

Sygn. akt: KIO 1168/13

WYROK
z dnia 28 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 28 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2013 r. przez **wykonawcę TRADEX Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 11/21**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę TRADEX Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę TRADEX Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110** 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę systemu pamięci masowej klasy midrange zostało wszczęte przez zamawiającego Narodowy Bank Polski w Warszawie, ul. Świętokrzyska 11/21 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 maja 2013r. za numerem 2013/S 0088- 149597.

W tym samym dniu zamawiający opublikował treść siwz na swojej stronie internetowej.

W dniu 17 maja 2013r. pisemnie odwołanie na treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wniósł wykonawca TRADEX Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 17 maja 2013r.

Odwołujący oświadczył, iż jest podmiotem, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert stoją w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji, co uniemożliwia odwołującemu prawidłowy udział w postępowaniu.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 91 ust. 2 i art. 29 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm – dalej ustawy), poprzez niezgodne z ustawą określenie kryteriów oceny ofert oraz opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, że uniemożliwia zamawiającemu dokonanie wyboru oferty bez naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ, w sposób szczegółowo wskazany w odwołaniu.

W uzasadnieniu wskazał, że podstawową zasadą obowiązującą na gruncie ustawy jest zasada uczciwej konkurencji. Przejawia się ona w przede wszystkim w treści art. 7 ustawy, jak również art. 29 ustawy. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia dostęp do udziału w postępowaniu lub stawia wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych. Nie można zatem, zdaniem odwołującego, mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia, a przede wszystkim kryteria oceny ofert określone są w taki sposób, iż zasada zachowania uczciwej konkurencji jest naruszana.

Zgodnie z pkt. 11.2.2 ogłoszenia oraz pkt. 7 „Opisu przedmiotu zamówienia”, Załącznik nr 1 do siwz, niniejsze postępowanie przetargowe prowadzone jest z zastosowaniem prawa

opcji, przy czym opcja ta dotyczy rozbudowy dostarczanego w ramach postępowania systemu pamięci masowej. Kryteria oceny ofert, opisane w Rozdziale XVI siwz (str. 12) przewidują, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający będzie się kierował dwoma kryteriami:

1. cena zamówienia podstawowego - 85%
2. cena opcjonalnej rozbudowy - 15%

Na mocy postanowień Rozdziału XV pkt. 1 siwz, cena całkowita ma zostać wyliczona przez wykonawców zgodnie ze sposobem podanym we wzorze formularza oferty, stanowiącym załącznik nr 4 do siwz, tj. obejmować cenę zamówienia podstawowego łącznie z ceną opcjonalnej rozbudowy.

W § 4 ust. 4 i ust. 4.5 „Wzoru Umowy”, załącznik nr 8 do siwz, zamawiający zawarł następujące zastrzeżenia:

„Zamawiający według własnego uznania, może zamówić określoną w Załączniku nr 1 opcje rozbudowy. ”

oraz

„Zamawiający zastrzega sobie prawo nie złożenia zamówienia na opcjonalną rozbudowę lub złożenie zamówienia tylko na część opcji rozbudowy Produktów, a Wykonawcy nie przysługują roszczenia o realizację ww. rozbudowy. ”

Zgodnie z powyższym według odwołującego, zarówno zakres przedmiotowy opcji, a w konsekwencji wartość opcji, jak również to, czy taka opcja będzie realizowana, zależą wyłącznie od uznaniowej decyzji zamawiającego, której warunki nie zostały w żaden sposób określone. Przyjęte przez zamawiającego w siwz kryteria oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w koniunkcji z postanowieniami siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłej umowy, uniemożliwiają wykonawcom rzetelną i właściwą wycenę ofert. W szczególności zamawiający nie dokonał opisu okoliczności, w jakich dojść może do skorzystania z prawa opcji, a które to okoliczności powinny zostać określone stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy pzp. Zamawiający w pkt. 7.4 „Opisu przedmiotu zamówienia” Załącznika nr 1 do siwz określił jedynie, że planuje wykonanie rozbudowy po 2014.07.01.

Odwołujący podniósł również, że w związku z faktem, że realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od całkowicie dowolnej decyzji zamawiającego, to taka opcja, w świetle art. 91 ust. 2 ustawy pzp nie może stanowić kryterium oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Kryterium oceny ofert może być cena lub cena wraz z innymi kryteriami poza cenowymi, a odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia, np. dodatkowe funkcjonalności, termin dostawy, długość gwarancji, itp. przy czym, kryterium to każdorazowo musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (w tym przypadku zamówienia podstawowego).

W efekcie, wadliwy, niepełny opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w połączeniu z przyjętymi kryteriami oceny ofert, pozostawia odwołującego w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy oraz uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny. A tym samym, za ofertę najkorzystniejszą może zostać uznana oferta, złożona przez wykonawcę, który posiadając informację, że zamawiający nie skorzysta z prawa opcji lub zakup będzie dotyczyć tylko części opcji, skalkuluje tę część oferty z minimalną ceną, skutecznie pozbawiając zamówienia wykonawcę, którego oferta została skalkulowana w dobrej wierze, na podstawie informacji zawartych w siwz.

Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie okoliczności warunkujących dokonanie zakupu z prawa opcji oraz o zmianę kryterium oceny ofert poprzez wyłączenie z oceny ofert ceny opcjonalnej rozbudowy.

W dniu 27 maja 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że podniesione przez odwołującego zarzuty oraz uzasadniające je argumenty nie mają pokrycia w przepisach ustawy, orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz zgromadzonej dokumentacji postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, iż uprzywilejowani są jedni wykonawcy względem drugich. Jednakże nie wskazał, w ocenie zamawiającego, gdzie ta preferencja zamawiającego zawarta jest w siwz. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział skorzystanie z prawa opcji w zakresie rozbudowy pamięci masowej. Ustalił względem tej rozbudowy oddzielną wagę w kryterium cena, Ma to swoje uzasadnienie, gdyż prawo do skorzystania z opcji zamówienia przysługuje zamawiającemu zgodnie z opisem przedmiotu niniejszego zamówienia oraz z warunkami określonymi w treści projektu umowy. Zamawiający potwierdził, iż w treści siwz określił, iż może z prawa opcji skorzystać w całości, w części albo też w ogóle z tego prawa zrezygnować. Odwołujący zarzucił, iż zamawiający nie określił szczegółowo warunków i okoliczności oraz sytuacji w jakich z tego prawa skorzysta. Na etapie przygotowania postępowania określenie takich sytuacji i okoliczności jest niezwykle trudne, ale nawet wskazanie przykładowych sytuacji musiałoby być obwarowane możliwością rezygnacji z prawa opcji po stronie zamawiającego. Nie sposób wprowadzić, zdaniem zamawiającego, prostej implikacji, jak to sugeruje odwołujący, jeżeli zaistnieje określone zdarzenie to nastąpi taki skutek. Spowodowane jest to dużym skomplikowaniem materii, systemów które pamięć masowa obsługuje, potrzebami rzeczywistymi zamawiającego, a także innymi czynnikami, których na dzień dzisiejszy nie sposób sobie wyobrazić, a tym bardziej i ich przewidzieć.

Jak wynika z zdaniem zamawiającego z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zamówienie z przewidzeniem prawa opcji powinno gwarantować minimalną wielkość świadczeń jakie wykonawca w ramach umowy obligatoryjnie wykona - tak aby mógł oszacować potencjalnie zyski płynące z realizacji zamówienia, natomiast kwestie sposobu oraz warunków skorzystania z prawa opcji pozostawiono do określenia przez Zamawiającego. Jako poparcie swojej argumentacji wskazał wyrok w sprawie sygn. akt. KIO 2398/11 zgodnie z którym cena oferty, powinna obejmować zarówno cenę za świadczenie gwarantowane jak i cenę za świadczenie opcjonalne tak aby suma tych kwot korespondowała z wielkością środków, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tym samym, według zamawiającego, domaganie się przez odwołującego w ramach niniejszego postępowania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty wyłącznie w oparciu o cenę części gwarantowanej jest niezgodne z przepisami ustawy i prowadzić będzie do wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał także, iż postanowienia siwz oraz warunków umowy uniemożliwiają dokonanie rzetelnej wyceny oferty. Zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego wręcz przeciwnie stoi na stanowisku, iż przyjęte w siwz postanowienia są wystarczające dla wyceny ofert przez wykonawców. Zamawiający rzeczywiście zastrzegł sobie prawo do nieskorzystania z opcji rozbudowy lub na części opcji rozbudowy produktów, gdyż na obecnym etapie nie jest w stanie przesądzić, w jakim zakresie wystąpi konieczność realizacji zamówienia opcjonalnego. Natomiast ten fakt w żaden sposób nie utrudnia sporządzenia kalkulacji ofertowej wykonawcy, gdyż przykładowo wykonawca może przyjąć taki sam poziom marż dla części gwarantowanej jak i opcjonalnej, co oczywiście uzależnione jest od polityki ofertowej danego wykonawcy. Zamawiający odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy wskazał, iż kryteria oceny ofert muszą odnosić się (poza usługami niepriorytetowymi) do przedmiotu zamówienia. Tym samym skoro w przedmiocie zamówienia znajduje się zarówno świadczenie gwarantowane oraz świadczenie opcjonalnie, tym samym kryteria odnoszą się do tego przedmiotu. Sam fakt, iż część opcjonalna nie jest opcją gwarantowaną nie pozbawia jej przymiotu części przedmiotu zamówienia, tym samym zamawiający jest uprawniony do uwzględnienia tego elementu w ocenie ofert. Przy przyjęciu poglądu przeciwnego według zamawiającego, okazałoby się, że zamawiający nie mają możliwości dokonywania oceny ofert w częściach, gdzie Zamawiający przewiduje zmniejszenie zakresu zamówienia (mniejsza liczba uczestników konferencji, szkoleń, mniejszy zakres odśnieżania ozy sprzątnania), jak również w sytuacjach gdy zamawiający przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe w formie wynikającej z treści art. 629 kc

Podsumowując zamawiający wskazał, iż odwołujący nie wykazał, iż zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy prawa materialnego. Oparcie zarzutów wyłącznie na własnym przekonaniu, iż postanowienia siwz utrudniają złożenie oferty, w oderwaniu od obowiązujących przepisów prawa, zdaniem zamawiającego nie uprawnia odwołującego do skutecznego poszukiwania ochrony prawnej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania : ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz z dnia 16 i 22 maja 2013r.

Na podstawie powyższych dowodów, Izba ustaliła, co następuje :

W sekcji II.2.2) ogłoszenia o zamówieniach zamawiający poinformował, że zamierza udzielić zamówienia z opcją i opisał ją jako:

1. opcjonalną rozbudowę elementów systemu pamięci masowej w każdym ośrodku komputerowym zamawiającego, musi umożliwić rozbudowę powierzchni dyskowej RAW systemu pamięci masowej oraz zarządzanie zasobami dyskowymi o powierzchni o 50% większej niż w zamówieniu podstawowym bez pogorszenia wydajności oraz funkcjonalności całego rozwiązania,
2. wykonaniu usług instalacyjno-wdrożeniowych dla elementów rozbudowy,
3. świadczenie gwarancji i usługi serwisowych do końca trwania umowy,
4. zamawiający planuje wykonanie rozbudowy systemu pamięci masowej klasy midrange po 1.7.2014r.

W sekcji IV.2.1. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający określił, że kryterium oceny ofert będzie najniższa cena.

W rozdziale XVI siwz zamawiający wskazał, że oceni oferty za cenę zamówienia podstawowego o wadze 85 pkt i cenę opcjonalnej rozbudowy o wadze 15 pkt.

W załączniku nr 1 do siwz – Opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 7 zamawiający powtórzył postanowienia sekcji II.2.2) ogłoszenia o zamówieniu dodatkowo wskazując, że wymaga wyceny wszystkich elementów rozbudowy w załączniku nr 3.

W formularzu ofertowym w pkt 2 nakazał wykonawcom oświadczyć, że oferują wykonanie całego przedmiotu zamówienia za łącznym wynagrodzeniem stanowiącym sumę cen brutto za wykonanie zamówienia podstawowego i opcjonalnego, zgodnie ze specyfikacją ilościowo cenową i specyfikacją techniczną przedstawioną w załączniku nr A do formularza oferty. W załączniku A do formularza oferty cena opcjonalna i elementy sprzętowo-programowe zamówienia opcjonalnego zostały określone w pkt 1.2. w tabeli 2. W § 4 wzoru umowy w pkt 4 zamawiający wskazał, że opcjonalna rozbudowa produktów może zostać zrealizowana w

okresie obowiązywania umowy. Zamawiający według własnego uznania, może zamówić określoną opcję rozbudowy. W pkt 4.1. wskazano sposób zamówienia opcji rozbudowy. W pkt 4.5 zamawiający wskazał, że zastrzega sobie prawo nie złożenia na opcjonalną rozbudowę lub złożenia zamówienia tylko na część opcji rozbudowy produktów, a wykonawcy nie przysługują roszczenia o realizację ww. rozbudowy,

Zamawiający wyjaśniając treść siwz z dnia 16 maja 2013r. odpowiadając na pytanie 7 wyjaśnił, że dla powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski SSD 2.5 cala należy przewidzieć rozbudowę o 50%, a dla powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski 2.5 cala SAS-2 (6Gb/s) min 10k RPM należy przewidzieć rozbudowę o 50% (podtrzymał to stanowisko także w wyjaśnieniach z dnia 20 maja 2013r. w odpowiedzi na pytania 2 i 34).

Zamawiający wyjaśniając treść siwz w dniu 20 maja 2013 r. w odpowiedzi na pytanie 7 dotyczące § 4 pkt 4.1.2 wzoru umowy i wydłużenia terminu tam wskazanego na 5 dni roboczych, nie wyraził zgodny na zmianę treści umowy. W odpowiedzi na pytanie 8 dotyczącą terminu związania ofertą w zakresie prawa opcji zamawiający sprecyzował, że termin związania ofertą nie może być krótszy niż upływ terminu obowiązywania umowy dla zamówienia podstawowego.

W odpowiedzi na pytanie 9 dotyczące rozumienia treści § 4 pkt 4.1.3. zamawiający wyjaśnił, że brak oświadczenia o przyjęciu oferty oznacza jej odrzucenie.

W odpowiedzi na pytanie 10 i 11 dotyczące doprecyzowania treści § 4 pkt. 4.1.4 i pkt 4.5. zamawiający nie zmienił treści wzoru umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w przypadku stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą związaną z przedmiotem zamówienia i jest zainteresowany uzyskaniem zamówień w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i tym samym braku możliwości uzyskania zamówienia i zysku z nim związanego. Tym samym w ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wyczerpana.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 91 ust. 2 i art. 29 ust.1 i 2 ustawy, przez niezgodne z ustawą określenie kryteriów oceny ofert oraz opis przedmiotu zamówienia w taki

sposób, że uniemożliwia zamawiającemu dokonanie wyboru oferty bez naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba odniesie się do dopuszczalności modyfikacji przez odwołującego zgłoszonego w odwołaniu żądania. Odwołujący skonstruował żądanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie okoliczności warunkujących dokonanie zakupu z prawa opcji, zaś na rozprawie wskazał dodatkowe żądanie alternatywne wykreślenia z wzoru umowy załącznika nr 8 do siwz par. 4 pkt 4.5. Izba uznała podanie żądania alternatywnego za dopuszczalne, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać w zakresie zarzutów niezawartych w odwołaniu. Nie jest natomiast związana zakresem żądań odwołującego, stąd też ich modyfikację na etapie rozprawy należy uznać za dopuszczalną.

Przechodząc do postawionych przez odwołującego zarzutów, Izba stwierdziła, że bezsporne jest, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający skorzystał z uprawnienia do zastrzeżenia prawa opcji podając minimalny zakres dostawy, jaka zostanie wykonawcy powierzona, czyli zamówienie podstawowe opisane w rozdziale I pkt 1 lit a-d siwz oraz w załączniku nr 1 do siwz w pkt 1 – 6 i zakres maksymalny to jest zwiększony o 50 % w stosunku do zakresu minimalnego opisany w załączniku nr 1 do siwz pkt 7. Odwołujący natomiast domaga się aby w zakresie przewidzianego przez zamawiającego rozszerzonego zakresu zamówienia zamawiający w sposób szczegółowy określił czy i w jakich warunkach udzieli zamówienia rozszerzonego. W ocenie Izby warunki te zostały przez zamawiającego opisane wskazał zarówno termin realizacji prawa opcji tj. okres od 1 lipca 2014r. do końca trwania umowy na świadczenie dodatkowe, co wynika z pkt. 7.4 załącznika nr 1 do siwz oraz z sekcji II.2.2. pkt 4 z którego wynika, że świadczenie usług serwisowych i gwarancyjnych w ramach opcji ma nastąpić do końca trwania umowy. W ocenie Izby postanowienia te są jednoznaczne, gdyż jedyną umową, która zawierana jest w przypadku prawa opcji, jest umowa zawarta w wyniku niniejszego postępowania o zamówienie publiczne, a czas trwania tej umowy zamawiający określił na nieprzekraczalne 39 miesięcy od daty podpisania umowy, zgodnie z rozdziałem VII siwz. Tym samym zamówienie nie zależy od tego czy zamawiający skorzysta z prawa opcji czy też nie zakończy się z upływem ostatniego dnia 39 miesiąca od daty podpisania umowy. Nie uzasadniona jest zatem obawa odwołującego, że zakres świadczenia usług gwarancyjnych i serwisowych dla opcji rozbudowy będzie zobowiązywał go do świadczenia przez bliżej nie sprecyzowany okres. Co do opisu zakresu zamówienia objętego prawem opcji, to również w ocenie Izby został on opisany zamawiający w pkt 7 załącznika nr 1 do siwz przez wskazanie maksymalnego zakresu tego zamówienia i następnie doprecyzowanie tego zakresu w odpowiedziach na zadane pytania, tym samym określił, że opcja obejmuje :

1. opcjonalną rozbudowę elementów systemu pamięci masowej w każdym ośrodku komputerowym zamawiającego, musi umożliwić rozbudowę powierzchni dyskowej RAW systemu pamięci masowej (tj. dla powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski SSD 2.5 cala należy przewidzieć rozbudowę o 50%, a dla powierzchni dyskowej RAW w oparciu o dyski 2.5 cala SAS-2 (6Gb/s) min 10k RPM należy przewidzieć rozbudowę o 50%) oraz zarządzanie zasobami dyskowymi o powierzchni o 50% większej niż w zamówieniu podstawowym bez pogorszenia wydajności oraz funkcjonalności całego rozwiązania,
2. wykonaniu usług instalacyjno-wdrożeniowych dla elementów rozbudowy,
3. świadczenie gwarancji i usługi serwisowych do końca trwania umowy.

Zamawiający wskazał także, w jaki sposób będzie informował wykonawcę o realizacji prawa opcji zawierając opis procedury postępowania w § 4 pkt 4.1. Co do wątpliwości odwołującego związanych z ilością opcji, które może zamówić zamawiający, to Izba tych wątpliwości nie podziela, gdyż ilość opcji wynika wprost z formularza ofertowego wykonawcy, który jest załącznikiem nr 1 do wzoru umowy. Taki wniosek należy wyprowadzić z § 4 pkt 4 wzoru umowy, który stanowi, że opcjonalna rozbudowa produktów wraz z serwisem świadczony, o której mowa w § 2 ust. 2 może zostać zrealizowana zgodnie ze specyfikacją opisaną w załączniku nr 1 do umowy. Każda z opcji z wyceną odpowiednich pozycji została wyceniona w załączniku nr 1. Zamawiający według własnego uznania może zamówić określoną w załączniku nr 1 opcję rozbudowy. We wzorze formularza ofertowego – załącznika nr 4 do siwz i jego integralnej części załącznika A wynikają dwie opcje rozbudowy dla Ośrodka Komputerowego w Warszawie i Ośrodka Komputerowego w Radomiu. Zatem nie zachodzi obawa odwołującego, że ilość opcji nie została przez zamawiającego określona i może być kształtowana dowolnie. Co do trudności w wycenie sytuacji zamówienia jedynie bliżej nieokreślonej części opcji, co wynika z § 4 pkt 4.5 wzoru umowy, to Izba podziela stanowisko zamawiającego, że obowiązkiem wykonawcy jest wycena oferty z uwzględnieniem maksymalnego zakresu opcji, który jest wykonawcom znany i został precyzyjnie przez zamawiającego określony. Prawo opcji jest to bowiem instytucja, która stwarza po stronie zamawiającego zobowiązanie do realizacji zamówienia jedynie w zakresie zadeklarowanym, natomiast uprawnieniem zamawiającego jest żądanie realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, to jest w zakresie zadeklarowanym i poszerzonym. Wykonawcy nie przysługuje natomiast prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie poszerzonym, jeśli zamawiający nie skorzysta ze swego uprawnienia do opcji w toku realizacji umowy. Z tego zatem względu Izba stoi na stanowisku, że brak określenia przez zamawiającego w jakich okolicznościach i na jakich warunkach będzie zmniejszał zakres opcji nie stoi na przeszkodzie dla wyceny oferty, bo wykonawca musi wycenić cały zakres zamówienia, w tym

poszerzony i nie utrudnia uczciwej konkurencji, gdyż wszyscy wykonawcy w analogiczny sposób obowiązani są dokonać swojej kalkulacji. Izba zaś uznała, że odwołujący nie uprawdopodobnił zamawiający przez wprowadzenie § 4 pkt 4.5. wzoru umowy preferuje konkretnego wykonawcę lub wykonawców. Odwołujący w toku rozprawy twierdził, że wykonawca dotychczas świadczący usługi na większą wiedzę, co do możliwości zakupienia przez zamawiającego opcji rozbudowy niż inni wykonawcy, ale nie wskazał z czego wywodzi takie przekonanie. W ocenie Izby z reguły wykonawca, który wykonuje zamówienia na rzecz danego zamawiającego ma większą wiedzę niż inni wykonawcy, co do potrzeb zamawiającego, jednak brak jest ustawowego zakazu ubiegania się przez dotychczasowych wykonawców o nowe zamówienia u tego samego zamawiającego, a wykluczeniu podlegają z postępowania tylko ci wykonawcy, którzy bezpośrednio uczestniczyli w przygotowaniu zamówienia, o ile ich udział utrudnia uczciwą konkurencję. Tym samym sam fakt, że aktualnie jakiś wykonawca świadczy usługi czy dostawy na rzecz zamawiającego i być może weźmie udział w niniejszym postępowaniu, nie daje jeszcze podstaw do kwestionowania opisu przedmiotu zamówienia jako uprzywilejowanego tego właśnie wykonawcę. W ocenie Izby zamawiający nie dopuścił się zatem naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 2 ustawy, to również ten zarzut w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z sekcją IV.2.1. ogłoszenia o zamówieniu jedynym kryterium oceny w przedmiotowym postępowaniu jest cena. Zamawiający w rozdziale XVI siwz wyodrębnił jedynie dwa podkryteria: kryterium ceny ceną za zamówienia podstawowe i cenę za opcjonalną rozbudowę. W ocenie Izby takie wyodrębnienie podkryteriów nie powoduje, że kryterium zmienia swój cenowy charakter. Ceną oferty jak już wcześniej wskazano, jest cena za cały zakres zamówienia łącznie z opcją, zatem przy kryterium cenowym ocenie podlega także cena oferty opcjonalnej, żądanie zatem odwołującego zmierzające do usunięcia kryterium ceny opcjonalnej rozbudowy powoduje, że ocenie nie podlegałyby wówczas cena całej oferty, a jedynie jej części. Jednocześnie odwołujący nie kwestionował kryterium oceny ofert określonego w sekcji IV.2.1. ogłoszenia o zamówieniu tym samym zarzut odwołującego w powiązaniu ze zgłoszonym przez niego żądaniem w przypadku jego uwzględnienia powodowałby sprzeczność pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu, a treścią siwz. Nadto Izba w ukształtowaniu podkryteriów nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy. Odwołujący wskazywał na potencjalną możliwość manipulacji ceną przez wykonawców przez odpowiednie kształtowanie proporcji pomiędzy ceną za zamówienie podstawowe, a ceną za opcjonalną rozbudowę, wskazując z jednej strony maksymalne zniżenie ceny opcjonalnej rozbudowy, a z drugiej maksymalne zawyżenie tej ceny. Jednakże w ocenie Izby odwołujący nie wykazał wpływu takiej potencjalnej manipulacji na kolejność składanych ofert. W ocenie Izby w sytuacji gdyby zamawiający zastosował jedyne

kryterium ceny bez określania wagi podkryteriów, również ocenie podlegałaby cena opcjonalnej rozbudowy, tylko nie byłaby ona uwidaczniana w formularzu ofertowym a zatem w sposób ukryty przypadłaby na nią część wagi 100%. W ocenie Izby przy porównaniu kryteriów oceny ofert zastosowanego przez zamawiającego i kryterium ceny 100% bez podkryteriów kolejność złożonych ofert nie uległa by zmianie, różnica natomiast skali odległości punktowej pomiędzy wykonawcami. Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, że przy aktualnym kształcie kryterium oceny ofert zagrożona jest uczciwa konkurencja pomiędzy wykonawcami. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy i 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 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) obciążając odwołującego kosztami wpisu.

Przewodniczący:

.....