oprogramowanie wzorcowe.

Odnosnie pkt e załącznika D - warunki i zakres usług gwarancji, asysty technicznej i konserwacji spełniają w pełni wymagania SIWZ.

Odnosnie pkt 2 Załącznika D do SIWZ - postanowienie dotyczy dokonania instalacji i testowania oferowanego Oprogramowania; twierdzenia Zamawiającego są bezzasadne.

Odnosnie pkt 3 Załącznika D do SIWZ Odwołujący zapewnia, że dokona odpowiedniego transferu wiedzy; twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia tego warunku jest bezpodstawne.

Odnosnie pkt 4 Załącznika D do SIWZ - aby ocenić spełnienie bądź niespełnienie tego pkt należy najpierw zainstalować oprogramowanie równoważne. Odwołujący wykona wszelkie zobowiązania związane z postanowieniem określonym w pkt 4. Twierdzenie Zamawiającego że oprogramowanie równoważne zaoferowane przez Odwołującego nie spełnia warunków równoważności jest bezpodstawne.

Odnosnie pkt 5 Załącznika D do SIWZ Zamawiający bezzasadnie przyjmuje, że dostarczone przez Odwołującego oprogramowanie może powodować utratę kompatybilności oraz wsparcie producentów innego oprogramowania. Ponieważ utrata taka byłaby uzasadniona w przypadku modyfikacji, dekompilacji kodu źródłowego oprogramowania, które w ramach działań implementacyjnych nie będą miały miejsca.

Odnosnie pkt 6 Załącznika D do SIWZ – Odwołujący zapewnił, że spełnia wymogi z tego pkt.

Odnosnie pkt 7 Załącznika D do SIWZ - Odwołujący spełnia warunki wymagane przez to postanowienie, przy czym Odwołujący podkreśla, że realizacja zobowiązań oraz dostarczenie odpowiednich dokumentów będzie miało dopiero miejsce po zawarciu umowy w sprawie realizacji zamówienia. Z tych powodów twierdzenie Zamawiającego, że

oprogramowanie równoważne zaoferowane przez Odwołującego nie spełnia warunków równoważności jest przedwczesne i bezpodstawne.

Odwołujący ustosunkował się także do twierdzenia Zamawiającego, iż *Wykonawca w ofercie zaproponował rozwiązanie równoważne przy założeniu, że oferowane przez Odwołującego rozwiązanie IBM SmartCloud Control Desk - w całości zastąpi obecne rozwiązanie stosowane przez Zamawiającego.* Podniósł, że takie założenie było dopuszczalne w świetle postanowienia rozdziału 1 ust. 6 SIWZ. Zamawiający błędnie uważa na etapie dokonywania oceny ofert, że nie dopuścił w SIWZ możliwości całkowitego zastąpienia produktów wzorcowych oraz błędnie zakłada, że dopuścił, m. in. wyłącznie migrację z HPOVSD do HPSM oraz dostawę licencji na oprogramowania do zarządzania wnioskami i bazą wiedzy zgodnie z rozdział 1 pkt 2 SIWZ. Odwołujący ocenił, że nie ma potrzeby dokonywać migracji HPOVSD do HPSM, a wystarczy i należy wykonać migrację z HPOVSD do IBM SCCD, która w swoim przebiegu i ramach czasowych nie jest gorsza od migracji HPOVSD do HPSM. Powtórzył swoje spostrzeżenie, że jego zdaniem Zamawiający nie posiada i nie używa Oprogramowania HPSM a - jedynie, zgodnie z SIWZ - Zamawiający posiada prawa do jego uzyskania.

Odwołujący odniósł się nadto to twierdzenia zamawiającego dotyczącego „warunkowego spełniania” przez odwołującego wymagań załącznika E do SIWZ podniósł, że sama techniczna modyfikacja formularza, z zachowaniem pełnej zgodności merytorycznej z SIWZ, jest w pełni dozwolona. Każdy wykonawca (w tym Odwołujący) pragnący zaoferować oprogramowanie równoważne do oprogramowania wzorcowego (z jednoczesnym: nie określaniem/dostarczaniem oprogramowania wzorcowego) musiał zaznaczyć w odpowiedni sposób w formularzu - w załączniku E do SIWZ - że zapewnia oprogramowanie równoważne, Odwołujący dokonał odpowiedniego opisu. Odwołujący użył jedynie sformułowania „N/A (przy przyjętym założeniu wymiany obecnego oprogramowania)”. Wywodził, że wymagania określone w SIWZ, prawidłowo rozumiane - w świetle rozdziału I ust. 6 SIWZ - wskazują, że oferta Odwołującego jest sformułowana w sposób poprawny, ponieważ faktycznie z SIWZ nie wynika obowiązek np. zapewnienia współdziałania z oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego, w sytuacji gdy Odwołujący oferuje oprogramowanie równoważne i nie zamierza zapewnić/dostarczyć w ogóle oprogramowania wzorcowego.

W konsekwencji uważał, że błędne jest twierdzenie Zamawiającego, o tym że oprogramowanie oferowane przez Odwołującego jedynie warunkowo spełnia wymagania określone w SIWZ dotyczące:

- a) „niezakłóconego współdziałania z oprogramowaniem HPSM posiadanym przez Zamawiającego i zapewniając realizację funkcjonalności związanych z obsługą zarządzania wnioskami i ich realizacją oraz baza wiedzy w oprogramowaniu HPSM”,
- b) „realizacji wymiany wszystkich danych z oprogramowaniem Zamawiającego”,
- c) powoduje naruszenia posiadanych przez Zamawiającego praw licencji,
- d) brakiem działania jako element składowy oprogramowania Zamawiającego,
- e) zapewnienie niezakłóconej współpracy w czasie rzeczywistym.

Wywodził, że dopuszczalne w świetle SIWZ było rozwiązanie równoważne przy założeniu, że oferowane przez Odwołującego rozwiązanie IBM SmartCloud Control Desk - w całości zastąpi obecne rozwiązanie stosowane przez Zamawiającego.

Odnosnie twierdzenia Zamawiającego, iż zapewnił asystę dla licencji posiadanych przez Zamawiającego tylko na okres migracji i testów podniósł, że w ramach oferty przedstawił zapewnienie asysty technicznej dla oferowanego rozwiązania na cały okres wymagany w SIWZ, a także asystę dla posiadanego przez Zamawiającego systemu HPOVSD na czas wykonania i zakończenia migracji do oferowanego systemu. Jest to uzasadnione ponieważ do momentu zakończenia migracji Zamawiający korzystał będzie z systemu który obecnie posiada, a więc musi mieć zapewniony dostęp do możliwości wsparcia w tym okresie, co Odwołujący mu zapewnia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że uzasadnienie Zamawiającego jest lakoniczne, opisowo określa postanowienia SIWZ, które w ocenie Zamawiającego zostały naruszone, bez wskazania konkretnych zapisów SIWZ, które zostały naruszone, co znacząco utrudnia Odwołującemu sformułowanie i uzasadnienie zarzutów podnoszonych w wnoszonym odwołaniu. Niepoprawne jest sporządzenie uzasadnienia, w którym Zamawiający napisał, że oprogramowanie równoważne nie spełnia warunków równoważności określonych w SIWZ w Załączniku D, podczas gdy:

- a) nie wiadomo o konkretnie postanowienia Załącznika D są niespełnione przez Odwołującego zdaniem Zamawiającego
- b) załącznik D pewnej części (wskazanej wyżej w uzasadnieniu) pokrywa się z Załącznikiem E, zawiera odesłania do rozdziału 1 SIWZ, który z kolei zawiera odesłania do Załącznika C SIWZ.
- c) ponadto, część postanowień załącznika D ma charakter proceduralny, dotyczy wykonywania testów, usuwania błędów, dostawy dokumentów, realizacji zobowiązań). Twierdzenie Zamawiającego, to tym, że oferta Odwołującego nie spełnia całości warunków

równoważności określonych w SIWZ jest pozbawione sensu, w sytuacji, gdy najpierw trzeba np. przeprowadzić określone testy.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podniósł, że Zamawiający w pkt 2 i 3 pisma z dnia 25 lipca 2012 r. (sygn. FR3/253/JIW/12/IeU/2673) dokonał zmian w treści oferty B3 powodujących istotne zmiany oferty B3 na stronach 4 i 5 oferty B3 w poz. 2, poz. 4, poz. 4a pkt 1) i pkt 2) cen jednostkowych oraz poz. 4b pkt 1) i pkt 2) cen jednostkowych, poz. 9, w celu wyeliminowania z oferty B3 niezgodności z SIWZ, pomimo że nie zaistniały przesłanki do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przywołał postanowienia rozdziału VI SIWZ ust. 3 zdanie drugie, zgodnie z którym *Cena za realizację zamówienia, o którym mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 2 wraz ze świadczeniem usługi asysty technicznej, o której mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 3 może stanowić maksymalnie do 7 % łącznej ceny oferty brutto.*

Tymczasem suma wynagrodzenia za licencje/sublicencje oraz za świadczenie usług asysty technicznej dla tych licencji) wynosi razem: 439.193,12 zł, co stanowiło 8,38% łącznej ceny oferty brutto oferty konsorcjum B3 System. Po dokonaniu wszystkich istotnych zmian przez Zamawiającego suma kwot wskazanych z pkt 1 poz. 4 i 5 (tj. za licencje/sublicencje oraz za świadczenie usług asysty technicznej dla tych licencji) wynosi razem 359.234,79 zł, tj. mniej niż 7% łącznej ceny brutto. W opinii Odwołującego, wbrew stanowisku Zamawiającego i konsorcjum B3, konsorcjum to wpisało pierwotne kwoty za licencje/sublicencje i za wsparcie celowo w wyniku niezrozumienia postanowień SIWZ w momencie sporządzania treści oferty, nie mając na uwadze rozdziału VI SIWZ ust. 3. Czynności Zamawiającego i konsorcjum B3 doprowadziły do niedozwolonej zmiany ceny i obniżenia ceny oferty konsorcjum B3, tak by nie podlegała ona odrzuceniu. Wywodził, że założenia jakie poczynił Zamawiający dokonując poprawy oferty konsorcjum B3 są nieprawidłowe. Argumentował, że nie ma żadnego zwyczaju w obszarze IT by podawać cenę łączną dla licencji i dla asysty technicznej. Przeciwnie, zdaniem Odwołującego zwyczajem jest podawanie odrębnej ceny dla licencji i dla asysty technicznej, ponieważ to są odrębne produkty, które wycenia się odrębnie.

W efekcie wobec niespełnienia przesłanek z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ocenie Odwołującego oferta konsorcjum B3 winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co uzasadnia sformułowanie zarzutu naruszenia również tego przepisu, którego Zamawiający nie zastosował.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odwołujący przywołał treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VIII ust. 3 pkt 1 pkt c SIWZ. Wywodził, że wbrew oświadczeniu

wykonawcy Betacom wartość wykazanego zamówienia, w części odpowiadającej warunkowi, nie przekroczyła kwoty 100.000 zł brutto. Z treści umowy ze zleceniodawcą usługi – tj. Ministerstwem Finansów z § 4 ust. 3 wynika, że wartość usług asysty technicznej (wsparcia) wyniosła jedynie 15.600 zł brutto, a pomimo tego wykonawca Betacom oświadczył na stronie 10 w załączniku 5 Wykaz Usług w pozycji 3 tabeli, że wartość tej części zamówienia przekroczyła kwotę 100.000 zł brutto. Jest to zatem nieprawdziwa informacja mogąca mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca powinien być wykluczony z postępowania, jego oferta uznana za odrzuconą i odrzucona.

Niezależnie od powyższego nie można także uznać, że wykonawca Betacom wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VIII ust. 3 pkt 1 pkt c SIWZ, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto, zdaniem Odwołującego w wyniku zarzucanych naruszeń Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Każde wskazane wyżej naruszenie narusza również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której domagał się oddalenia odwołania.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego Przystępujący Betacom i Przystępujący konsorcjum B3 System. Obaj wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę Odwołującego, ofertę Przystępującego konsorcjum B3 System, ofertę Przystępującego Betacom, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska Stron i uczestników postępowania oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący, w okolicznościach niniejszej sprawy, posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści istotnych warunków zamówienia („SIWZ”)

Izba uznała ww. zarzut za niezasadny. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Stosownie do postanowienia Rozdziału I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiotem zamówienia było:

- 1) zrealizowanie przez wykonawcę usługi migracji systemu Service Desk zamawiającego, działającego w oprogramowaniu HP Open Service Desk, zwanego dalej „Oprogramowaniem HPOVSD” z tego oprogramowania do oprogramowania HP Service Manager zwanego dalej „Oprogramowaniem HP Sm”, co do którego Zamawiający posiada prawo do jego uzyskania na podstawie wcześniej zawartych umów (...) (Rozdział I ust. 1 pkt 1),
- 2) udzielenie/zapewnienie udzielenia przez wykonawcę Zamawiającemu licencji/sublicencji użytkownika do oprogramowania zapewniającego obsługę zarządzania wnioskami i ich realizacja oraz obsługę bazy wiedzy w liczbie i rodzaju licencji/sublicencji użytkownika, zgodnie z wyszczególnieniem § 1 ust. 3 i załącznika nr 3 oraz § 11 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr C do SIWZ dedykowanego dla oprogramowania HPSM albo oprogramowania równoważnego zwanego dalej „Oprogramowaniem” zapewniającego obsługę ww. funkcjonalności, (Rozdział I ust. 1 pkt 2),
- 3) świadczenie przez wykonawcę usługi asysty technicznej dla udzielonych/zapewnionych licencji/sublicencji użytkownika dla oprogramowania, o którym mowa w pkt 2, (Rozdział I ust. 1 pkt 3),
- 4) świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego usługi asysty technicznej dla posiadanego przez zamawiającego oprogramowania HPSM oraz nabytego oprogramowania zgodnie z postanowieniami pkt 2 (Rozdział I ust. 1 pkt 4).

W myśl Rozdziału I ust. 3 SIWZ oprogramowanie, o którym mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 2 SIWZ musiało spełniać wymogi wymienione w załączniku D do SIWZ zgodnie z wyszczególnieniem załącznika E do SIWZ oraz spełniać co najmniej następujące warunki:

- 1) warunki udzielenia/zapewnienia udzielenia licencji/sublicencji użytkownika Oprogramowania muszą być zgodne z opisem określonym w załączniku C do SIWZ,

- 2) Oprogramowanie musiało realizować:
 - a) funkcjonalności związane z obsługą zarządzania wnioskami i ich realizacją oraz obsługą bazy wiedzy, o których mowa w ust. 1 pkt 2,
 - b) współdziałać z Oprogramowaniem HPSM zapewniając realizację funkcjonalności związanych z obsługą zarządzania wnioskami i ich realizacją oraz obsługą bazy wiedzy z Oprogramowaniu HPSM
 - c) wymieniać wszystkie dane (systemowe, słownikowe, użytkowe, zgłoszeń) wprowadzane, aktualizowane, przechowywane, kopiowane, tworzone, usuwane w/pomiędzy modułach/modułami Oprogramowania HPSM w celu zapewnienia pełnej funkcjonalności Oprogramowania HPSM z uwzględnieniem działania wszystkich funkcjonalności związanych z obsługą zarządzania wnioskami i ich realizacją oraz obsługą bazy wiedzy,
- 3) korzystanie z Oprogramowania nie mogło powodować naruszenia posiadanych przez Zamawiającego praw licencji/sublicencji Oprogramowania HPSM,
- 4) oprogramowanie musiało zapewniać pełną, kompletną funkcjonalność oprogramowania, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, działać jak element składowy Oprogramowania HPSM, zapewnić niezakłóconą współpracę w czasie rzeczywistym z Oprogramowaniem HPSM,
- 5) spełniać funkcjonalności określone w pkt 5 Rozdziału I ust. 3 pkt 5 SIWZ.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał załącznik nr C do SIWZ (SIWZ Rozdział I ust. 5). Stosownie do postanowienia załącznika nr C do SIWZ – wzoru umowy, zamawiający zdefiniował nazwę „oprogramowanie HP” i wskazał, że jest to oprogramowanie użytkowane przez zamawiającego, zaś definiując oprogramowanie HPSM wyjaśnił, że jest to oprogramowanie, którego posiadanie przez zamawiającego jest zagwarantowane w umowie na świadczenie wsparcia technicznego dla oprogramowania HPOVSD, zawartej do 31 grudnia 2012 r. Nadto opis posiadanego przez zamawiającego oprogramowania znajdował się również w załączniku nr 3 do wzoru umowy.

Realizacja przedmiotu zamówienia pierwszych trzech części przedmiotu zamówienia miała nastąpić w terminie 10 miesięcy od dnia podpisania umowy, natomiast realizacja części czwartej od 1.1.2013 do 31.12.2016 r. (Rozdział II pkt 1 i 2 SIWZ).

Stosownie do postanowienia rozdziału I ust. 6 SIWZ: *„Jeżeli Zamawiający określił w SIWZ wymagania z użyciem nazw własnych produktów lub marek producentów, w szczególności w obszarze specyfikacji przedmiotu zamówienia lub warunków udziału, to należy traktować wskazane produkty lub nazwy jako rozwiązania wzorcowe. W każdym takim przypadku Zamawiający dopuszcza dostarczenie/określenie produktów wzorcowych*

lub równoważnych, spełniających warunki równoważności określone w Załączniku D do SIWZ. Zastrzeżenie powyższe dotyczy także sytuacji, gdy w treści SIWZ pominięto sformułowanie „lub równoważny”.

Warunki równoważności do oprogramowania, o którym mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 2 SIWZ zostały wymienione w załączniku D do SIWZ.

W załączniku tym zastrzeżono m.in.

1. W przypadku zaoferowania (dostarczenia) Oprogramowania równoważnego względem opisanego przez Zamawiającego oprogramowania w SIWZ, Wykonawca musi na swoją odpowiedzialność i swój koszt udowodnić, że oferowane oprogramowanie spełnia wszystkie wymagania i warunki określone SIWZ, w szczególności w zakresie:
 - 1) Warunków udzielenie/zapewnienia udzielenia licencji/sublicencji użytkownika w każdym aspekcie licencjonowania/sublicencjonowania, które muszą być zgodne z opisem Rozdziału I ust. 3 pkt 1 SIWZ,
 - 2) Wymagań oraz funkcjonalności oferowanego oprogramowania określonych w Rozdziale I ust. 3 SIWZ, w tym dot:
 - a. kompatybilności i funkcjonowania w sposób niezakłócony z oprogramowaniem Zamawiającego,
 - b. braku zakłóceń pracy środowiska systemowo-sprzętowym Zamawiającego,
 - c. Pełnej współpracy z systemem Zamawiającego opartym o użytkowane oprogramowanie,
 - d. zapewnienia pełnej, równoległej współpracy w czasie rzeczywistym i pełnej funkcjonalnej zamienności oferowanego Oprogramowania równoważnego z produktem określonym w SIWZ (Rozdział I ust. 1 pkt 2 lit. a),
 - e. warunków i zakresu usług gwarancji, asysty technicznej i konserwacji oferowanego oprogramowania równoważnego z produktem wymienionym w SIWZ (Rozdział I ust. 1 pkt 2 lit. a).

Potwierdzeniem spełnienia przez wykonawcę wymogów oprogramowania z Rozdziału I ust. 1 pkt 2, a wymienionych w Rozdziale I ust. 3 było jego oświadczenie składane w załączniku nr E do SIWZ. Stosownie do Rozdziału I ust. 4 SIWZ wykonawca zobowiązany był do wypełnienia i złożenia wraz z ofertą tego załącznika.

W załączniku E na zasadzie „spełnia/nie spełnia” należało wykazać spełnienie wymagań Zamawiającego. W szczególności:

- a) w punkcie 5 i 6 załącznika E należało potwierdzić spełnienie przytoczonego wyżej wymagania z Rozdziału I ust. 3 pkt 2 lit. b,

- b) w punkcie 7 załącznika E należało wykazać spełnienie przywołanego wcześniej wymagania z Rozdziału I ust. 3 pkt 2 lit c,
- c) w punkcie 8 załącznika E należało wykazać spełnienie opisanego wyżej wymogu z Rozdziału I ust. 1 pkt 3,
- d) w punkcie 9 i 10 załącznika E do SIWZ należało wykazać spełnienie wymagania z Rozdziału I ust. 3 pkt 4 SIWZ.

Zamawiający na podstawie § 3 pkt 1 umowy R/350/10/DI/B/1030 z 21 lutego 2012 r. zawartej między Zamawiającym a Wola Info S.A. w Warszawie, ma zagwarantowane prawo do dostarczania przez wykonawcę na każde pisemne żądanie oprogramowania HP, a także nowego oprogramowania będącego kontynuacją linii produktowej Open View. Prawo to posiada do 31.12.2012 r.

W złożonym wraz z ofertą wypełnionym załączniku E odwołujący wskazał, że oferuje oprogramowanie o nazwie SmartCloud Control Desk, 7.5, IBM. Oświadczył, że zastosował rozwiązanie równoważne, które pokrywa w całości zakresem funkcjonalnym rozwiązanie obecnie stosowane przez Zamawiającego, oparte na licencjach HP SD. Z tego względu po zakończeniu okresu migracji nie będzie potrzeby używania licencji obecnie posiadanych przez Zamawiającego, natomiast cała funkcjonalność wykorzystywana obecnie zostanie odwzorowana w jego rozwiązaniu. Odwołujący w pkt 5, 6, 7, 8, 9, 10 załącznika E do SIWZ oświadczył „N/A (będzie spełnione przy zachowaniu pełnej funkcjonalności oferowanego systemu bez konieczności stosowania HP SD i HP SM)”. Dodatkowo zastrzegł w załączniku E, że asysta dla licencji posiadanych przez Zamawiającego będzie zapewniona na okres migracji i testów.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wykładnia postanowień SIWZ przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu nie była prawidłowa. W świetle postanowień Rozdziału I SIWZ pkt 1 przedmiotem zamówienia nie była dostawa oprogramowania HP Open View Service Desk, czy też oprogramowania HP Service Manager, lecz usługa migracji systemu Service Desk z pierwszego do drugiego rodzaju oprogramowania. O tym, że Zamawiający już posiada i zamierza korzystać z ww. oprogramowania Zamawiający informował w wielu postanowieniach SIWZ. Po pierwsze wskazywał na to sam tytuł postępowania, który brzmiał „zakup usługi migracji systemu Service Desk działającego w oprogramowaniu HP OV SD do HP SM (...)”. Po drugie wskazywały na to postanowienia załącznika nr C do SIWZ – wzoru umowy, w którym Zamawiający definiując nazwę „oprogramowanie HP” wskazał, że jest to oprogramowanie „użytkowane przez zamawiającego”, zaś definiując oprogramowanie HPSM wyjaśnił, że jest

to oprogramowanie, którego posiadanie przez Zamawiającego jest zagwarantowane w umowie na świadczenie wsparcia technicznego dla oprogramowania HPOVSD, zawartej do 31 grudnia 2012 r. Nadto opis posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania znajdował się również w załączniku nr 3 do wzoru umowy. Po trzecie Rozdział III pkt 3 formułujący warunki równoważności i odsyłający m.in. do załącznika nr D wyraźnie i w sposób niebudzący wątpliwości odsyłał do oprogramowania, o którym mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 2 SIWZ a nie do oprogramowania, o którym mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 1 SIWZ.

Wreszcie wskazywała na to treść umowy nr R/350/10/DI/B/1030 z 21 lutego 2012 r. zawartej między Zamawiającym a Wola Info S.A. w Warszawie, którą Zamawiający złożył w trakcie rozprawy. Z § 3 pkt 1 ww. umowy wynikało, że jej przedmiotem jest także dostarczanie na każde pisemne żądanie zamawiającego oprogramowania HP, a także nowego oprogramowania będącego kontynuacją linii produktowej Open View. Z ww. postanowienia wynikało, że w okresie obowiązywania umowy, który upływa 31 grudnia 2012 r. wykonawca zobowiązany jest dostarczyć na każde żądanie Zamawiającego przywołane nowe oprogramowanie HP. Zatem skoro już przed wszczęciem postępowania Zamawiający posiadał prawo do korzystania z oprogramowania HP SM na podstawie odrębnej umowy, to nielogicznym byłoby aby miał takie oprogramowanie zamawiać w niniejszym postępowaniu.

Dlatego użyte przez Zamawiającego w Rozdziale I ust. 1 pkt 1 SIWZ nazwy własne oprogramowania HP Open View Service Desk i HP Service Manager nie stanowiły opisu przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający nie nabywał ich w analizowanym postępowaniu. Stanowiły wyłącznie opis posiadanych oprogramowań, pomiędzy którym miała zostać dokonana jedynie usługa migracji systemu Service Desk. W konsekwencji nie znajdował zastosowania w omawianym zakresie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, nakładający na zamawiającego, który opisał przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych obowiązek dopuszczenia ofert równoważnych. Takie wskazanie stanowiło jedynie opis stanu faktycznego – istniejącego u Zamawiającego, co do którego nie istnieje zakaz wskazywania znaków towarowych. Tak też należało interpretować postanowienia rozdziału 1 ustęp 6 SIWZ które - jak wynikało z litery tego postanowienia - dotyczyły wymagań zamawiającego w obszarze „przedmiotu zamówienia”.

W oparciu o postanowienia Rozdziału I ust. 6 SIWZ wykonawca, w zakresie przedmiotu zamówienia wymienionego w Rozdziale I ust. 1 pkt 1 SIWZ, nie był uprawniony do zaoferowania obok usługi migracji systemu Service Desk innego oprogramowania do którego dane te zostaną przeniesione, z założeniem że to inne oprogramowanie zastąpi system z którego Zamawiający obecnie korzysta, względnie posiada zapewnione prawa do korzystania.

O równoważności można było mówić wyłącznie w drugim obszarze części zamówienia. Zgodnie z rozdziałem I ust. 1 pkt 2 SIWZ przedmiotem zamówienia było także

udzielenie/zapewnienie udzielenia przez wykonawcę Zamawiającemu licencji/sublicencji użytkownika do oprogramowania zapewniającego jedynie obsługę zarządzania wnioskami i ich realizacją oraz obsługę bazy wiedzy dedykowanego dla oprogramowania HP Service Manager albo oprogramowania równoważnego. Jedynie w tym obszarze Zamawiający określił, że chce nabyć oprogramowanie, które miało być dedykowane dla HPSM albo oprogramowanie równoważne. Oprogramowanie to miało więc jedynie zapewniać obsługę zarządzania wnioskami i ich realizacją oraz obsługę bazy wiedzy, natomiast z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, że oprogramowanie to miałyby zastępować oprogramowanie HPSM wymienione w Rozdziale I ust. 1 pkt 1 SIWZ, do którego Zamawiający miał prawo do jego uzyskania i z którego to prawa Zamawiający zamierzał korzystać.

Z tego powodu należało uznać, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego zarzucając jej niedopuszczalne w świetle SIWZ założenie, iż oprogramowanie IBM SmartCloude Control Desk w całości zastąpi obecne rozwiązanie stosowane przez Zamawiającego.

Następstwem błędu Odwołującego w interpretacji SIWZ były kolejne niezgodności oferty z SIWZ, tym razem w obszarze przedmiotu zamówienia, o którym mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 2 SIWZ. Jak wspomniano wcześniej Odwołujący w sposób nieuprawniony założył, że zamiast oprogramowania, które miało jedynie zapewnić obsługę zarządzania wnioskami i ich realizacją oraz obsługę bazy wiedzy może zaoferować oprogramowanie, które w całości zastąpi rozwiązanie obecnie funkcjonujące u Zamawiającego i z którego zamierzał korzystać w przyszłości.

Dostrzeżenia wymagało, iż zgodnie z rozdziałem 11 SIWZ należało złożyć wypełniony załącznik E do SIWZ określający wymagane przez zamawiającego parametry graniczne oprogramowania o którym mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 2 SIWZ, a wynikające m.in. z Rozdziału I ust. 3 SIWZ. Wykonawcy zobowiązani byli w wypełnionym załączniku E oświadczyć, że spełniają nw. wymagania graniczne. Wymaganiami zamawiającego wynikającymi z Rozdziału I ust. 3 SIWZ i powtórzonymi w załączniku E było m.in:

- 1) współdziałać z oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego zapewniając realizację funkcjonalności związanych z obsługą zarządzania wnioskami i ich realizacją w oprogramowaniu posiadanym przez Zamawiającego (pkt 5 załącznika E do SIWZ),
- 2) współdziałać z oprogramowaniem posiadanym przez Zamawiającego zapewniając realizację funkcjonalności związanych z obsługą bazy wiedzy w oprogramowaniu posiadanym przez Zamawiającego (pkt 6 załącznika E do SIWZ),
- 3) wymieniać wszystkie dane (systemowe, słownikowe, użytkowe, zgłoszeń) wprowadzane, aktualizowane, przechowywane, kopiowane, tworzone, usuwane

w/pomiędzy modułach/modułami oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego w celu zapewnienia pełnej funkcjonalności oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego z uwzględnieniem działania wszystkich funkcjonalności związanych z obsługą zarządzania wnioskami i ich realizacją oraz obsługa bazy wiedzy (pkt 7 załącznika E do SIWZ),

- 4) korzystanie z oferowanego oprogramowania nie mogło powodować naruszenia posiadanych przez Zamawiającego praw licencji/sublicencji do posiadanego oprogramowania (pkt 8 załącznika E do SIWZ),
- 5) oprogramowanie musiało zapewniać pełną, kompletną funkcjonalność, o którym mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 2, działać jak element składowy Oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego (pkt 9 załącznika E do SIWZ),
- 6) oprogramowanie musiało zapewnić niezakłóconą współpracę w czasie rzeczywistym z Oprogramowaniem posiadanym przez zamawiającego (pkt 10 załącznika E do SIWZ),
- 7) oprogramowanie musiało zapewniać możliwość korzystania z oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego na szeregu polach eksploatacji (pkt 36 załącznika E do SIWZ).

Odwołujący w pkt 5, 6, 7, 8, 9, 10, 36 załącznika E do SIWZ oświadczył „N/A (będzie spełnione przy zachowaniu pełnej funkcjonalności oferowanego systemu bez konieczności stosowania HP SD i HP SM)”. W ocenie Izby powyższe zastrzeżenie oznaczało de facto niespełnienie wymogów SIWZ. Warunek od którego Odwołujący uzależnił bowiem spełnienie ww. wymogów, w świetle przytoczonych wcześniej wywodów nigdy się nie ziści, albowiem nie został dopuszczony w postanowieniach SIWZ. Oferta Odwołującego zatem również w obszarze przedmiotu zamówienia z Rozdziału I ust. 1 pkt 2 SIWZ nie odpowiadała przytoczonym postanowieniom Rozdziału I ust. 3 i załącznika E do SIWZ, co znalazło odzwierciedlenie w decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w pkt 1 a i b pisma z 16 sierpnia 2012 r.

Wreszcie podkreślenia wymagało, że niespełnienie przywołanych wyżej wymogów Rozdziału I ust. 3 SIWZ (powtórzonych w załączniku E) stanowiło także jednocześnie naruszenie postanowień załącznika D do SIWZ. Ten ostatni dokument, w ust. 1 pkt 2, odsyłał bowiem do postanowień Rozdziału I ust. 3 SIWZ. Zatem Zamawiający zasadnie, w pkt 1 pisma z dnia 16 sierpnia 2012 r. zarzucił Odwołującemu również niespełnienie warunków równoważności wynikających z załącznika D do SIWZ.

O sprzeczności oferty Odwołującego z SIWZ można było mówić również w obszarze przedmiotu zamówienia wymienionym w Rozdziale I ust. 1 pkt 4 SIWZ. Dostrzeżenia wymagał fakt, iż Odwołujący zastrzegł w załączniku E, że asysta dla licencji posiadanych

przez Zamawiającego będzie zapewniona na okres migracji i testów. Oświadczenie to należało uznać za niezgodne z postanowieniami Rozdziału II pkt 1 i 2 SIWZ, gdyż realizacja części czwartej zamówienia, polegającej na świadczeniu asysty technicznej dla posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania HPSM, w świetle tych postanowień miała trwać od 1.1.2013 do 31.12.2016 r., a nie jedynie przez okres migracji i testów. Również omawiana przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego, wymieniona przez Zamawiającego w pkt 1 c pisma z 16 sierpnia 2012 r., znalazła potwierdzenie w zebranych materiałach dowodowych.

Izba nie uwzględniła przy wyrokowaniu złożonych przez Odwołującego dokumentów tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia na opracowanie i wdrożenie projektów zarządzania usługami w ramach projektu IEU z 28 sierpnia 2012 r. oraz odpisu odwołania złożonego przez Odwołującego w dniu 7 września 2012 r. w nowo wszczętym przez Zamawiającego postępowaniu. Okoliczność na jaką został powołany ten dowód tj. na fakt wszczęcia przez Zamawiającego nowego postępowania, w którym przesądzić miał o tym, że usługi będą wykonywane do oprogramowania HP SM bez oczekiwania na rozstrzygnięcie odwołania w niniejszej sprawie Izba uznała za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Zamawiający nie był zobligowany do oczekiwania ze wszczęciem nowego postępowania na rozstrzygnięcie odwołania w niniejszej sprawie i czynił to na swoją odpowiedzialność. Jeżeli zaś Odwołujący upatrywał w tej czynności uszczerbku we własnym interesie to miał prawo skorzystać ze środka ochrony prawnej wobec nowej czynności Zamawiającego, z którego to prawa skorzystał.

Z tego względu nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiada treści istotnych warunków zamówienia.

2. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowanie uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego w sposób nie spełniający wymogu ustawowego, ze względu na lakoniczne, opisowe określenie postanowień SIWZ, które w ocenie Zamawiającego zostały naruszone

Izba uznała ww. zarzut za niezasadny.

W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp, w szczególności art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zakazuje Zamawiającemu wskazania w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty postanowień SIWZ, z którymi oferta ta jest niezgodna w sposób opisowy, tak jak to uczyniono w niniejszej sprawie. Istotnym jest jedynie, aby opis pozwalał na ustalenie, o które

postanowienia chodzi. W ocenie Izby Zamawiający uczynił zadość tym wymogom w sposób dostateczny.

Nietrafne było twierdzenie Odwołującego, że nie wiadomo które konkretnie postanowienia Załącznika D są niespełnione przez Odwołującego zdaniem Zamawiającego. Dostrzeżenia wymagało, że wykonawcy nie byli zobowiązani do składania odrębnie załącznika D do SIWZ. Spełnienie wymogów z załącznika D do SIWZ należało wykazać w Załączniku E, zaś Załącznik D w znacznej części pokrywał się bowiem z Załącznikiem E do SIWZ, co przyznał sam Odwołujący. Z kolei niespełnienie wymagań z załącznika E do SIWZ zostało przez Zamawiającego jasno i precyzyjnie wyartykułowane. Uzasadnienie faktyczne zawierało wprawdzie opisowe, lecz wyraźne nawiązanie do pkt 5, 6, 7, 8, 9, 10, 36 załącznika E do SIWZ. Zamawiający posłużył się bowiem tożsamymi pojęciami do tych, których użył w załączniku nr E do SIWZ. Chodziło zatem o ww. postanowienia Załącznika E, w których Odwołujący oświadczył „N/A (będzie spełnione przy zachowaniu pełnej funkcjonalności oferowanego systemu bez konieczności stosowania HP SD i HP SM)”. Odwołujący na podstawie uzasadnienia faktycznego prawidłowo odczytał intencje Zamawiającego, skoro w tym zakresie złożył obszerne odwołanie.

Z tego powodu uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie niespełnienia wymogów załącznika D do SIWZ należało odczytywać ściśle, tj. jako naruszenie wyłącznie tych postanowień załącznika D, które stanowią powtórzenie stosownych postanowień załącznika E do SIWZ. Niespełnienie wymogów proceduralnych z załącznika D, niewyartykułowane przez Zamawiającego odrębnie w uzasadnieniu faktycznym, nie stanowiło podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, zaś Zamawiający w trakcie rozprawy do tych wymogów nie nawiązywał w żaden sposób.

Z tego względu nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie uzasadnienia faktycznego w sposób sprzeczny z tym przepisem.

- 3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przystępującego Betacom S.A. z postępowania, zaniechanie uznania oferty Betacom za odrzuconą, zaniechanie odrzucenia oferty Betacom, pomimo że Betacom złożyła nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania lub nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu**

Krajowa Izba Odwoławcza uznała ww. zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do postanowienia Rozdziału VIII ust. 3 pkt 1 lit. c SIWZ wykonawcy zobowiązani byli wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również na wykonywaniu w ciągu 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jednego zamówienia dotyczącego wsparcia technicznego świadczonego dla oprogramowania realizującego funkcje service desk/systemu service desk dla co najmniej 20 osób pracujących na poszczególnych liniach świadczących wsparcie dla usług informatycznych, o wartości co najmniej 100.000 zł brutto.

Stosownie do postanowienia Rozdziału IX SIWZ w celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie – potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w Rozdziale VIII ust. 3 SIWZ.

Przystępujący Betacom w celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz usług, w którym w poz. 3 wskazał na doświadczenie w wykonaniu „zakupu rozszerzającego ilość licencji/sublicencji użytkownika dla posiadanego przez Ministerstwo Finansów oprogramowania HP Open View Service Desk 4.5”. Oświadczył, że realizacja zamówienia obejmowała m.in. usługi opisane w Rozdziale VIII ust. 3 pkt 1 lit. c SIWZ – wartość tej części zamówienia przekroczyła kwotę 100.000 zł brutto. Usługa ta miała być realizowana na rzecz Ministerstwa Finansów w Warszawie w okresie od 25.11.2009 r. do 31.12.2010 r. Do wykazu załączono referencje Ministerstwa Finansów z 12.01.2011 r. potwierdzające należyte wykonanie umowy nr R/242/09/DI/B/821/A-1 z 25.11.2009 r.

Ustalono nadto, że stosownie do postanowienia § 1 ust. 1 ww. umowy z 25.11.2009 r. jej przedmiotem było udzielenie licencji /sublicencji (...) rozszerzenia możliwości korzystania z posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania HP Open View Service Desk v 4.5 określonego w tabelach nr 1 i nr 2 o dodatkowych 50 użytkowników nazwanych i 100 użytkowników nienazwanych. Nadto, w myśl postanowienia § 1 ust. 2 ww. umowy wykonawca zobowiązywał się do świadczenia (...) usługi asysty technicznej dla licencji/sublicencji wymienionych w ust. 1, na które wykonawca w ramach umowy udziela licencji / sublicencji. Z kolei zgodnie z § 3 ust. 4 ww. umowy nr R/242/09/DI/B/821/A-1 z

25.11.2009 r. Zamawiający oświadczał, że dla Oprogramowania HP wymienionego w § 1 ust. 1 tabeli nr 1 i tabeli nr 2 ma realizowane wsparcie techniczne do dnia 31.12.2010 r. Zaś w myśl postanowienia § 4 ust. 3 ww. umowy zapłata za świadczenie usługi asysty technicznej, określonej w § 1 ust. 2 nastąpi w wysokości 15.860 zł.

W dniu 2 grudnia 2009 r. na podstawie ww. umowy dla Ministerstwa Finansów zostały wygenerowane klucze licencyjne dla licencji SD One User Software LTU - szt. 50 i SD One Concurrent User Software LTU – szt. 100. Wsparcie techniczne powiązane z tymi licencjami było realizowane do 31.12.2010 r. Wsparciem technicznym dla ww. licencji były produkty HP Software 3AX Supp - szt. 50 i HP Software 3BK Supp – szt. 100. Produkty te zostały sprzedane w dniu 2 grudnia 2009 r. przez IT. Expert sp. z o.o. w Warszawie wykonawcy Betacom S.A. w Warszawie za cenę odpowiednio 41.541 zł i 135.298 zł brutto.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że dla oceny podstaw wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Skoro Odwołujący wywodził, że Przystępujący Betacom złożył w ww. zakresie informacje nieprawdziwe, zaś Przystępujący Betacom utrzymywał, iż złożył oświadczenie zgodne z rzeczywistością czego nie kwestionował Zamawiający, to procesowym obowiązkiem Odwołującego było ustalenie rzeczywistego stanu faktycznego i wykazanie tego wiarygodnymi dowodami. Izba stwierdziła bowiem, że ciężar dowodu co do podania przez Przystępującego Betacom informacji nieprawdziwych spoczywał w niniejszej sprawie na Odwołującym, albowiem to on z faktu tego wywodził skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia Przystępującego Betacom z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Odwołujący powołał się na treść umowy nr R/242/09/09/DI/B/821/A-1 z 25.11.2009 r. łączącej Zamawiającego z konsorcjum Betacom S.A. w Warszawie i IT.expert sp. z o.o. w Warszawie, w szczególności § 4 ust. 3 tej umowy. Z ww. postanowienia wynikało, że zapłata za świadczenie usługi asysty technicznej miała nastąpić w wysokości 15.860 zł. Na tej podstawie wywodził, że nieprawdziwe jest oświadczenie Betacom iż wartość usługi asysty technicznej (wsparcia) na tym zadaniu wyniosła jedynie 15.860 zł brutto, a pomimo tego

Przystępujący Betacom oświadczył, że wartość tej części zamówienia przekroczyła kwotę 100.000 zł brutto. Ponadto powołał się na referencje Ministerstwa Finansów z 4 września 2012r. z których wynikało, że wartość asysty technicznej na tym zadaniu wynosiła 15.860,00 zł. Zamawiający i Przystępujący Betacom również powołali się na postanowienia ww. umowy, nie kwestionowali referencji Ministerstwa Finansów, więc Izba uznała za bezsporne, że wartość usługi asysty technicznej na tym zadaniu wynosiła rzeczywiście 15.860 zł. Powyższe ustalenie nie oznaczało jednak wykazania, że Przystępujący Betacom złożył zarzucane mu nieprawdziwe informacje.

Izba wzięła bowiem pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym należało wykazać doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednego zamówienia dotyczącego wsparcia technicznego świadczonego dla programowania realizującego funkcje service desk/systemu service desk dla co najmniej 20 osób pracujących na poszczególnych liniach świadczących wsparcie dla usług informatycznych, o wartości co najmniej 100.000 zł brutto.

Z treści warunku udziału w postępowaniu wynikało zatem, że dla Zamawiającego istotną nie była usługa asysty technicznej, lecz wsparcie techniczne. Poza tym zamówienie, w którego wykonaniu doświadczenie należało wykazać miało jedynie „dotyczyć” wsparcia technicznego, a nie polegać na wsparciu technicznym. Zaś słowo „dotyczy” w języku polskim oznacza tyle co odnosić się.

Co do pierwszej kwestii, Odwołujący w trakcie rozprawy kwestionował istnienie różnicy pomiędzy pojęciami „asysta techniczna” i „wsparcie techniczne”. Natomiast Przystępujący Betacom wywodził, że wsparcie techniczne jest szerszym pojęciem i obejmuje m.in. migrację, upgrade, zgłaszanie błędów, możliwość dostępu do portalu, zaś asysta techniczna jest dodatkową usługą świadczoną ponad standardowe wsparcie. W oparciu o powyższe wywodził, że możliwość realizacji usługi asysty technicznej w zakresie aktualizacji i poprawek musiała się wiązać z posiadaniem wsparcia, gdyż jest od niego uzależniona. Zamawiający zaś ostatecznie w trakcie rozprawy poparł stanowisko Przystępującego Betacom.

Izba oceniając stanowiska Stron i powołane przez nie dowody powzięła wątpliwości co do tej okoliczności. W praktyce branży IT zdarza się nie rozróżnianie ww. pojęć, jednakże rozróżnienie takie niewątpliwie przeprowadził Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu. W przeciwieństwie do innych warunków z pkt VIII.3 SIWZ, w których posługiwał się pojęciem „usługa”, w ppkt c zamawiający nawiązywał niewątpliwie do wsparcia technicznego, które pochodzi od producenta, jednakże wykonawca chcąc wykonać usługę asysty technicznej takim wsparciem producenta musiał dysponować.

Różnica znaczeniowa pomiędzy tymi pojęciami wynikała także z treści samej przywoływanej przez Strony i Przystępującego Betacom umowy z 2009 r. W postanowieniu §

3 ust. 4 umowy była bowiem mowa o wsparciu technicznym, zaś w § 4 ust. 3 umowy – o usłudze asysty technicznej.

Jednakże zasadnicze wątpliwości wynikały z faktu, że w dniu 2 grudnia 2009 r. na podstawie ww. umowy dla Ministerstwa Finansów zostały wygenerowane klucze licencyjne dla licencji SD One User Software LTU - szt. 50 i SD One Concurrent User Software LTU – szt. 100. Ponadto, wsparcie techniczne powiązane z tymi licencjami było realizowane do 31.12.2010 r. Wsparciem technicznym dla ww. licencji były produkty HP Software 3AX Supp - szt. 50 i HP Software 3BK Supp – szt. 100. Produkty te zostały sprzedane w dniu 2 grudnia 2009 r. przez It. Expert sp. z o.o. w Warszawie wykonawcy Betacom S.A. w Warszawie za cenę odpowiednio 41.541 zł i 135.298 zł brutto. Powyższe ustalono na podstawie złożonych przez Przystępującego Betacom dokumentów:

- a) oświadczenia HP z 6 września 2012r.,
- b) protokół odbioru ilościowo-jakościowy do ww. umowy,
- c) faktury VAT z 3 grudnia 2009r.,
- d) faktury VAT z 2 grudnia 2009r. nr 2009/12/02,
- e) dokumentu przyjęcia do magazynu z 10 grudnia 2009r. nr PZ/2009/1882.

Gdyby wsparcie techniczne w ramach analizowanej umowy obejmowało wyłącznie asystę to It.Expert sp. z o.o. w Warszawie nie wystawiłby na rzecz Betacom faktury z tytułu dostawy usługi HP Software 3AX Support i HP Software 3BK Support na kwoty odpowiednio 41.541,00 zł i 135.298,00 zł brutto, co wynikało z faktury i protokołu odbioru złożonego w trakcie rozprawy przez Przystępującego Betacom.

W ocenie Izby Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu i posługując się pojęciem „zamówienie dotyczące wsparcia”, które to pojęcie oznacza „odnoszące się”, nie rozstrzygnął tej kwestii w sposób precyzyjny. Nawiązywał także nie do „usługi”, lecz do wsparcia technicznego, które pochodzi od producenta, ale wykonawca wykonując usługę asysty technicznej musiał uprzednio wsparcie producenta posiadać. Powzięte wątpliwości Izba zobowiązana była rozstrzygnąć na korzyść Przystępującego Betacom kierując się utrwaloną w orzecznictwie Izby zasadą, że niejednoznacznych postanowień SIWZ nie interpretuje się na niekorzyść wykonawcy.

Biorąc pod uwagę, że to na odwołującym w myśl art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywał ciężar udowodnienia spornej okoliczności, Izba powzięte wątpliwości co do różnicy pomiędzy pojęciami „wsparcie techniczne” i „asysta techniczna”, wątpliwości co do wartości tych usług, a także wątpliwości co do interpretacji warunku udziału w postępowaniu musiała rozstrzygnąć na jego niekorzyść uznając, że faktu z którego wywodził skutki prawne nie wykazał w sposób jednoznaczny i przekonujący. Izba uznała, że Odwołujący wykazał jedynie, że Przystępujący Betacom wykonał usługę asysty technicznej na kwotę 15.860 zł, co nie musiało jednak oznaczać, że nie zrealizował on zamówienia dotyczącego wsparcia

technicznego na kwotę co najmniej 100.000 zł brutto. Natomiast Przystępujący Betacom wykazał, że częścią analizowanej umowy była sprzedaż licencji połączonych ze wsparciem o wartości przewyższającej tę kwotę.

Z tego względu nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego Betacom S.A. z postępowania, zaniechanie uznania oferty Betacom za odrzuconą, zaniechanie odrzucenia oferty Betacom, pomimo że Betacom złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania lub nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

4. Zarzut dotyczący naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poprawienie omyłki w ofercie złożonej przez Przystępującego konsorcjum B3 System, a konsekwencji także naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę

Krajowa Izba Odwoławcza uznała ww. zarzut za niezasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do postanowienia Rozdziału VI ust. 3 zd. 2 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że cena za realizację przedmiotu zamówienia, o którym mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 2 wraz ze świadczeniem usługi asysty technicznej, o której mowa w Rozdziale I ust. 1 pkt 3 może stanowić maksymalnie do 7% łącznej ceny oferty brutto.

Przystępujący B3 System złożył ofertę, w której suma wynagrodzenia za licencje/sublicencje (Rozdział I ust. 1 pkt 2 SIWZ) - 359.235,79 zł oraz za świadczenie usług asysty technicznej dla tych licencji (Rozdział i ust. 1 pkt 3) – 79.957,45 zł wynosi razem: 439.193,24 zł, co stanowiło ok. 8,38% łącznej ceny oferty brutto oferty Przystępującego B3 System – tj. 5.240.223,97 zł.

Zamawiający, w piśmie z dnia 25 lipca 2012 r. skierowanym do Przystępującego konsorcjum B3 System oświadczył, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał poprawy omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującej istotnej zmiany treści oferty. Przyjął iż ceny licencji podane przez wykonawcę zawierają cenę asysty. Zamawiający obniżył więc ceny licencji o wartość procentową asysty. W efekcie uzyskana w wyniku tej operacji cena przedmiotu określonego w Rozdziale I ust. 1 pkt 2 SIWZ wyniosła 279.277,34 zł co łącznie z kwotą za wykonanie przedmiotu umowy z Rozdziału I ust. 1 pkt 3 SIWZ na poziomie 79.957,45 zł nie przenosiło 7% ceny ofertowej brutto. W efekcie zmieniła

się też ogólna cena ofertowa brutto oferty Przystępującego konsorcjum B3 System wynosząc 5.160.265,52 zł. Poinformował, że niezgodzenie się na poprawę spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przystępujący konsorcjum B3 System, pismem z dnia 27 lipca 2012 r. wyraził zgodę na poprawienie omyłki w sposób dokonany przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i pozostającego z nim w związku zarzutu naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum B3 System uznano oba zarzuty za nieuzasadnione. Przywołany przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy niemożliwym jest zastosowanie instytucji poprawy innej omyłki uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Stosownie zaś do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie m.in. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Cytowana regulacja została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058),

Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie

art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek Zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ustęp 2 punkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

Bezspornym jest między Stronami to, że oferta Przystępującego konsorcjum B3 System nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie postanowienia Rozdziału VI ust. 3 zd. 2 SIWZ. Sam fakt, że poprawa dotyczyła ceny, a więc essentialia negotii przyszłej umowy nie przemawiał za brakiem dopuszczalności poprawy omyłki. Przypomnienia wymaga, że Sąd Najwyższy w uchwałach z 20.10.2011 r. wydanych w sprawach o sygn. akt III CZP 53/11 i III CZP 54/11 wyraził pogląd, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą być poprawiane niezgodności oferty z SIWZ w obszarze ceny ofertowej, a wynikające z przyjęcia przez wykonawcę niezgodnej z przepisami stawki podatku od towarów i usług. Ponadto w ocenie Izby nie było podstaw do przyjęcia założenia, że Odwołujący celowo założył wyższą kwotę za realizację dwóch części przedmiotu zamówienia narażając się na odrzucenie złożonej przez siebie oferty.

Oceniając zaś w aspekcie faktycznym i prawnym skutek dokonanej poprawki Izba nie dopatrzyła się istotności zmiany w treści oferty Przystępującego. Izba oceniła zakres zmiany w stosunku do całości oferty, całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy, a także jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. Ustalono, że różnica w cenie oferty Przystępującego konsorcjum B3 System po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności kształtowała się na poziomie 1,5% i nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia treści tej oferty. Dostrzeżenia wymagał również fakt, że w wyniku poprawy omyłki nie zmienił się w żaden sposób ranking ofert złożonych w postępowaniu. Zarówno przed jak i po poprawieniu omyłki oferta Przystępującego w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą. Nie zmienił się także w żaden sposób przedmiot świadczenia.

Odnosząc się zaś do samego sposobu poprawienia omyłki Izba stwierdziła, że Zamawiający, który powoływał się na istnienie zwyczaju w branży IT polegającego na wliczaniu do ceny licencji również ceny asysty, istnienia takiego zwyczaju nie wykazał. Izba stwierdziła, w oparciu o złożone przez Zamawiającego i Odwołującego dowody, że praktyka w branży IT w tej mierze jest rozmaita (wydruk korespondencji pocztą elektroniczną z 24 sierpnia 2012 r. złożony przez Odwołującego, dokument załączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie). Niektórzy producenci i dystrybutorzy rzeczywiście wliczają cenę asysty technicznej w cenę licencji, natomiast inni tego nie czynią. Zatem sposób, w jaki Zamawiający dokonał poprawki był nad wyraz oryginalny i oparty o założenia, których istnienia nie wykazano. Jednak kwestia ta w ocenie Izby miała znaczenie drugorzędne.

Według Izby, Zamawiający dostrzegając omyłkę jaką popełnił Przystępujący konsorcjum B3 System winien skorygować wartość sumy pozycji wiersza 4 i wiersza 5 formularza ofertowego w ten sposób, aby suma tych wierszy nie przekraczała 7% wartości oferty. Gdyby Zamawiający obliczył 7% od wartości brutto oferty Przystępującego konsorcjum B3 System która wynosiła 5.240.223,97 zł, to otrzymałby kwotę 366.815,68 zł. Biorąc pod uwagę, że Przystępujący konsorcjum B3 System za przedmiot zamówienia wymieniony w wierszach 4 i 5 zaoferował cenę 439.193,24 zł brutto oznaczało to nadwyżkę ponad wymagany przez Zamawiającego 7% limit na poziomie 72.377,56 zł brutto i o taką kwotę należało w ocenie Izby obniżyć sumę wierszy 4 i 5 formularza ofertowego Przystępującego konsorcjum B3 System.

Natomiast poprawa omyłki przez Zamawiającego na podstawie zwyczaju, którego istnienia nie wykazano doprowadziła do obniżenia sumy tych wierszy o kwotę 79.958,45 zł. Izba oceniając czynność Zamawiającego wzięła jednak pod uwagę, że chociaż sposób poprawienia nie był prawidłowy, to jednak poprawienie omyłki było dopuszczalne. Zaś różnicę pomiędzy oboma sposobami poprawienia na poziomie ponad 7 tys. zł należy uznać za pomijalną, biorąc pod uwagę cenę oferty Przystępującego. Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wyłącznie w warstwie sposobu poprawienia pomyłki w takich okolicznościach nie ma i nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, które pozwalałoby Izbie uwzględnić odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Z tego względu nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez sprzeczne z treścią tego przepisu, poprawienie oferty Przystępującego konsorcjum B3 System, w sposób powodujący istotną zmianę treści tej oferty, a także zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Konsekwencją oddalenia wszystkich zarzutów było również nieuwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

Członkowie:

.....