

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Beata Konik

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2018 r. przez **CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Xentivo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Damovo Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24. ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Damovo Polska Spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością w Warszawie, Xentivo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 tejże ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Damovo Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Xentivo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Stołecznemu Warszawa w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Damovo Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Xentivo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa w Warszawie** na rzecz **CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **15 017 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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**.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto stołeczne Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie i rozwój systemu Miejskie Centrum Kontaktów Warszawa 19115.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 12 kwietnia 2018 roku wykonawca CGI Information Systems and Management Consultants (Polska) Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „odwołujący”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu polegających na:

1. Odrzuceniu oferty odwołującego, mimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i spełnia wszystkie wymogi wskazane w s.i.w.z..
2. Wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum Xentivo sp. z o.o. i Damovo Polska Sp, z o.o., mimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i spełnia wszystkie wymogi wskazane w s.i.w.z. a oferta Konsorcjum Xentivo sp. z o.o. i Damovo Polska Sp. z o.o. od początku opiewała na inny zakres niż wynika to ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i wprowadziła zamawiającego w błąd mający wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. W ocenie odwołującego, zamawiający, poprzez uwzględnienie w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego innych kryteriów i wymogów niż wskazane w s.i.w.z., wyraźnie promuje ofertę Damovo i Xentivo, bez jakichkolwiek podstaw przyjmując że tylko oferta Damovo i Xentivo spełnia wymogi s.i.w.z., mimo że faktycznie zamawiający powołuje się na kryteria niewskazane w treści s.i.w.z. i jest to samoistna podstawa do uznania, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo zamawiający odmawia dostępu do treści licencji na element CIC Analizer autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o., mimo że powołuje się na jej istnienie w uzasadnieniu odrzucenia oferty i poprzez okoliczność że dostęp do warunków tej licencji ma tylko Damovo Polska Sp. z o.o.. Zamawiający pozwala

jedynie Konsorcjum Damovo/Xentivo na ocenę skutków oraz możliwości objęcia usługą maintenance elementu CIC Analyzer;

2) art. 24. ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Damovo Polska Sp. z o.o. i Xentivo Sp. z o.o, jako wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu a to poprzez złożenie oferty przez tego wykonawcę, która w swojej treści zawierała oświadczenie o objęciu usługą maintenance 1 szt. licencji oznaczonej jako DMV-CHFY-ININ, pod nazwą „CIC Analyzer”, która miała być autorstwa Genesis/ININ, a faktycznie jest autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o., o czym ten wykonawca od początku wiedział. Drugi wykonawca od początku zdawał sobie sprawę, że oferuje objęcie wsparciem licencji autorstwa Damovo Polska a nie Genesis/ININ i uwzględnił w swojej ofercie wycenę zakupu odpowiedniej licencji od Damovo Polska, a mimo to oświadczył w swojej ofercie, że oferuje wsparciem licencję autorstwa Genesis/ININ. W efekcie własnych oświadczeń tego wykonawcy, potwierdził on, że oferował inny zakres usług niż wynikający z treści s.i.w.z., a mimo to utrzymywał Zamawiającego w przekonaniu, że wykona także maintenance dla licencji na CiC Analyzer autorstwa Genesis/ININ;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Xentivo Sp. z o.o. oraz Damovo Polska Sp. z o.o., mimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymogów s.i.w.z. i od początku uwzględniała świadczenie innych usług niż wskazane w treści s.i.w.z., co ten wykonawca potwierdził swoimi oświadczeniami z dnia 16.02.2018 oraz 23.02.2018;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez odrzućenie oferty odwołującego, mimo że oferta odwołującego spełnia wymogi s.i.w.z., w szczególności obejmuje wszystkie elementy wskazane w s.i.w.z. w odróżnieniu od oferty drugiego wykonawcy;

5) art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty złożonej przez Konsorcjum Xentivo sp. z o.o. i Damovo Polska Sp. z o.o., mimo że to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i spełnia wszystkie wymogi wskazane w s.i.w.z., a w szczególności oferta drugiego wykonawcy nie spełnia wymogów s.i.w.z., gdyż opiewa na inne świadczenie niż wynika to z s.i.w.z..

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzućenia oferty odwołującego oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego;

- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Xentivo Sp. z o.o. oraz Damovo Polska sp. z o.o. jako oferty niespełniającej wymogów s.i.w.z.;
- 3) nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu licencji na element „CIC Analizer” autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o. oznaczony symbolem „DMV-CHFY- ININ”;
- 4) nakazanie zamawiającemu wykluczenia oferty Konsorcjum Xentivo Sp. z o.o. oraz Damovo Polska sp. z o.o. jako oferty wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 5) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa według przedstawionego zestawienia kosztów.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający przekazał odwołującemu za pomocą poczty elektronicznej w dniu 05 kwietnia 2018 roku.

Odwołujący wskazał, że złożył zamawiającemu swoją ofertę w postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. w zakresie wskazanym w treści odwołania, interes odwołującego doznał uszczerbku. Zamawiający pozbawił odwołującego możliwości realizacji zamówienia, mimo że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą oraz mogła i powinna być zostać wybrana jako najlepsza, zgodnie z kryterium oceny ofert określonym w s.i.w.z., gdyby zamawiający prawidłowo prowadził postępowanie i nie promował oferty złożonej przez innego wykonawcę. W przypadku, gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty odwołującego, doprowadziłoby to do wyboru oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą oraz do realizacji przez odwołującego zamówienia. W razie utrzymania podjętych przez zamawiającego, czynności interes odwołującego zostanie naruszony, ponieważ pozbawiony on zostanie możliwości uzyskania i realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że treść s.i.w.z., w odniesieniu do licencji, odsyła w Części II, pkt. 6.2 s.i.w.z. do wzoru umowy i załączników do niej: Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera umowa z załącznikami¹. Załącznik nr 1 do umowy, czyli „Opis Przedmiotu Zamówienia” wskazuje wyraźnie, że:

1. Przedmiotem zamówienia jest: (...) Objęcie Umową „maintenance” posiadanych przez zamawiającego licencji oprogramowania autorstwa Genesis/iNIN wyszczególnionych poniżej (...) 1 DMV-CHFY-ININ CIC Analizęf.

Dowolna metoda interpretacji powyższego zdania wskazuje, że:

1) Zamawiający powołuje się w tym punkcie na posiadane przez siebie licencje.

- 2) Licencje mają być autorstwa Genesis/ININ.
- 3) Licencje są wyszczególnione w OPZ a wśród nich jest licencja na komponent C/C Analizer, oznaczony jako DMV-CHFY-ININ, ilość: 1 szt. Innymi słowy zamawiający w treści s.i.w.z. oświadczył, że posiada jedną sztukę licencji autorstwa Genesis/ININ o symbolu DMV-CHFY-ININ, na komponent CIC Analizer i oczekuje objęcia jej usługą „maintenance” przez wykonawcę.

Odwołujący stwierdził, że w treści s.i.w.z. nie pojawia się gdziekolwiek informacja o tym, że zamawiający posiada licencję autorstwa Damovo Polska (lub jakiegokolwiek innego podmiotu niż Genesis/ININ) i oczekuje objęcia maintenance licencji autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o. W związku z tym odwołujący złożył ofertę, zgodnie z zapisami s.i.w.z., w której oświadczył że oferuje objęcie usługą maintenance wymienione w s.i.w.z. licencje autorstwa Genesis/ININ. posiadane przez zamawiającego.

Następnie odwołujący wskazał, że zamawiający dnia 27 lutego 2018 r. oświadczył, że „nazwa licencji „CIC Analizer”, wskazana w ostatnim wierszu tabeli Opisu Przedmiotu Zamówienia w rzeczywistości jest autorstwa innego podmiotu tj. firmy Damovo Polska Sp. z o.o.” W ocenie odwołującego, w odniesieniu do tego sformułowania, należy przyjąć, że na tym etapie postępowania, po upływie terminu składania ofert, nie jest możliwe korygowanie treści s.i.w.z., zatem jakiegokolwiek oświadczenia zamawiającego o tym jak jest „w rzeczywistości”, jak zostało zapisane w treści s.i.w.z. nie ma żadnego znaczenia. Co więcej, zamawiający w tym samym piśmie zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie i potwierdzenie czy jego oferta obejmuje objęcie maintenance także licencję autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o. wskazaną w tabeli Opisu Przedmiotu Zamówienia. Ponieważ jednak Opis Przedmiotu Zamówienia nie zawierał wskazania licencji autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o., zatem nie można przyjąć, że zamawiający zwracał się do odwołującego z zapytaniem na temat treści jego oferty, gdyż oferta nie mogła odnosić się do licencji autorstwa Damovo Polska, skoro treść s.i.w.z. nie wskazywała na występowanie licencji Damovo Polska.

Odwołujący stwierdził, że na wezwanie zamawiającego, zwrócił się pismem z dnia 28.02.2018 (następny dzień po otrzymaniu wezwania), z prośbą o przedstawienie warunków licencji dla „CIC Analizer” autorstwa Damovo Polska oraz udzielenie informacji czy zamawiający na podstawie tejże licencji ma prawo wykonywania usług „maintenance” w zakresie wynikającym z warunków s.i.w.z. i prawo do umożliwienia odwołującemu świadczenia takich usług. W szczególności, czy na potrzeby ewentualnego świadczenia usługi przez odwołującego zamawiający udostępni kody źródłowe, dokumentację etc, wraz z prawem do świadczenia usług wynikających z s.i.w.z. Odwołujący zastrzegł także, że oczekuje udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi w terminie umożliwiającym

odwołującemu zapoznanie się z nimi i analizę przed upływem terminu na udzielenie odpowiedzi dla zamawiającego wyznaczonego przez zamawiającego w piśmie z dnia 27.02.2018. Wniosek odwołującego pozostał jednak bez odpowiedzi do dnia dzisiejszego, co może wskazywać, że nawet zamawiający nie wie, jakie są warunki licencji od Damovo Polska Sp. o.o. oraz zamawiający nie potwierdził nawet istnienia takich warunków. Z tego tylko powodu odrzucanie oferty odwołującego jest bezpodstawne, jeśli zamawiający nawet nie wykazał istnienia takiej licencji.

Odwołujący poinformował, że w kontekście powyższego, nie znając treści licencji od Damovo Polska Sp. z o. o., odwołujący warunkowo potwierdził możliwość objęcia usługą maintenance także licencji autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o. Tym samym udzielił twierdzącej odpowiedzi na pytanie zamawiającego. Jednocześnie też, zgodnie z prawdą, odwołujący oświadczył, że nie uwzględnił w ofercie jakichkolwiek opłat licencyjnych na rzecz Damovo Polska Sp. z o.o., bowiem skoro sam Zamawiający dopiero w dniu 27.02.2018 wskazuje, że istnieją licencje Damovo Polska sp. z o.o., to tym bardziej odwołujący w dniu składania ofert nie mógł wiedzieć, że ma uwzględniać opłaty licencyjne dla Damovo Polska Sp. z o. o.

W ocenie odwołującego, z powyższego wyraźnie wynika, że usługa maintenance dla licencji autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o., nie stała się częścią OPZ i s.i.w.z. tylko z tego powodu, że zamawiający napisał tak w wezwaniu z dnia 27.02.2018. Nie doszło bowiem do zmiany treści s.i.w.z.. Po pierwsze, nie została opublikowana zmiana treści s.i.w.z. na odpowiednich stronach odnoszących się do zamówienia. Po drugie, zamawiający nie przekazał zawiadomienia o zmianie treści s.i.w.z. do wszystkich wykonawców. A po trzecie, treści s.i.w.z. nie można zmieniać po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że to treść § 1 wzoru umowy określa przedmiot zamówienia. Zgodnie z pkt. 1. jest to:

1/ Usługa Wsparcia Systemu MCK (...),

2/ rozbudowa systemu informatycznego Miejskiego Centrum Kontakt (zwanego dalej Systemem MCK), a ponadto

3/objęcie usługą wsparcia (umowa „maintenance”) posiadanych przez zamawiającego licencji oprogramowania autorstwa Genesis/ININ, wymienionych w Załączniku nr 1 punkt 1b (Przedmiot zamówienia).

W ocenie odwołującego, zamawiający wyraźnie, w tym miejscu wskazał, co rozumie przez pojęcie przedmiotu zamówienia i w dalszej części dokumentacji doprecyzował, że wymagane jest zapewnienie praw autorskich i licencji dla przedmiotu zamówienia

zdefiniowanego w umowie. Skoro zatem treść wzoru umowy jak i załącznika OPZ wskazuje tylko na licencje autorstwa Genesis/ININ, to jest to wiążąca treść s.i.w.z. i wiążący katalog świadczeń, do realizacji których odwołujący jest zobowiązany i których spełnienie zamawiający może oceniać. Wszelkie inne świadczenia opisane w treści wezwania i odpowiedzi wykraczają poza zakres s.i.w.z., a korespondencja pomiędzy zamawiającym a odwołującym w odniesieniu do licencji autorstwa Damovo Polska Sp. z o. o. nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia czy odwołujący spełnia wymogi s.i.w.z. i nie może być podstawą odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jeśli nie istnieje w posiadaniu zamawiającego licencja na CIC Analizer autorstwa Genesis/ININ, to ewentualnie w tym zakresie umowa, jaka może zostać zawarta pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, w zakresie tego świadczenia (czyli maintenance dla licencji „DMV-CHFY-ININ”) będzie nieważna. Nie powoduje to jednak nieważności całej umowy lub nieważności postępowania, a – co za tym idzie – jest to świadczenie możliwe do spełnienia.

Odwołujący podniósł, że w lutym 2018 roku zamawiający otrzymał od wykonawcy Xentivo-Damovo oświadczenie z dnia 16 lutego 2018 roku, z którego wynika, że jeden z elementów wskazanych s.i.w.z. nie jest autorstwa Genesis/ININ, ale jest produkcji Damovo Polska Sp, z o.o. Efektem powyższego jest w ocenie tego wykonawcy, że wymagane jest dostarczenie wsparcia producenta (maintenance) dla tej licencji, czyli wsparcia Damovo Polska.

Z treści oświadczenia wynika, że wykonawca ten od początku był świadomy, że jedna z licencji objętych treścią s.i.w.z. jest wskazana nieprawidłowo co do autorstwa, a co za tym idzie odwołujący powinien był się zwrócić do Damovo Polska Sp. z o. o. z prośbą o ofertę na tę licencję, w przeciwnym razie oferta odwołującego jest niezgodna z treścią s.i.w.z. I ten wykonawca od początku kalkulował ofertę niezgodnie z treścią s.i.w.z.. z uwzględnieniem innych licencji niż wynikające z s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że dopiero na dużo późniejszym etapie postępowania (po około pół roku), wykonawca Damovo-Xentivo zawiadomił zamawiającego o stwierdzonej przed upływem terminu składania ofert nieprawidłowości w s.i.w.z. i o tym, że złożył ofertę na zakres inny niż wynikający z s.i.w.z., wiedząc o tym, że część s.i.w.z. zawiera inne wskazanie licencji i przez co wprowadził zamawiającego w błąd co do faktycznego zakresu usług oferowanego przez siebie. Oznacza to, że doprowadził swoim celowym, ale też lekkomyślnym działaniem do dwukrotnego wyboru oferty Xentivo-Damovo, przez co wpłynął dwukrotnie na wynik postępowania, oferując przedmiot usługi inny niż wynikający z treści s.i.w.z. Wykonawca Xentivo-Damovo wyraźnie nie złożył oferty zgodnej z s.i.w.z., gdyż

oferował inny zakres usług niż wynikający z s.i.w.z., co do czego potwierdził tę okoliczność w pismach z dnia 16 lutego 2018 oraz z dnia 23 lutego 2018 roku.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że odwołujący zaoferował wytworzenie alternatywnego do posiadanego przez zamawiającego oprogramowania. W ocenie odwołującego, nie ma to jednak znaczenia dla oceny spełniania wymogów przez odwołującego, gdyż kwestia posiadanego przez zamawiającego oprogramowania autorstwa Damovo Polska Sp. z o. o. nie jest przedmiotem postępowania i nie była uwzględniona w s.i.w.z.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2018 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że wszystkich wykonawców traktował równo i że nie modyfikował s.i.w.z. przez cały okres trwania postępowania. Podkreślił, że nie było podstaw do wykluczenia przystępującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Xentivo Sp. z o.o. w Warszawie, Damovo Polska Sp. z o.o. w Warszawie (przystępujący). Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 24 kwietnia 2018 roku, doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2018 roku, przystępujący podniósł, że zarzut dotyczący oferty przystępującego jest spóźniony formalnie i powinien być podniesiony przez odwołującego przy pierwszej czynności uznania oferty przystępującego za najkorzystniejszą w dniu 28 grudnia 2017 roku.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego jako wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, przystępujący wskazał, iż zarzut ten jest absurdalny i sprzeczny z pozostałymi oświadczeniami odwołującego wskazanymi w odwołaniu. Przystępujący stwierdził, że od początku właściwie odczytał postanowienia s.i.w.z. w zakresie oczekiwań zamawiającego. Absurdalnym jest zarzut odwołującego, iż zamawiający został wprowadzony w błąd przez przystępującego, skoro sam zamawiający w taki sam sposób jak przystępujący odczytuje postanowienia s.i.w.z..

W ocenie przystępującego, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. jest bezzasadny. Odwołujący nie wykazał, iż zaszły jakiegokolwiek okoliczności faktyczne czy prawne, które uzasadniałyby zastosowanie tego przepisu

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odnośnie oferty przystępującego, przystępujący stwierdził, że skoro zamawiający potwierdził przyjętą przez

przystępującego wykładnię treści s.i.w.z., to trudno uznać, iż oferta przystępującego od początku uwzględniała świadczenie innych usług niż wskazane w treści s.i.w.z. W ocenie przystępującego, jest to również kolejny przykład przyjętej strategii procesowej odwołującego powodującej wewnętrzną sprzeczność twierdzeń odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego, przystępujący wskazał, że odwołujący jako podmiot profesjonalny był zobowiązany do uwzględnienia w swojej ofercie warunków świadczenia usług określonych przez zamawiającego, w tym świadczenia usługi Maintenance dla Licencji CIC Analyzer. Jeżeli miał jakiegokolwiek wątpliwości co do tych warunków mógł je rozwiać przed złożeniem oferty.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 6.1. s.i.w.z., przedmiotem zamówienia jest utrzymanie i rozwój systemu – Miejskie Centrum Kontaktów – Warszawa 19115.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera umowa z załącznikami (pkt. 6.2. s.i.w.z.).

Zgodnie z § 1 ust. 1 projektu umowy, przedmiotem umowy jest:

- 1) Usługa wsparcia systemu MCK, o której mowa w § 1 umowy,
- 2) Rozbudowa systemu informatycznego Miejskiego Centrum Kontaktów, a ponadto:
- 3) Objęcie usługą wsparcia (umowa „maintenance” posiadanych przez zamawiającego licencji oprogramowania autorstwa Genesis/ININ wymienionych w załączniku nr 1 pkt 1b.

W myśl ust. 2, szczegółowy opis usług, o których mowa w ust. 1, oraz komponentów i wymaganych przez zamawiającego modyfikacji Systemu Miejskiego Centrum Kontaktów z Mieszkańcami, określa opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik nr 1 do umowy.

Stosownie do treści załącznika nr 1 do umowy „Opis przedmiotu zamówienia”, przedmiotem zamówienia jest:

- a) Utrzymanie i rozwijanie systemu informatycznego realizującego usługi Miejskiego Centrum Kontaktów zwanego dalej systemem MCK, przez 36 miesięcy od daty podpisania umowy. Wykonawca zapewni ciągłą dostępność Systemu MCK w trybie pracy 24/7.
- b) Objęcie umową „maintenance” posiadanych przez zamawiającego licencji oprogramowania autorstwa Genesis/ININ wyszczególnionych w tabeli.

Tabela zawarta w załączniku zawiera oznaczenia producenta i nazwy 26 licencji. Ostatnia pozycja w tabeli posiada oznaczenie producenta: DMV-CHFY-ININ i nazwę „CIC Analizer”. Jest to licencja, której producentem nie jest Genesis/ININ, jak wskazywał zamawiający, ale Damovo Polska Sp. z o.o.

Zamawiający opracował treść formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 2 do s.i.w.z.. Wykonawcy obowiązani byli wskazać w nim cenę całkowitą brutto oraz w rozbiciu na:

- 1) Miesięczną wartość wynagrodzenia za usługę wsparcia systemu MCK (brutto),
- 2) Stawkę z 1 roboczogodzinę świadczenia usługi rozwoju Systemu MCK (brutto),
- 3) Roczną wartość wynagrodzenia z tytułu serwisu oprogramowania Genesis/ININ.

Zgodnie z § 4 lit. d wzoru umowy, wykonawca oświadcza, że we własnym zakresie i na własny koszt i ryzyko uzyska wszelkie prawa autorskie, licencje, sublicencje i zezwolenia niezbędne dla pełnego zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Termin składania ofert upłynął w dniu 28 sierpnia 2017 roku. Do upływu terminu składania ofert złożone zostały dwie oferty:

- 1) Oferta przystępującego z ceną brutto 5.716.818,73 zł
- 2) Oferta odwołującego z ceną brutto 5.661.834,00 zł

Obydwaj wykonawcy w formularzu ofertowym wskazali roczną wartość wynagrodzenia z tytułu serwisu oprogramowania Genesis/ININ.

Pismem z dnia 16 lutego 2018 roku przystępujący poinformował zamawiającego, że jedną z licencji wymienionych w załączniku nr 1 do s.i.w.z. jest licencja „DMV-CHFY-ININ” CIC Analizer, której producentem jest Damovo Polska Sp. z o.o.

Przystępujący oświadczył, że w jego ofercie wsparcie dla tej licencji zostało wycenione i zaoferowane, a podmiotem odpowiedzialnym za jego dostarczenie jest Damovo Polska Sp. z o.o.

Przystępujący stwierdził, że Damovo Polska Sp. z o.o. oświadczyło, że odwołujący nie zwracał się do Damovo Polska Sp. z o.o. z zapytaniem ofertowym dotyczącym świadczenia maintenance dla licencji „DMV-CHFY-ININ” CIC Analizer, nie otrzymał takiej oferty od Damovo Polska Sp. z o.o., a także nie łączy go z Damovo Polska żadna współpraca lub partnerstwo. Wobec powyższego oferta odwołującego nie zawiera wymaganego przez s.i.w.z. wsparcia producenta (maintenance) dla licencji „DMV-CHFY-ININ” CIC Analizer, a tym samym jest niezgodna z treścią s.i.w.z. i powinna podlegać odrzuceniu.

Na potwierdzenie powyższego przystępujący złożył oświadczenie Damovo Polska Sp. z o.o. z dnia 16 lutego 2018 roku.

Pismem z dnia 23 lutego 2018 roku przystępujący poinformował zamawiającego o:

- 1) Niezgodności oferty odwołującego z treścią s.i.w.z. w zakresie zobowiązania objęcia „maintenance” licencji „DMV-CHF-Y-ININ” CIC Analizer,
- 2) Naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców,
- 3) Pierwotnej niemożności spełnienia przez odwołującego świadczenia stanowiącego przedmiot zamówienia w zakresie objęcia „maintanance” posiadanej przez zamawiającego licencji skutkującego brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy między odwołującym a zamawiającym,
- 4) Braku możliwości dokonania przez zamawiającego obiektywnej oceny ofert w postępowaniu, umożliwiającej porównanie złożonych ofert, zgodnie z zasadami prawa i zasadami s.i.w.z.

Przystępujący podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 16 lutego 2018 roku i wskazał, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią s.i.w.z. i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Odwołujący nie objął bowiem „maintenance” posiadanej przez zamawiającego licencji, gdyż nie złożył w tym zakresie zapytania ofertowego i nie otrzymał oferty od Damovo Polska Sp. z o.o.

Pismem z dnia 27 lutego 2018 roku zamawiający zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził, że w treści opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że oprogramowanie, którego objęcia usługą „maintenance” wymaga, jest autorstwa Genesis/ININ. Jednocześnie jedna z licencji – oznaczenie producenta „DMV-CHF-Y-ININ” nazwa licencji „CIC Analizer”, wskazana w ostatnim wierszu tabeli opisu przedmiotu zamówienia, w rzeczywistości jest autorstwa innego podmiotu, tj. firmy Damovo Polska Sp. z o.o.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie i potwierdzenie, czy jego oferta obejmuje, zgodnie z ww. wymaganiem opisu przedmiotu zamówienia, objęcie umową maintenance wszystkich wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia licencji, w tym licencji autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o., wskazane w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zwrócił się pismem z dnia 28.02.2018, z prośbą o przedstawienie warunków licencji dla „CIC Analizer” autorstwa Damovo Polska oraz udzielenie informacji, czy zamawiający na podstawie tejże licencji ma prawo wykonywania usług „maintenance” w zakresie wynikającym z warunków s.i.w.z. i prawo do umożliwienia odwołującemu świadczenia takich usług. W szczególności, czy na

potrzeby ewentualnego świadczenia usługi przez odwołującego zamawiający udostępni kody źródłowe, dokumentację etc, wraz z prawem do świadczenia usług wynikających z s.i.w.z. Odwołujący zastrzegł także, że oczekuje udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi w terminie umożliwiającym odwołującemu zapoznanie się z nimi i analizę przed upływem terminu na udzielenie odpowiedzi dla zamawiającego wyznaczonego przez zamawiającego w piśmie z dnia 27.02.2018.

Na powyższe pismo zamawiający nie udzielił odwołującemu odpowiedzi.

Pismem z dnia 1 marca 2018 roku odwołujący potwierdził, że jego oferta obejmuje objęcie „maintenance” także licencji autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o. przy założeniu, że zamawiający posiada stosowne licencje do wykonywania takich usług, w szczególności dostęp do dokumentacji technicznej oraz kodów źródłowych tych licencji.

Odwołujący poinformował, że nie uwzględnił w ofercie jakichkolwiek opłat licencyjnych na rzecz Damovo Polska Sp. z o.o., chyba że co innego zostanie uzgodnione z zamawiającym.

W przypadku, gdy postanowienia licencji posiadanych przez zamawiającego nie będą pozwalały na świadczenie usług przez odwołującego, odwołujący oświadczył, że gotowy jest wytworzyć analogiczne narzędzie we własnym zakresie, z przekazaniem praw autorskich na rzecz zamawiającego.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2018 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego i o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający, powołując się na treść pisma odwołującego z 1 marca 2018 roku, stwierdził, że odwołujący nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich kosztów realizacji zamówienia i przeniósł część lub całość kosztów świadczenia usług „maintenance” licencji „DMV-CHFV-ININ” CIC Analizer na zamawiającego, które, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy § 2 ust. 4 lit. d, leżą po stronie wykonawcy. Odwołujący, oferując wytworzenie alternatywnego oprogramowania, którym zastąpi oprogramowanie posiadane przez zamawiającego, zamierza realizować przedmiot zamówienia w zakresie niezgodnym z zapisami s.i.w.z., ponieważ zamawiający w s.i.w.z. nie przewidział możliwości zastąpienia usługi „maintenance” posiadanego oprogramowania usługą wytworzenia i utrzymania oprogramowania autorskiego wykonawcy.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24. ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 tejże ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do uwzględnionych zarzutów, Izba wskazuje, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca tak dla zamawiającego, jak i dla wykonawców. Są oni obowiązani 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 warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. 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 s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. 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.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób nieprawidłowy w zakresie licencji „DMV-CHFV-ININ” CIC Analizer, wskazując, że licencja ta jest autorstwa Genesis/ININ, podczas gdy jej autorem jest Damovo Polska Sp. z o.o. Informacja o tym, że producentem licencji jest Genesis/ININ, została wskazana i powtórzona w kilku miejscach s.i.w.z., w tym w projekcie umowy, opisie przedmiotu zamówienia oraz formularzu cenowym.

Przystępujący, składając ofertę w postępowaniu, złożył oświadczenie na formularzu cenowym przygotowanym przez zamawiającego, z którego wynika, że w cenie oferty uwzględnił roczną wartość wynagrodzenia z tytułu serwisu oprogramowania Genesis/ININ. Kilka miesięcy po złożeniu oferty przystępujący poinformował zamawiającego, iż w jego ofercie uwzględniona i wyceniona została licencja, której producentem jest Damovo Polska Sp. z o.o. Informację tę przystępujący podtrzymał w piśmie z dnia 23 lutego 2018 roku, a także w piśmie procesowym z dnia 24 kwietnia 2018 roku, złożonym w postępowaniu

odwoławczym, oraz w oświadczeniu złożonym przed Krajową Izbą Odwoławczą na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2018 roku.

W tej sytuacji Izba uznała, iż przystępujący, składając ofertę, w której oświadczył, iż uwzględnił w niej usługę wsparcia dla licencji autorstwa Genesis/ININ, mimo że w rzeczywistości uwzględnił i wycenił usługę dla licencji Damovo Polska Sp. z o.o., złożył ofertę niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wprowadził zamawiającego w błąd.

Niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w s.i.w.z. Niezgodność ta w rozpoznawanym przypadku polega na zaoferowaniu przedmiotu w zakresie usługi „maintenance” dla licencji, która nie odpowiada licencji opisanej w specyfikacji przedmiotowi zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazany wyżej przepis ustanawia obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że zamawiający obowiązany jest wykluczyć wykonawcę w każdym przypadku, gdy spowodował on zdarzenie, o którym mowa w artykule.

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

- 1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności – niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 K.c. Dłużnik obowiązany

jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 K.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Analiza oświadczeń składanych przez przystępującego w tym zakresie wskazuje, iż przystępujący już w momencie składania oferty był świadom tego, iż jego oferta pozostaje w sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W piśmie z dnia 24 kwietnia 2018 roku stwierdził, iż od początku właściwie odczytał intencje zamawiającego. Mimo to w złożonym formularzu cenowym oświadczył, że oferuje wsparcie dla licencji Genesis/ININ.

Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się wysokim stopniem sformalizowania. Zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, obowiązują określone procedury zawarte w przepisach ustawy P.z.p. i doprecyzowane w s.i.w.z. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają obowiązek złożyć ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, o czym wprost stanowi art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p. Wykonawca nie może pomijać postanowień specyfikacji, powołując się na to, że intencje zamawiającego były inne niż wyraził to w s.i.w.z. Postanowienia s.i.w.z. mogą zostać zmodyfikowane jedynie na zasadach określonych w art. 38 ust. 4 i nast. ustawy P.z.p., a w rozpoznawanym przypadku modyfikacja s.i.w.z. w oparciu o wskazany przepis nie miała miejsca.

Wskazać należy, iż przystępujący, który zarzuca odwołującemu między innymi to, że nie zwrócił się on do zamawiającego o wyjaśnienie treści s.i.w.z., sam również tego nie uczynił.

W sytuacji, gdy przystępujący jeszcze przed złożeniem oferty miał świadomość co do nieprawidłowości w zakresie oznaczenia producenta licencji, skierowanie do zamawiającego takiego wniosku byłoby zasadne. Rezygnując z możliwości wyjaśnienia treści s.i.w.z., przystępujący złożył ofertę niezgodną z s.i.w.z., wprowadzając jednocześnie zamawiającego w błąd co do rzeczywistego autorstwa wymaganej licencji. Podane przez przystępującego informacje z całą pewnością miały wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ zamawiający, uznając ofertę przystępującego za zgodną z s.i.w.z., uznał ją również za najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że – w ocenie odwołującego – jego oferta spełnia wymogi s.i.w.z., w szczególności obejmuje wszystkie elementy wskazane w s.i.w.z.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie licencji wskazanej w ostatniej pozycji tabeli znajdującej się w załączniku nr 1 do umowy „Opis przedmiotu zamówienia” jako: „DMV-CHFY-ININ” nazwa licencji „CIC Analyzer” autorstwa Genesis/ININ.

Jakkolwiek zgodzić się trzeba z odwołującym, iż informacja, że przedmiotowa licencja w istocie jest autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o., pojawiła się dopiero w piśmie z dnia 27 lutego 2018 roku, nie zmienia to faktu, iż odwołujący obowiązany był uwzględnić przy wycenie oferty licencję o wskazanym przez zamawiającego oznaczeniu producenta, tj. DMV-CHFY-ININ i nazwie CIC Analyzer. Odwołujący nie wykazał, że uwzględnił w ofercie licencję o takim oznaczeniu.

Odwołujący wraz z ofertą złożył formularz cenowy, przygotowany według wzoru opracowanego przez zamawiającego, w którym oświadczył, że w cenie oferty uwzględnił roczną wartość wynagrodzenia z tytułu serwisu oprogramowania Genesis/ININ. Na pytanie zamawiającego z dnia 27 lutego 2018 roku, czy jego oferta obejmuje wszystkie wymagane licencje, w tym licencje autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o. udzielił odpowiedzi (pismo z dnia 1 marca 2018 roku), że oferuje objęcie „maintenance” także licencji autorstwa Damovo Polska Sp. z o.o. przy założeniu, że zamawiający posiada stosowne licencje do wykonywania takich usług, w szczególności dostęp do dokumentacji technicznej oraz kodów źródłowych tych licencji. Jednocześnie wskazał, że nie uwzględnił w ofercie jakichkolwiek opłat licencyjnych na rzecz Damovo Poland Sp. z o.o.

W oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2018 roku odwołujący poinformował, że uwzględnił w ofercie licencję na rzecz Genesis/ININ, jednakże nie wykazał,

iż chodzi tu o produkt oznaczony symbolem DMV-CHFYZ-ININ. Nie udowodnił on także, że produkt o takim oznaczeniu autorstwa Genesis/ININ w ogóle istnieje.

W myśl pkt. 21.5 zdanie pierwsze s.i.w.z. oferowane ceny winny obejmować wszelkie koszty i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją i wzorem umowy. Odwołujący nie wykazał, że jego oferta obejmowała wszystkie składniki zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący oświadczył, że uwzględnił serwis oprogramowania Genesis/ININ, lecz nie był w stanie wykazać, że jest to licencja o wskazanym oznaczeniu producenta. W odpowiedzi na pytania zamawiającego odwołujący oświadczył, iż uwzględnił licencję Damovo Polska Sp. z o.o., mimo że jej nie wycenił, chociaż zobowiązywało go do tego postanowienie pkt. 21.5 s.i.w.z.

Zgodnie z § 4 lit. d wzoru umowy, wykonawca oświadcza, że we własnym zakresie i na własny koszt i ryzyko uzyska wszelkie prawa autorskie, licencje, sublicencje i zezwolenia niezbędne dla pełnego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Mimo że wskazany zapis stanowi zobowiązanie wykonawcy, które musi on spełnić już po zawarciu umowy, koszt tych składników winien być zostać uwzględniony w wycenie oferty, co oznacza, że już w chwili złożenia oferty wykonawca winien był wliczyć w jej cenę wartość licencji wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie udowodnił, iż cena jego oferty obejmuje licencję o kodzie DMV-CHFYZ-ININ.

Podsumowując powyższe, stwierdzić należy, iż niewątpliwie nieprawidłowości obu złożonych ofert miały swe źródło w wadliwie sporządzonej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jakkolwiek skład orzekający Izby popiera stanowisko, wyrażane wielokrotnie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, iż wady dokumentacji postępowania nie mogą obciążać wykonawców, którzy się do nich dostosowali, w rozpoznawanym przypadku obydwaj wykonawcy przygotowali oferty w sposób niedający się obronić nawet przy założeniu, że odpowiedzialność z tytułu wadliwie sporządzonej dokumentacji spoczywa na zamawiającym. Przystępujący, będąc w pełni świadom, iż licencja DMV-CHFYZ-ININ nie jest autorstwa Genesis/ININ złożył oświadczenie, iż oferuje usługę maintenance dla produktu właśnie tego producenta. Odwołujący natomiast nie wykazał, iż zaoferował usługę dla licencji o oznaczeniu producenta DMV-CHFYZ-ININ, mimo że takie oznaczenie zostało wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmieniał stanowisko, oświadczając, że jego oferta uwzględnia usługę dla licencji Damovo, by ostatecznie w postępowaniu odwoławczym stwierdzić, że zaoferował usługę dla licencji Genesis/ININ. Nie potrafił jednak wskazać oznaczenia producenta licencji, dla której wsparcie zaoferował.

W świetle powyższego Izba uznała za zasadne odrzucenie oferty odwołującego oraz podzieliła stanowisko odwołującego w kwestii tego, że przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., a jego oferta podlega

odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., w związku z czym orzekła jak w sentencji orzeczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....