

**WYROK**

**z dnia 25 sierpnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska  
Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis Sp. z o.o.**

**Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

**Zakład Ubezpieczeń Społecznych**

**ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa**

protestu z dnia 23 lipca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX – po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych  
ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa na rzecz Wydawnictwa Prawniczego LexisNexis Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Wydawnictwa Prawniczego LexisNexis Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę programu Systemu Elektronicznej Informacji Prawnej oraz 36 comiesięcznych aktualizacji dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych* – znak: TZ/370/42/08, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.Urz. WE 9 lipca 2008 r. pod numerem 2008/S 131-174601. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego tego samego dnia.

23 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia.

- 1) Art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewyodrębnienie w przedmiocie zamówienia wskazanym w rozdziale II pkt I ppkt. 1. lit. d) oraz ppkt. 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia usług polegających na przeprowadzeniu szkolenia oraz usług w zakresie serwisu technicznego i konsultacji telefonicznych co powoduje, że nie można ustalić, czy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia należy stosować – zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – przepisy dotyczące dostawy, czy usług i zweryfikować, czy Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy.
- 2) Art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezamieszczenie w treści specyfikacji istotnych dokładnych warunków zamówienia opisu usług w zakresie serwisu technicznego i konsultacji telefonicznych wskazanych w rozdziale II pkt I ppkt 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także błędne (niespójne) określenie w zestawieniu jednostek Zamawiającego stanowiącym załącznik do projektu umowy listy stanowisk dla poszczególnych wymaganych przez Zamawiającego baz wielostanowiskowych, co uniemożliwia prawidłowe określenie zakresu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji rzetelne skalkulowanie i obliczenie ceny; natomiast od ilości licencji dla poszczególnych stanowisk z dostępem do poszczególnych baz zależy wycena przedmiotu zamówienia.
- 3) Art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe wskazanie sposobu obliczenia ceny na skutek niezamieszczenia w druku oferty (część V załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) pozycji dla wskazania ceny usług tj. szkolenia oraz serwisu technicznego i konsultacji telefonicznych, co uniemożliwia prawidłowe złożenie oferty wskutek niemożności prawidłowego skalkulowania ceny, w tym prawidłowego określenia stawki VAT.
- 4) Art. 142 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez takie sformułowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (§ 2 ust. 6 projektu umowy stanowiącej załącznik do specyfikacji

istotnych warunków zamówienia), które w rzeczywistości wskazują, że umowa ma być zawarta na czas nieokreślony. Żaden z wyjątków określonych w art. 143 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiających zawarcie umowy na czas nieokreślony nie ma zastosowania, także pkt 5, ponieważ przedmiot zamówienia nie jest oprogramowaniem komputerowym, lecz bazą danych, a przedmiot zamówienia dotyczy zawarcia umowy licencyjnej. Zgodnie z CPV przedmiot zamówienia opisano jako 30 2482 00-1 – licencje na oprogramowanie, a ustawa Prawo zamówień publicznych mówi o 30 2410 00-0 – oprogramowanie komputerowe. Pomimo podobieństwa nie są to pojęcia tożsame. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wyjaśnia też wzajemnej relacji między zapisem o możliwości korzystania z systemu w wersji nadanej przez ostatnią aktualizację a aktualizowaną bazą danych w systemie on-line (§ 2 ust. 6 projektu umowy i rozdz. II pkt I ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

- 5) Art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie, że jedynym kryterium wyboru oferty jest cena, podczas gdy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały ustalone wymagania dotyczące funkcjonalności systemu oraz wskazane konkretne rozwiązania funkcjonalne wymagane od tego systemu (np. precyzyjny opis preferowanej metody działania systemu w zakresie obróbki danego fragmentu tekstu w osobnym oknie), co oznacza, że oferty będą wybierane również z uwzględnieniem innego kryterium niż cena. Jeśli Zamawiający uznał, że jedynym kryterium jest cena, to funkcjonalność nie powinna mieć dla niego istotnego znaczenia, a opis przedmiotu zamówienia powinien być tak ustalony, aby wskazywał jedynie cel, którego osiągnięcie ma zapewnić program, czyli możliwość odtworzenia historycznego brzmienia przepisów. Skoro co najmniej dwa konkurujące ze sobą systemy realizują podobny cel, jednakże mają inne rozwiązania funkcjonalne, ocena tych programów powinna być dokonywana alternatywnie albo przy zastosowaniu wyłącznie kryterium ceny albo przy jednoczesnym wprowadzeniu oprócz elementu ceny także innego kryterium oceny. Tylko w tym drugim przypadku zasada uczciwej

konkurencji zostałyby zachowana, o ile bowiem jeden z programów zostałby oceniony mniej korzystnie, oferent miałby szanse uzyskać zamówienie poprzez zaoferowanie niższej ceny.

- 6) Art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisów wskazujących na preferowanie przez Zamawiającego konkretnego wykonawcy oraz utrudnienie innym uczestnikom możliwości pozyskania zamówienia. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł określenia takie jak *cytaty/tezy/pisma*, którymi posługuje się tylko jeden podmiot na rynku, tj. Wolters Kluwer. Takie określenie przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie powyższych zasad, zgodnie z którymi Zamawiający nie może określać przedmiotu zamówienia w sposób, którego skutkiem jest uprzywilejowanie jednego podmiotu i możliwość wykonania zamówienia tylko przez jeden podmiot. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wskazuje przy tym, że dopuszczalne są rozwiązania równoważne. Odwołujący np. posługuje się określeniem *tezy z piśmiennictwa*, a faktyczny zakres obu pojęć jest tożsamy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a z ostrożności – o dokonanie zmiany zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kwestionowanym zakresie.

Interes prawny Odwołującego wynika z faktu, iż jest zainteresowany złożeniem oferty, ale tak sformułowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia uniemożliwia mu prawidłowe złożenie oferty, w tym wyliczenie ceny. W związku z tym pozbawiony jest możliwości uczestniczenia w postępowaniu z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

1 sierpnia 2008 r. Zamawiający protest oddalił przedstawiając następujące argumenty.

Ad 1. Zamawiający, w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia *Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania* opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą

dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności determinowane uzasadnionymi potrzebami Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Cytowane przez Protestującego określenie przedmiotu zamówienia *dostawa programu System Elektronicznej Informacji Prawnej oraz 36 comiesięcznych aktualizacji dla ZUS* jest tylko nazwą nadaną zamówieniu przez Zamawiającego i służy tylko i wyłącznie wskazaniu wykonawcom głównego zakresu przedmiotowego zamówienia. Wypełniając dyspozycję art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający, w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów w art. 29 – 30 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, iż największy wartościowy udział w danym zamówieniu dotyczy dostaw, a wskazane przez Odwołującego usługi są tylko związane z realizacją głównego przedmiotu zamówienia – co wynika z treści ogłoszenia, również odnośnie kwalifikacji postępowania z punktu widzenia rodzaju zamówienia.

Ad 2. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, co należy rozumieć pod pojęciem *świadczenia w trakcie umowy serwisu technicznego, konsultacji telefonicznych i porad dla użytkowników i administratorów*. Dokładne określenie ww. pojęcia znajduje się w rozdz. II podrozdz. I pkt 1. lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozdz. II podrozdz. I pkt 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak również w § 6 ust. 3 wzoru umowy. W związku z tym, że ww. czynności będą występowały doraźnie, w miarę potrzeb Zamawiającego, zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie są wystarczające.

Zamawiający w załączniku nr 2 do umowy przedstawił wykonawcom *Zestawienie jednostek Zamawiającego wraz z wykazem baz i stanowisk*, które ma charakter informacyjny i nie ma żadnego wpływu na skonstruowanie oferty (w tym wyliczenie ceny oferty). Wykonawca zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia ma udzielić Zamawiającemu licencji na korzystanie z programu System Elektronicznej Informacji Prawnej w zakresie 385 baz dla 1875 stanowisk (co jest potwierdzone w załączniku nr 2 do umowy) wraz z 36 aktualizacjami systemu, co ma również

odzwierciedlenie w formularzu cenowym (rozdz. V Formularz ofertowy). Wykonawca jest zobowiązany wycenić: licencję/e na System Elektronicznej Informacji Prawnej dla 1875 stanowisk z wykorzystaniem 385 baz, jak również aktualizację systemu przy uwzględnieniu wszelkich kosztów wynikających z realizacji umowy. O tym, że zestawienie jednostek Zamawiającego wraz z wykazem baz i stanowisk ma charakter informacyjny świadczy również § 2 ust. 4 wzoru umowy, z którego to wynika, że Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany miejsca instalacji systemu na terenie RP, przy czym o przedmiotowym fakcie wykonawca powinien zostać powiadomiony minimum na jeden miesiąc przed zmianą miejsca instalacji.

Ad 3. Zamawiający w rozdz. V pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednoznacznie wskazał, że ceny podane w ofercie mają zawierać wszystkie koszty związane ze świadczeniem przedmiotu umowy oraz uwzględniać inne opłaty, a także podatki wynikające z realizacji umowy jak również ewentualne upusty i rabaty. W rozdz. V *Formularza ofertowego* znajduje się również oświadczenie wykonawcy, że wskazane w formularzu cenowym ceny jednostkowe obejmują wszelkie koszty Wykonawcy wynikające z realizacji umowy. Wykonawca przygotowując ofertę w jej kalkulacji powinien uwzględnić wszelkie wymagania i okoliczności wynikające z dokumentacji postępowania, mające wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności w zakresie oferowanej ceny.

Ad 4. Zamawiający dokładnie określił termin wykonania zamówienia. Umowa zostanie zawarta na okres 36 miesięcy tj. dostarczenie 36 miesięcznych aktualizacji systemu przez okres 36 miesięcy. Na skutek prawidłowo zrealizowanej umowy Zamawiającemu dostarczona będzie licencja na oprogramowanie komputerowe SEIP, na mocy której nabędzie on prawo do korzystania z wersji wynikającej z ostatniej tj. 36 aktualizacji.

Ad 5. Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wynika z przedmiotowego przepisu jedynym uprawnionym podmiotem, który określa kryteria oceny ofert jest Zamawiający. Jedynym obligatoryjnym kryterium, które Zamawiający musi

określić jest „cena” (art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), a Zamawiający nie jest zobligowany przepisami do stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert.

Zamawiający jako dysponent środków publicznych powinien, zgodnie z art. 35 ustawy o finansach publicznych, wydatkować je w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Mając na względzie tę zasadę Zamawiający, stosownie do uzasadnionych potrzeb, opisał przedmiot zamówienia.

Nie należy utożsamiać istotnych cech przedmiotu zamówienia w tym także mających wpływ na jego funkcjonalność z ewentualnym kryterium oceny ofert w zakresie funkcjonalności.

Zamawiający zauważył też, iż Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób ustalone kryterium oceny ofert ogranicza Odwołującego w możliwości ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne. Zdaniem Zamawiającego kryterium *cena 100%*, nie pozbawiło Odwołującego możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Nieudowodnienie przez Odwołującego sposobu, w jaki jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów równoznaczne jest z brakiem interesu prawnego, co obligatoryjnie skutkuje oddaleniem środka ochrony prawnej.

Ad 6. Kwestionowane przez Protestującego określenie „cytaty/tezy/pisma” w rzeczywistości brzmi „Cytaty/Tezy/Pisma z piśmiennictwa prawniczego”. Zamawiający stwierdza, iż z tak sformułowanego zapisu jednoznacznie wynika, że Zamawiający ma na myśli: „Cytaty z piśmiennictwa prawniczego/Tezy z piśmiennictwa prawniczego/Pisma z piśmiennictwa prawniczego”. Odwołujący w proteście poinformował, że w swoim oprogramowaniu posługuje się określeniem „tezy z piśmiennictwa”, podkreślając, że faktyczny zakres obu pojęć jest tożsamy.

Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób ww. określenie ogranicza go w możliwości ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Dalsza argumentacja Zamawiającego jak w punkcie poprzednim.



Wobec powyższego oddalenia protestu 6 sierpnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym powtórzył zarzuty, żądania oraz argumentację zawartą w proteście. Dodatkowo zauważył, iż:

- 1) w rozdz. II, podrozdz. I pkt 1 lit. e) oraz pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określono usług w zakresie serwisu technicznego i konsultacji telefonicznych, określono jedynie obowiązek dokonania instalacji baz. Także w § 6 ust. 3 projektu umowy mowa jest o realizacji gwarancji lub usuwaniu błędów i wad. Okoliczność, że czynności te będą wykonywane doraźnie i w miarę potrzeb, pogłębia jedynie wadliwość ich opisu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) Zamawiający nie poprawił błędów w ilości licencji dla poszczególnych lokalizacji. Ma to natomiast znaczenie ze względu na wymóg rozdz. II podrozdz. I pkt 1 b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia dostarczenia i uruchomienia programu we wskazanych jednostkach organizacyjnych – wykonawca musi delegować pracowników do tych jednostek, więc ma to wpływ na kalkulację ceny usługi. Ma to również wpływ na koszty zaplecza technicznego.
- 3) Pomimo iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia wskazuje, że umowa będzie zawarta na 3 lata, aby Zamawiający mógł legalnie korzystać z oprogramowania, musi posiadać ważną licencję bez względu na aktualność i przydatność baz danych. Zamawiający nie odniósł się również w rozstrzygnięciu do kwestii korzystania w tym czasie z bazy on-line.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz dokumentów i oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewyodrębnienie w przedmiocie zamówienia usług polegających na przeprowadzeniu szkolenia oraz usług w zakresie serwisu technicznego i konsultacji telefonicznych co powoduje, że nie można ustalić, czy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia należy stosować przepisy dotyczące dostawy, czy usług i zweryfikować, czy Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy skład orzekający Izby stwierdził, że Zamawiający ma obowiązek odpowiedniego oszacowania przedmiotu zamówienia z podziałem na jego rodzaje (dostawy, usługi, roboty budowlane), porównanie ich wzajemnych proporcji i zastosowanie odpowiednich przepisów dotyczących ustalonego w ten sposób rodzaju zamówienia. Natomiast nie musi dokładnie opisywać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu, w jaki tego dokonał. Zamawiający, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (np. punkcie II.1.2) ogłoszenia opublikowanego w Dz.Urz. WE), jak i w tytule wyraźnie wskazał, że zamówienie jest dostawą, a więc wynika z tego, iż uznał, że dostawa jest w przedmiotowym zamówieniu częścią dominującą. W związku z tym skład orzekający Izby uznał przedmiotowy zarzut za niezasługujący na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezamieszczenie w treści specyfikacji istotnych dokładnych warunków zamówienia opisu usług w zakresie serwisu technicznego i konsultacji telefonicznych wskazanych w rozdziale II pkt I ppkt 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz błędne (niespójne) określenie w zestawieniu jednostek Zamawiającego stanowiącym załącznik do projektu umowy listy stanowisk dla poszczególnych wymaganych przez Zamawiającego baz wielostanowiskowych, co uniemożliwia prawidłowe określenie zakresu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji rzetelne skalkulowanie i obliczenie ceny skład orzekający Izby stwierdził, że przedmiotowy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

W rozdziale II podrozdział I pkt 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający opisał, iż jednym z elementów zamówienia jest „świadczenie w trakcie umowy:

- serwisu technicznego w siedzibie Zamawiającego oraz terenowych jednostkach organizacyjnych,
- konsultacji telefonicznych i porad dla użytkowników i administratorów,
- usuwanie błędów, wad, usterek w funkcjonowaniu programu SEIP w okresie obowiązywania umowy”. Natomiast w punkcie 1. lit. e) tego podrozdziału stwierdza, iż „instalacji baz dokona Zamawiający przy udziale przedstawicieli Wykonawcy, zgodnie z ich wskazówkami.”

Kolejnym postanowieniem dotyczącym obsługi systemu jest § 6 ust. 3 projektu umowy w brzmieniu: „Wykonawca w ramach gwarancji, jest zobowiązany do:

a) bezpłatnego usunięcia awarii funkcjonowania aplikacji obsługującej bazę danych, skuteczna reakcja zakończona usunięciem problemu lub uruchomieniem rozwiązania zastępczego, musi nastąpić w ciągu 48 godzin od dokonania zgłoszenia.

b) udzielania konsultacji telefonicznych w zakresie problemów z eksploatacją Systemu.”

Pomiędzy Stronami powstał również spór co do tego, czy postanowienia te dotyczą usług świadczonych w ramach gwarancji, czy też innego serwisu. Zdaniem składu orzekającego Izby z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika jednoznacznie, iż Zamawiający wymaga usług, które można nazwać „bieżącą obsługą systemu” i nie rozróżnia, czy serwis techniczny, konsultacje i usuwanie usterek wynikają z obowiązującej gwarancji, czy też usług świadczonych na podstawie innego postanowienia umowy: w ww. punkcie 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia serwis techniczny, konsultacje telefoniczne i usuwanie błędów stanowią całość wymagań, tak samo w § 6 ust. 3 projektu umowy usunięcie awarii połączono z telefonicznymi konsultacjami.

Zdaniem składu orzekającego Izby rozróżnienie to nie ma jednak istotnego znaczenia dla stwierdzenia faktu, iż zakres usług nie został dokładnie określony, a powyższy spór tylko ten fakt potwierdza. Skład orzekający Izby zauważył również, iż sam Zamawiający nie był w stanie określić, czy serwis techniczny obejmuje wyłącznie pierwszą instalację wszystkich baz i stanowisk po zawarciu umowy, czy też każdą pierwszą instalację na danym

stanowisku (po zmianie dostępu pomiędzy stanowiskami). Potwierdza to także fakt nieścisłości w zestawieniu baz i stanowisk SEIP w jednostkach Zamawiającego – skoro Zamawiający wymaga np. 4 baz, lecz liczbę stanowisk rozdysponował pomiędzy 2 bazy, prowadzi to do wniosku, że w trakcie realizacji umowy należało będzie dokonać zmiany instalacji tych stanowisk pomiędzy bazami.

Skład orzekający Izby stwierdza również, iż, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, trudno domniemywać, iż podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia godziny, w których można kontaktować się z przedstawicielami komisji przetargowej, należy uznać za wiążące dla usług serwisowych i konsultacji.

Podkreślenia wymaga fakt, iż podczas gdy usługa szkolenia pracowników została opisana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób szczegółowy, serwis techniczny i konsultacje telefoniczne opisano w sposób ogólnikowy.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nakazuje dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez sprecyzowanie wymogów dotyczących warunków korzystania z ww. usług serwisowych i konsultacji.

Skład orzekający Izby stwierdził jednocześnie, iż w „Zestawieniu jednostek Zamawiającego wraz z wykazem baz i stanowisk SEIP” rzeczywiście nie rozdzielono stanowisk pomiędzy wszystkie bazy, ale kwestia pozostawienia „pustych” baz, tj. bez przydzielenia stanowisk jest prawem Zamawiającego, natomiast nie musi wpływać na wycenę poszczególnych licencji. Zamawiający w „Formularzu cenowym” wymaga podania ceny zbiorczej dla 1875 stanowisk, jak również ceny (zbiorczej) dla miesięcznej aktualizacji, wobec czego sposób sporządzenia wykazu stanowisk nie ma wpływu na wyliczenie ceny oferty.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe wskazanie sposobu obliczenia ceny na skutek niezamieszczenia w druku oferty pozycji dla wskazania ceny usług szkolenia oraz serwisu technicznego i konsultacji telefonicznych, co

uniemożliwia prawidłowe złożenie oferty wskutek niemożności prawidłowego skalkulowania ceny, w tym prawidłowego określenia stawki VAT skład orzekający Izby stwierdził, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca został zobowiązany do wycenienia całości przedmiotu zamówienia, Zamawiający będzie również oceniał globalną cenę oferty. Natomiast nie ma przeszkód, by Zamawiający żądał wliczenia usług związanych de facto z „obsługą” licencji w jej cenę. Ze względu na konstrukcję formularza cenowego nie przeszkadza to także zastosowaniu prawidłowych stawek VAT – zwłaszcza po określeniu przez Zamawiającego w sposób bardziej szczegółowy zakresu wymaganych usług.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 142 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez takie sformułowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w rzeczywistości wskazują, że umowa ma być zawarta na czas nieokreślony skład orzekający Izby stwierdził, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyraźnie określają okres realizacji umowy. Natomiast § 2 ust. 6, zwłaszcza w świetle § 1 projektu umowy w sposób wyraźny odnosi się do „systemu” dostarczonego i zainstalowanego w siedzibie Zamawiającego, a nie dostępnego on-line. Zatem powyższy zarzut się nie potwierdził.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie, że jedynym kryterium wyboru oferty jest cena, podczas gdy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały ustalone wymagania dotyczące funkcjonalności systemu oraz wskazane konkretne rozwiązania funkcjonalne wymagane od tego systemu, zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Skład orzekający Izby stwierdził, iż Zamawiający ma prawo określenia kryterium oceny ofert, jak również wymagań, które oferowany przedmiot zamówienia musi spełnić. Jak słusznie zauważył Zamawiający funkcjonalność przedmiotu zamówienia wymagana bezwzględnie w ramach opisu przedmiotu zamówienia i której niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

jest czym innym niż funkcjonalność będąca kryterium oceny ofert, w ramach której Zamawiający dopuszcza różne możliwe opcje, a najbardziej lub najmniej pożądanym przyznaje odpowiednio większą lub mniejszą ilość punktów.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisów wskazujących na preferowanie przez Zamawiającego konkretnego wykonawcy oraz utrudnienie innym uczestnikom możliwości pozyskania zamówienia zarzut ten nie potwierdził się.

Przepis art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ma zastosowanie wyłącznie do warunków udziału w postępowaniu dotyczących podmiotowej kwalifikacji wykonawców, a więc kwestii odmiennej od opisanych zarzutów. Odwołujący nie wykazał również, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia rzeczywiście została sporządzona w sposób wskazujący na jednego wykonawcę i utrudniający Odwołującemu udział w postępowaniu. Z oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy można domniemywać raczej, iż pomiędzy Stronami istnieje rozbieżność co do samego rozumienia interpretowanych pojęć, którą można usunąć poprzez zastosowanie instytucji przewidzianej w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....