

Sygn. akt: KIO 1632/14

POSTANOWIENIE
z dnia 22 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Puchalski

wobec cofnięcia w dniu 21 sierpnia 2014r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2014 r. przez **wykonawcę IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21**

przy udziale wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Lektykarska 29** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1632/14 po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176 kwoty 13 500 zł. 00 gr. (słownie: trzystaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - 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 w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie i rozwój Systemu Teleinformatycznego Centralnej Ewidencji Naruszeń zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa- Główny Inspektorat Transportu Drogowego z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 21 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 maja 2014r. za numerem 2014/S 091 – 159915.

W dniu 30 lipca 2014r. zamawiający poinformował drogą elektroniczną wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Lektykarska 29 oraz o odrzuceniu pozostałych ofert w tym oferty IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176 (dalej odwołujący).

W dniu 8 sierpnia 2014r. pisemne odwołanie wniósł odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 8 sierpnia 2014r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego i zarzucił naruszenie przez zamawiającego:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy), przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. art. 91 ustawy przez zaniechanie oceny i wyboru oferty odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. art. 87 ust 1 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień pomimo istnienia takiego obowiązku;
4. art. 7 ustawy poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania wg norm przypisanych oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego,
 2. unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
 3. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- a z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia wniosków, o których mowa w ust. 1- 3 powyżej, o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 z uwagi na fakt,

że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył ofertę której treść jest zgodna z postanowieniami Istotnych Warunków Zamówienia. W przypadku, gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy, nie odrzucił bezpodstawnie oferty odwołującego i dokonał oceny oferty zgodnie z kryteriami określonymi w siwz, oferta odwołującego zyskałaby wysoką punktację i została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Odwołujący wskazał również na utrwaloną w praktyce orzeczniczej funkcję reklamacyjną i sygnalizacyjną, którą ma prawo wykonać odwołujący, a która ma na celu zapewnienie, aby postępowanie było prowadzone zgodnie z przepisami ustawy, odwołując się do postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 26 lutego 2010 r. KIO/UZP 191/10.

W uzasadnieniu wskazał, że miał możliwość zaoferowania innej platformy aplikacyjnej niż wdrożona u zamawiającego. Jak wynikało z pisma z dnia 30 lipca 2014 r., w którym zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty, zamawiający uzasadnił swoją decyzję okolicznością zastąpienia przez odwołującego obecnego systemu ST CEN, inną platformą aplikacyjną, na bazie której odwołujący zobowiązał się skonfigurować nowe rozwiązanie systemu ST CEN, co stanowiło w ocenie zamawiającego, o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią istotnych warunków zamówienia.

Tymczasem odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający wyraźnie dopuścił w piśmie z dnia 4 czerwca 2014 r., w odpowiedzi na pytanie nr 3 możliwość dokonywania zmiany rozwiązań technologicznych posiadanych przez zamawiającego.

Na treść pytania nr 3 „Czy Zamawiający dopuszcza wymianę Systemu lub jego fragmentów na bardziej wydajne/niezawodne/ergonomiczne?“, zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Zgodnie z zapisami siwz, Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany przyjętych standardów, rozwiązań technologicznych, architektury systemu, bądź innych warunków działania obecnego systemu, jeżeli zmiany te spowodują poprawę parametrów systemu, a wysokość wynagrodzenia Wykonawcy pozostanie bez zmian.

Odwołujący zaznaczył, że dopuszczalność powyższej zmiany nie była obwarowana żadnymi dodatkowymi wymaganiami. Jako dowód powołał: pismo z dnia 4 czerwca 2014 r.

Według odwołującego nie ulega żadnym wątpliwościom, że wdrożona u zamawiającego określona platforma aplikacyjna systemu ST CEN, będąc określonym rozwiązaniem technologicznym, może podlegać wymianie w oparciu o postanowienia siwz doprecyzowane cytowanymi powyżej wyjaśnieniami. Podkreślił, że cytowane powyżej wyjaśnienia zamawiającego stanowią jedynie potwierdzenie tej możliwości (wymiany platformy aplikacyjnej systemu), bowiem w żadnym postanowieniu siwz, zamawiający nie wprowadził

zakazu zastąpienia platformy aplikacyjnej ST CEN innym rozwiązaniem technologicznym, w szczególności zakazu oparcia systemu o inną platformę aplikacyjną. Z językowej wykładni treści siwz, w szczególności z Opisu Przedmiotu Zamówienia, jednoznacznie wynika, że intencją Zamawiającego było uzyskanie oferty na określone rozwiązanie technologiczne, które naprawi i usprawni funkcjonowanie systemu teleinformatycznego centralnej ewidencji naruszeń, którą zamawiający jest zobowiązany prowadzić na podstawie art. 80 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym.

Potwierdza to zdaniem odwołującego treść pkt 6.1. OPZ (str. 51 siwz) zgodnie z którym „kluczowym wymaganiem zamawiającego jest sprawne prowadzenie działań kontrolnych przez Inspektorów na drodze i w przedsiębiorstwach”.

W konsekwencji, odwołujący przyjął, że zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w doborze rozwiązania technologicznego, ograniczoną jedynie koniecznością spełnienia przez to rozwiązanie wszystkich kryteriów opisanych w dokumentacji przetargowej. Co więcej, zamawiający wyraźnie potwierdził zarówno w siwz jak i wyjaśnieniach do siwz możliwość zastąpienia rozwiązań technologicznych, architektury systemu, bądź innych warunków działania obecnego systemu o ile zmiany te spowodują poprawę parametrów systemu.

Zgodnie z orzecznictwem KIO, dokonując wykładni poszczególnych postanowień nie można pomijać ich rzeczywistej treści. Jeżeli w opisie danego wymagania, zamawiający nie umieścił pewnych określeń, to znaczy, że dane wymagania nie zostały w siwz zawarte, a tym samym nie mogą stanowić podstawy do oceny ofert (jako przykład odwołujący powołał wyrok sygn. akt KIO 2791/12).

Uprzedzając ewentualne zarzuty w tym zakresie, odwołujący podkreślił, że jest świadom faktu, iż w kolejnych wyjaśnieniach do siwz z dnia 6 czerwca 2014 r. w odpowiedzi na pytanie 2, w której zamawiający potwierdził ponownie możliwość zmiany przyjętych standardów, rozwiązań technologicznych, architektury systemu, bądź innych warunków działania obecnego systemu, w tym wymianę technologii na inną niż MS.NET, zamawiający zawarł całkowicie lakoniczny i niejednoznaczny wymóg uzyskania zgody na taką zmianę.

Jako dowód odwołujący powołał pismo z dnia 6 czerwca 2014 r.

Jednak podkreślił, że wymóg ten nie był ani przewidziany w treści siwz ani we wcześniejszych wyjaśnieniach. Co więcej zamawiający zupełnie nie sprecyzował, na jakim etapie wykonawca miałby o tę zgodę wystąpić. Postanowienia siwz wraz wyjaśnieniami są w ocenie ITE zupełnie niejasne. Wprowadzając wymóg uzyskania zgody i chcąc go skutecznie wyegzekwować, zamawiający powinien wskazać, na jakich zasadach taka zgoda ma być uzyskana oraz kryteria którymi będzie się kierował udzielając tej zgody lub jej odmawiając.

W odmiennym przypadku, w ocenie odwołującego, wymóg taki nie może być skutecznie egzekwowany. Zgodnie z ustabilizowanym orzecznictwem, „Zamawiający powinien dążyć do tego i czuwać nad tym, aby zapisy siwz były precyzyjne, jednolite i ze sobą niesprzeczne, a

wyjaśnienia zamawiającego dotyczące siwz powinny jedynie uściślać te zapisy, a nie wprowadzać w błąd lub powodować chaos informacyjny. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji omyłek zamawiającego, udzielanych przez zamawiającego nieprawidłowych wyjaśnień lub odpowiedzi" (sygn. akt KIO 661/12). Dodatkowo, odwołujący zwrócił uwagę, że to zamawiający „ma obowiązek tak sformułować postanowienia siwz, aby uniknąć dwuznaczności, czy też możliwości różnorodnej interpretacji" (sygn. akt KIO 191/13). Niejednoznaczność zapisów postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może wywoływać negatywnych skutków w sferze interesów prawnych wykonawców oraz skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jako niezgodnej z treścią specyfikacji.

W uchwale KIO (KIO/KU 20/12), wskazano, że "specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia; a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje w specyfikacji warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania (np. co do kwalifikacji podmiotowej wykonawców), to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu k.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że ewentualny wymóg uzyskania zgody stawia w jaskrawo nierównej sytuacji wykonawców zamierzających zaoferować rozwiązanie oparte na innym rozwiązaniu technologicznym względem wykonawców oferujących rozwiązanie oparte na istniejącym systemie wdrożonym u zamawiającego. Wykonawcy oferujący rozwiązanie oparte na istniejącym systemie wdrożonym u zamawiającego mają bowiem niezbędny czas na przygotowanie swojej oferty, wysłanie zapytań do dostawców sprzętu i oprogramowania, które zamierzają zaoferować, podczas gdy wykonawcy zamierzający zaoferować rozwiązanie oparte na innym rozwiązaniu technologicznym muszą czekać przez bliżej nieokreślony czas na zgodę zamawiającego, której udzielenie nie jest pewne i co więcej, nie podlega żadnym obiektywnym kryteriom.

W ocenie odwołującego, nie jest zatem możliwe przyjęcie interpretacji siwz zastosowanej przez zamawiającego, bowiem nie tylko narusza ona istotnie interesy odwołującego, ale również stanowi rażące naruszenie art. 7 ustawy.

Tym niemniej, wobec braku jakichkolwiek zasad wyrażenia zgody na wymianę technologii na inną niż MS.NET, nawet w przypadku uznania takiego wymogu za obowiązujący, zamawiający może udzielić takiej zgody na etapie badania oferty odwołującego i tak też powinien postąpić. Odmienne postępowanie pozostawałoby bowiem w całkowitej sprzeczności z zasadą przejrzystości procedur, zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Następnie odwołujący podał argumenty odnoszące się do pisma zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2014 r., w którym zamawiający przedstawił szczegółowe uzasadnienie swojej decyzji i odrzuceniu oferty odwołującego, odwołujący wskazał na następujące kwestie:

1. Odnośnie zarzutu odwołującego się do tezy odwołującego w ofercie, zgodnie z którą „uwarunkowania formalnoprawne zostaną uzgodnione z zamawiającym na etapie wdrożenia” Odwołujący podkreślił, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wszystkie wymagania zamawiającego określone w siwz, również w zakresie wymagań formalno-prawnych, o których mowa pkt 6.4 części szczegółowej siwz (str. 55 i n), co zostało potwierdzone m.in. oświadczeniami o spełnieniu wszystkich warunków w postępowaniu, o których mowa w pkt 12 Formularza OF.O oraz formularzu DP.2. wg wzorów określonych w siwz.

Kwestia późniejszego uzgodnienia uwarunkowań formalnoprawnych dotyczy natomiast wewnętrznych zarządzeń zamawiającego, o których mowa na str. 57 siwz oraz zmian wynikających ze zmian przepisów powszechnie obowiązujących, zaistniałych po dniu składania ofert. Zgodnie z treścią postanowień siwz w tym zakresie, „ Wykonawca również zobowiązany jest do stałego utrzymywania ST CEN pod względem zgodności z wewnętrznymi zarządzeniami GUS. Wykonawca zobowiązany jest do dostosowania aplikacji w wersji produkcyjnej maksymalnie w terminie 10 dni od dnia przekazania materiałów przez Zamawiającego, nie wcześniej jednak niż w momencie wejścia w życie danego aktu.” Z powyższego wynika, że zamawiający sam dopuścił (w braku innej możliwości) możliwość prowadzenia uzgodnień w tym zakresie, bowiem wymagają tego zmiany w wewnętrznych przepisach obowiązujących u zamawiającego. Odwołujący zwrócił również uwagę, że zasada ta w równym stopniu dotyczy zapewnienia zgodności systemu ze zmieniającymi się przepisami powszechnie obowiązującego prawa, co niewątpliwie wymaga ciągłego dostosowania systemu i prowadzenia uzgodnień z zamawiającym.

2. Odnośnie zarzutu zaoferowania przez odwołującego nowego systemu zamiast usługi modernizacji systemu

Odwołujący dodatkowo podniósł, że nazwa nadana przedmiotowi zamówienia nie ma żadnego znaczenia dla oceny, co stanowi w istocie przedmiot przyszłej umowy z

zamawiającym. Ponownie podkreślił, że zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w doborze rozwiązania technologicznego, ograniczoną jedynie koniecznością spełnienia przez to rozwiązanie wszystkich kryteriów opisanych w dokumentacji przetargowej. Z punktu widzenia interesów zamawiającego, nie ma żadnego znaczenia czy cel postępowania zostanie osiągnięty przy pomocy dotychczasowej platformy aplikacyjnej, czy też przy pomocy nowej platformy, o ile zostaną spełnione wszystkie wymagania określone w siwz, w szczególności w części szczegółowej siwz, pkt II.

Powołał, iż zgodnie z jego profesjonalną wiedzą, popartą doświadczeniem oraz wszechstronną analizą środowiska informatycznego zamawiającego, niezbędne usprawnienia systemu wdrożonego u zamawiającego, opisane m.in. w części D OPZ (str. 35 i n.) wiążą się w istocie z koniecznością wdrożenia nowego systemu, który albo zostałby oparty na istniejącej platformie aplikacyjnej albo na nowej platformie, co pozostaje bez znaczenia dla treści zamówienia.

Dodatkowo wskazał, że gdyby przedmiotem zamówienia była rzeczywiście, jak to wskazuje zamawiający „modernizacja funkcjonującego systemu”, to zamawiający nie wymagałby m.in. stworzenia projektu technicznego systemu, dokumentacji użytkownika systemu, planu testów akceptacyjnych systemu pkt 6.3.2. Części szczegółowej siwz, str. 54 i n.), czy też przeniesienia autorskich praw majątkowych do oprogramowania (par 11 ust 3 i 6 Istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik do siwz.

3. Odnośnie zarzutu, zgodnie z którym „wiedza o dopuszczeniu przez zamawiającego własnych rozwiązań w miejsce utrzymania i rozwoju obecnego funkcjonującego u zamawiającego systemu mogłaby z całą pewnością mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu”.

Odwołujący wskazał, że wiedzę o dopuszczeniu przez zamawiającego własnych rozwiązań wykonawców, wykonawcy powzięli już w momencie ogłoszenia siwz, a z całą pewnością, wszelkie wątpliwości w tym zakresie zostały usunięte w piśmie zamawiającego z dnia 4 czerwca 2014 r., gdzie zamawiający wyraźnie dopuścił możliwość zmiany przyjętych standardów, rozwiązań technologicznych, architektury systemu, bądź innych warunków działania obecnego systemu, jeżeli zmiany te spowodują poprawę parametrów systemu, a wysokość wynagrodzenia wykonawcy pozostanie bez zmian. W konsekwencji, krąg wykonawców pozostał bez zmian.

4. Odnośnie zarzutu braku w treści oferty postanowień w zakresie autorskich praw majątkowych

Formułując ten zarzut, zamawiający przyjął błędne założenie, zgodnie z którym zaoferowana przez wykonawcę platforma jest rozwiązaniem w dużej mierze gotowym. Tymczasem, odwołujący wskazał, że oferowana platforma jest oparta o oprogramowanie stworzone celowo na potrzeby umowy. W konsekwencji, odwołujący zamierza przekazać autorskie

prawa majątkowe do platformy (i wszelkich innych utworów stworzonych w wyniku realizacji umowy) na podstawie § 11 ust 3 Istotnych Postanowień Umowy. Odwołujący zadeklarował, że przekaże również kody źródłowe do wdrożonej aplikacji na podstawie § 11 ust. 6 Istotnych Postanowień Umowy. W rezultacie, zamawiający otrzyma wszelkie niezbędne i wymagane przepisami siwz uprawnienia do dysponowania i rozporządzenia systemem.

5. Odnośnie zarzutu braku zobowiązania odwołującego do przeniesienia danych czy jakiegokolwiek migracji z obecnie funkcjonującego systemu

Odwołujący nie zawarł wyraźnie takiego zobowiązania w swojej ofercie, bowiem w ocenie odwołującego obowiązek wykonawcy do przeniesienia danych czy migracji z obecnie funkcjonującego systemu do systemu nowego jest oczywisty. Bez takiego obowiązku, wykonawca nie byłby w stanie zapewnić spełnienia wymagań, o których mowa w siwz. Jeżeli natomiast, zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, to powinien wezwać odwołującego o złożenie wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 siwz.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienie oferty w pewnych sytuacjach jest obowiązkiem zamawiającego, a nie tylko jego prawem, co potwierdza liczne orzecznictwo KIO, sądów powszechnych i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Tytułem przykładu, odwołujący wskazał na orzeczenie ETS zgodnie z którym: „Żądanie udzielenia wyjaśnienia oferty powinno odnosić się do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, przy czym instytucja zamawiająca nie może odrzucić oferty ze względu na niejasność jej aspektu, który nie był przedmiotem owego żądania" (SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostradę per lItalia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA v. Urad pre verejne obstaravanje, wyrok TS C- 599/10).

6. Odnośnie ogólnych zarzutów odwołujących się do zakazu zmian świadczenia wykonawcy z zobowiązaniem zawartym w ofercie

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 26 maja 2014 r., zamawiający wprowadził modyfikację do siwz polegającą m.in. na dodaniu w § 17 umowy pkt" b o następującym brzmieniu: „Zmiany i uzupełnienia treści

Umowy dopuszczalne są w przypadku wystąpienia co najmniej jednej okoliczności wymienionych poniżej (...) 2. możliwość zmiany przyjętych standardów, rozwiązań technologicznych, architektury systemu, bądź innych warunków działania obecnego systemu, jeżeli zmiany te spowodują poprawę parametrów systemu, a wysokość wynagrodzenia Wykonawcy pozostanie bez zmian”.

Z powyższego zdaniem odwołującego wynika, że zamawiający w szerokim zakresie dopuścił możliwość wprowadzenia zmian do umowy. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 144 ustawy zakaz wprowadzania istotnych zmian w umowie w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, obowiązuje jedynie w przypadku, gdy

zamawiający nie przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzupełniająco do argumentów wskazanych powyżej, odwołujący zwrócił uwagę, na postulat pojawiający się w najnowszej linii orzeczniczej KIO, przyjęcia założenia, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia – sygn. akt KIO 1266/13.

Podkreślił, że zgodnie z kryteriami oceny ofert, waga kryterium oceny techniczno-jakościowej zaproponowanych rozwiązań wynosiła aż 50%, co w istocie decydowało o wyborze tej lub innej oferty (pozostałe kryteria to: cena - 25%, cena za 1 h dodatkowych prac wykraczających poza Procedurę Zmiany - 15%, terminy wykonania zadań - 10%). Gdyby zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego zgodnie z treścią siwz, oferta odwołującego uzyskałaby największą ilość punktów w postępowaniu ponieważ w pełni odzwierciedla oczekiwania zamawiającego opisane w siwz, a co więcej zawiera najkorzystniejszą cenę.

W ocenie odwołującego, postanowienia siwz wraz z wyjaśnieniami, dopuściły wyraźnie możliwość zaferowania rozwiązania opisanego w ofercie odwołującego. W przypadku istnienia wymogu uzyskania zgody, zamawiający powinien sformułować zasady i terminy jej udzielania. W odmiennym przypadku, należy uznać, iż takiego wymogu nie było, względnie, iż zgoda taka może zostać i powinna być wyrażona na etapie badania ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że naczelną zasadą przyświecającą procedurze zamówień publicznych jest racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Skoro zamawiający postawił wykonawcom swobodę w doborze rozwiązania technologicznego, ograniczoną jedynie koniecznością spełnienia przez to rozwiązanie wszystkich kryteriów opisanych w dokumentacji przetargowej i otrzymał takie rozwiązanie od odwołującego, w zamian za najniższą cenę, to trudno jest uznać postępowanie zamawiającego, który nawet nie próbował ocenić oferty odwołującego zgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami oceny ofert, za postępowanie racjonalne i ukierunkowane na uzyskanie rzeczywiście najkorzystniejszego rozwiązania.

W dniu 11 sierpnia 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 sierpnia 2014r. pisemnie swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Pentacomp Systemy Informatyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Lektykarska 29 (dalej przystępujący) wnosząc o oddalenie odwołania z powodu jego bezzasadności i wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania utraciłby możliwość uzyskania

zamówienia, a oddalenie odwołania pozwoli utrzymać dotychczasowy wynik postępowania i jego ofertę jako najkorzystniejszą. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 13 sierpnia 2014r.

W dniu 21 sierpnia 2014r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania wraz z wnioskiem o zwrot 90% uiszczanego wpisu. Oświadczenie zostało podpisane przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: