

Sygn. akt KIO 1251/10

WYROK
z dnia 2 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 czerwca 2010 r. przez **Yamiyo Sp. z o.o., ul. Lea 114, 30-133 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Miejska Kraków, Pl. Wszystkich Świętych 3/4, 31-004 Kraków**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ComArch S.A. (pełnomocnik konsorcjum), 2. Silvermedia Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Yamiyo Sp. z o.o., ul. Lea 114, 30-133 Kraków** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Yamiyo Sp. z o.o., ul. Lea 114, 30-133 Kraków** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **660 zł 00 gr** (słownie: sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Yamiyo Sp. z o.o., ul. Lea 114, 30-133 Kraków** na rzecz **Miasta Kraków, Pl. Wszystkich Świętych 3/4, 31-004 Kraków**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

Odwołanie [pismo z dnia 18 czerwca 2010 r.] zostało wniesione przez wykonawcę - Yamiyo sp. z o.o. z Krakowa [Odwołujący] w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym – na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. nr 113, poz. 759), [dalej ustawa PZP] w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę i wdrożenie dedykowanego systemu informatycznego dla świadczenia nowoczesnych usług administracji samorządowej w Krakowie - współfinansowanego ze środków Mechanizmu Finansowego Europejskiego Obszaru Gospodarczego" od niezgodnej – zdaniem wykonawcy - z przepisami ustawy czynności Zamawiającego – Gminę Miejską Kraków, polegającej na:

1. udzieleniu w dniu 11 czerwca 2010 roku odpowiedzi do SIWZ - które to odpowiedzi są sprzeczne w stosunku do SIWZ do wcześniejszych odpowiedzi;
2. uchylaniu się od odpowiedzi oraz udzielaniu niejasnych odpowiedzi uniemożliwiających przygotowanie oferty cenowej zakresie ceny;
3. zaniechaniu udzielenia odpowiedzi na pytania Wykonawcy;
4. zaniechaniu czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. opracowania zmodyfikowanego, jednolitego przedmiotu zamówienia (załącznika nr 1 do SIWZ);
5. zaniechaniu przedłużenia terminu składania ofert.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiającemu tym samym naruszył: (1)art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, (2)art. 38 ust. 4 ustawy poprzez nieprzekazanie zmienionej treści SIWZ,(3)art. 38 ust. 6 Ustawy poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, pomimo iż dokonano zmiany SIWZ w wyniku której niezbędny jest dodatkowy czas do wprowadzenia zmian w ofertach, oraz (4)art. 29 i 30 Ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do SIWZ w sposób zawierający techniczne sprzeczności, a także (5) art. 38 ust. 1 ustawy, poprzez uchylanie się od udzielania odpowiedzi oraz poprzez zaniechanie udzielenia odpowiedzi.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu opracowanie nowego załącznika nr 1 do SIWZ, w sposób jednoznacznie określający przedmiot zamówienia bez technicznych sprzeczności oraz udzielenie odpowiedzi do SIWZ w zakresie, w jakim Zamawiający zaniechał

tę. W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że w dniu 11 czerwca 2010 roku Wykonawca zapoznał się z odpowiedziami na pytania do SIWZ opublikowanymi przez Zamawiającego na stronie www.krakow.pl. Po przeanalizowaniu pytań z dnia 11 czerwca Wykonawca stwierdził sprzeczności w SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia oraz uchylał się od wyjaśnień przedmiotu zamówienia utrudniającego zasady równego traktowania wykonawców.

Powyższe dotyczy:

I. sprzeczności w przedmiocie zamówienia, wynikających z:

- 1) odpowiedzi na pytanie nr 10 dotyczące zakresu poziomu integracji przedmiotu zamówienia z portalem <http://planet.um.krakow.pl/umk/>, w której Zamawiający odsyła do odpowiedzi nr 15 z dnia 02.06.2010 - całkowicie zapominając, że w odpowiedzi nr 13 z dnia 02.06.2010 dotyczącej integracji z portalem <http://planet.um.krakow.pl/umk/odpowiedzial>, że nie będzie wymagana taka integracja. Wobec takich odpowiedzi Zamawiającego dotyczących bardzo istotnego elementu przedmiotu zamówienia ze względów technologicznych oraz kosztotwórczych Wykonawca nie jest w stanie określić, czy ostatecznie taka integracja z portalem: <http://planet.um.krakow.pl/umk/> ma być wykonana czy też nie;
- 2) odpowiedzi nr 3 zadane przez wykonawcę III oraz odpowiedzi na pytanie nr 14 oraz 18 zadane przez wykonawcę IV dotyczących zakresu obsługi wniosków elektronicznych. Zdaniem Odwołującego analizując odpowiedzi na pytania Wykonawca w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 3 uzyskuje informacje (a raczej jej nie uzyskuje), że obsługa wniosków elektronicznych będzie przedmiotem analizy przedwdrożeniowej; by następnie w odpowiedziach na pytania 14 oraz 18 uzyskać bardzo jasną i klarowną informację, że w zakresie obsługi wniosków elektronicznych Zamawiający będzie wymagał wykorzystania ogólnopolskiego portalu e-PUAP. Wobec takich wyjaśnień Wykonawca nie wie, które wyjaśnienia są wiążące dla Zamawiającego a może Wykonawca ma przedstawić ofertę wariantową. Takie wyjaśnienia mogą spowodować odrzucenie oferty wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ - na skutek sprzecznych odpowiedzi samego Zamawiającego.
- 3) odpowiedzi na pytanie 18 wykonawcy IV, że należy użyć e-PUAP do wypełniania wniosku, natomiast w odpowiedzi na pytanie 8 wykonawcy II, że system musi umożliwiać wykorzystanie do podpisywania wniosków podpisu niekwalifikowanego. System e-PUAP nie daje takiej możliwości, gdyż obsługuje

tylko podpis kwalifikowany i w związku z tym odpowiedzi te są ze sobą sprzeczne a przedmiot umowy jest nierealizowalny;

Odpowiedź: Zamawiający wymaga możliwości podpisywania wniosków zarówno bezpiecznym podpisem elektronicznym kwalifikowanym jak i niekwalifikowanym, przy czym system powinien rozróżniać te podpisy.

Zdaniem Odwołującego, w pierwszym zdaniu Zamawiający deklaruje, że zapewni integrację, a w drugim, zastrzega, że jednak istnieje możliwość, że Zamawiający może jej nie zapewnić, albowiem w odpowiedzi Zamawiający stwierdza, że zapewni realizację integracji przez wykonawców istniejących systemów pod warunkiem zaakceptowania przez Zamawiającego podczas analizy przedwdrożeniowej sposobu integracji. W przypadku, gdyby Zamawiający nie zapewnił realizacji tych integracji dopuszcza on możliwość ustalenia innego sposobu odbioru. Zamawiający zastrzega sobie prawo do konsultowania sposobu integracji z autorami i opiekunami systemów działających u Zamawiającego, przed jej zatwierdzeniem.

II. uchylania się od czytelnej odpowiedzi, w zakresie odpowiedzi na pytania nr: 3,4, 5, oraz zadane przez wykonawcę II, oraz pytania 29, 30, 31, 32 zadane przez wykonawcę IV, albowiem w tych odpowiedziach Zamawiający stwierdził, że określenie szczegółowego zakresu i formatu danych jest przedmiotem pierwszego etapu prac - „Analiza przedwdrożeniowa. Zdaniem Odwołującego, to na etapie składania oferty wykonawca powinien uzyskać na tyle jasne odpowiedzi, żeby mógł przygotować odpowiednią ofertę cenową w przedmiotowym postępowaniu. Takie odsunięcie w czasie odpowiedzi na pytania przez Zamawiającego stanowią zagrożenia dla Wykonawcy, że jego oferta zostanie niedoszacowana poprzez zaniechanie udzielenia rzetelnych i klarownych wyjaśnień.

III. zarzut braku odpowiedzi na pytania Wykonawcy, w zakresie pytań zadanych w dniu 26.05.2010 wykonawca złożył pytania w przedmiotowym postępowaniu i do dnia dzisiejszego nie otrzymał odpowiedzi na pytania.

IV. zarzut w zakresie nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez kilkukrotne modyfikacje załącznika nr 1 do SIWZ, modyfikacje do modyfikacji oraz modyfikacje do odpowiedzi na pytania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w dniu 11.06.2010 na podstawie art. 38 ust. 4 (ostatnia strona z odpowiedziami) dokonał zmian w załączniku nr 1 do SIWZ oraz dodatkowo dokonał zmian w odpowiedzi na pytania nr 23 oraz 24 z dnia 02.06.2010. Przy takim działaniu Zamawiającego tj. jednoczesnych modyfikacjach

załącznika nr 1 (opisującego przedmiot zamówienia) oraz modyfikacjach do wcześniejszych odpowiedzi Wykonawca znajduje się w całkowitej niejasności w zakresie przedmiotu zamówienia. Powyższe stwierdzenia potwierdzają słuszność zarzutu dotyczącego niejasności i nieprecyzyjności w określeniu przedmiotu zamówienia oraz pokazują, że przedmiot zamówienia (tj. załącznik nr 1 do SIWZ) powinien zostać na nowo przygotowany przez Zamawiającego w celu zachowania zasad uczciwej konkurencji. Ponadto Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 36 wykonawcy I oraz pytanie 13 wykonawcy IV, określając parametry, których do tej pory nie było w SIWZ i nie dokonał przy tym stosownej modyfikacji SIWZ. Wszystkie powyższe zarzuty – zdaniem Odwołującego – jasno potwierdzają, że Zamawiający powinien przygotować na nowo załącznik nr 1 do SIWZ gdyż jest on określony w sposób niejasny oraz znajduje się w nim szereg sprzeczności, które uniemożliwiają złożenie oferty oraz późniejszą realizację umowy.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło dwóch wykonawców. Wykonawca – ComArch S.A. (lider konsorcjum) i Silvermedia sp. z o.o.[członek konsorcjum] z Krakowa – po stronie Odwołującego [pismo z dnia 24 czerwca 2010 r.], zwany dalej Przystępujący ComArch, oraz Wykonawca - JCommerce S.A. z Krakowa – po stronie Zamawiającego, zwany dalej Przystępujący JCommerce.

Przystępujący po stronie Odwołującego stwierdził, że odwołanie jest zasadne albowiem wskazane w odwołaniu postanowienia SIWZ oraz fakt nieudzielenia wystarczających do sporządzenia oferty odpowiedzi naruszają wskazane w odwołaniu przepisy ustawy PZP, co może uniemożliwić w przyszłości zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przystępujący mógłby się ubiegać o to zamówienie, gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy PZP.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania w zakresie naruszenia przepisu art.38 ust.6 ustawy PZP oraz w zakresie - zaniechania przedłużenia terminu składania ofert. W uzasadnieniu stwierdził, że ze względu na fakt, iż to oferta JCommerce złożona w przedmiotowym postępowaniu ma najkorzystniejszą cenę, interes prawny JCommerce w przystąpieniu po stronie Zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez Odwołującego jest niewątpliwy. Oddalenie odwołania skutkuje bowiem możliwością realizacji zamówienia przez JCommerce zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Podał także, że w dniu 22.06.2010, po otwarciu ofert w

przedmiotowym postępowaniu do JCommerce wpłynęła informacja o odwołaniu wniesionym do Prezesa KIO przez Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m.in. zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, pomimo iż w opinii Odwołującego zmiana dokonana w SIWZ spowodowała konieczność dodatkowego niezbędnego czasu do wprowadzania zmian w ofertach. Należy zauważyć, że Ustawa PZP nie precyzuje pojęcia „dodatkowego niezbędnego czasu do wprowadzania zmian w ofertach”. Wobec faktu, iż w postępowaniu złożonych zostało 7 ofert należy uznać, że czas na wprowadzenie niezbędnych zmian do ofert był wystarczający i przedłużanie terminu składania ofert nie było konieczne. Ponadto w odniesieniu do zarzutu nr 4 odwołujący domaga się opracowania nowego załącznika nr 1 do SIWZ, w sposób jednoznaczny określający przedmiot zamówienia, (tu należy nadmienić, że załącznikiem nr 1 do SIWZ był formularz ofertowy, który nie zawiera szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia) podczas gdy Ustawa określa jedynie, (Art. 38. ust.4): „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji Zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej i zamieszczana także na tej stronie.” Zdaniem JCommerce zmiany zostały przekazane wyraźnie w pismach zawierających odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczących zapisów w SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia zaś zawarty był w załączniku nr 1 do wzoru umowy, który to z kolei był załącznikiem nr 6 do SIWZ, więc tym bardziej Zamawiający w przypadku przedmiotowego postępowania nie miał ustawowego obowiązku opracowywania nowego dokumentu.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący zarzucając naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w treści odwołania nie uzasadnił w żaden sposób podniesionego zarzutu. Nie wskazał ponadto czynności Zamawiającego których ten zarzut dotyczy, stwierdzając tylko, iż „przedmiot zamówienia (tj. załącznik nr 1 do siwz) powinien zostać na nowo przygotowany przez Zamawiającego w celu zachowania uczciwej konkurencji”. Zamawiający podkreślił, iż żadna z jego czynności podjętych w niniejszym postępowaniu nie nosi znamion czynności naruszającej uczciwą konkurencję i równe traktowanie. Wręcz przeciwnie, wszystkie czynności Zamawiającego zostały podjęte w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawnymi, przy zachowaniu

szczególnej ostrożności. Świadczy o tym, zdaniem Zamawiającego, fakt, iż każde wyjaśnienie treści siwz oraz każda jej zmiana były niezwłocznie przekazywane wszystkim wykonawcom, którzy ujawnili zamiar ubiegania się o niniejsze zamówienie. Ustawa natomiast nakazuje Zamawiającemu czynić mniej tj. powiadamiać jedynie Wykonawców, którym przekazał siwz oraz zamieścić w/w informacje na stronie internetowej. Ponadto przedmiot zamówienia został określony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 38 ust. 4 ustawy poprzez nieprzekazanie zmienionej treści siwz oraz „zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. opracowania zmodyfikowanego, jednolitego przedmiotu zamówienia (załącznika nr 1 do siwz)" Zamawiający stwierdził, że wszystkie informacje były każdorazowo przekazane każdemu z ujawnionych w postępowaniu Wykonawców oraz zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego, co wynika z dokumentacji postępowania, w tym z potwierdzenia odbioru każdego wyjaśnienia siwz i każdej jej zmiany przez wszystkich w/w Wykonawców, w tym także Odwołującego. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że art. 38 ust. 4 ustawy nakazuje przekazanie: „dokonanej zmiany siwz" - co Zamawiający niewątpliwie uczynił - nie zaś, na co wskazuje Odwołujący, „zmodyfikowane opracowanie". Podkreślił, że żaden z przepisów ustawy, czy też rozporządzeń wykonawczych, nie nakłada na Zamawiającego obowiązku tworzenia tekstów jednolitych siwz, uwzględniających dokonane przez Zamawiającego zmiany.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 38 ust 6 ustawy poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, pomimo iż dokonano zmiany siwz w wyniku której niezbędny jest dodatkowy czas do wprowadzenia zmian w ofertach Zamawiającym stwierdził, że ustawa nie wymaga przedłużenia terminu w każdym wypadku, gdy Zamawiający dokonuje zmiany siwz, ale tylko wtedy, gdy ten czas jest niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach. Pojęcie „niezbędny dodatkowy czas" nie jest pojęciem zdefiniowanym w ustawie, a co więcej ma charakter ocenny. Zamawiający - jeszcze przed dokonaniem zmian siwz i udzieleniem odpowiedzi na pytania Wykonawców w „odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 11 czerwca 2010 r." - przeanalizował charakter tych zmian i uznał, że zapewnienie Wykonawcom dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian do ofert nie jest niezbędne. Stwierdził bowiem, iż skoro otwarcie ofert nastąpi dopiero za 10 dni tj. 21 czerwca 2010 r., Wykonawcy mają czas wystarczający do uwzględnienia wszystkich zmian specyfikacji w swoich ofertach. Stwierdził także, że ocena

Zamawiającego była w pełni uzasadniona, racjonalna słuszna, gdyż w niniejszym postępowaniu oferty złożyło aż 7 wykonawców (w tym 2 konsorcja).

Odnosząc się do zarzutu, naruszenia art. 29 i 30 ustawy poprzez określenie przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do siwz w sposób zawierający techniczne sprzeczności" w związku odpowiedzią na pytania wykonawców zawartą w piśmie z dnia 11 czerwca 2010 r., Zamawiający stwierdził, że modyfikacja siwz usunęła wymóg integracji z portalem. Podał także, że oczekuje wykorzystania e-PUAP, co jednak nie oznacza, że weryfikacja tożsamości nie może być przedmiotem analizy przedwdrożeniowej. Zgodnie z zasadami sztuki opisanie sposobu weryfikacji tożsamości powinno być w każdym przypadku przedmiotem analizy przedwdrożeniowej. Opis ten powinien zostać przedstawiony w dokumencie analizy. Podkreślił także, że Wykonawca nie ma możliwości złożenia oferty wariantowej, co Zamawiający wskazał, już w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz. Jednocześnie przyznał, że e-PUAP nie oferuje możliwości pełnej obsługi podpisu niekwalifikowanego, jednakże e-PUAP nie jest systemem Zamawiającego. Stwierdza, że Zamawiający nie zdefiniował zakresu obsługi podpisu niekwalifikowanego pozostawiając to rozstrzygnięcie na etap analizy przedwdrożeniowej zastrzegając sobie jedynie możliwość rozróżniania tych podpisów przez stworzony na zamówienie system. W szczególności dopuszczalna jest obsługa polegająca wyłącznie na informowaniu dlaczego podpis nic może być wykorzystany (czyli na odrzucaniu wniosków). Wskazał także, że Zamawiający zapewni realizację integracji przez Wykonawców istniejących systemów. W przypadku, gdyby integracja okazała się niemożliwa z przyczyn obiektywnych lub nieleżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający dopuści inny sposób odbioru rozwiązań integracyjnych (np. sprawdzenie zgodności proponowanych rozwiązań z przyjętymi standardami.).

Odnosząc się do zarzutu, naruszenia przepisu art. 38 ust 1 ustawy, poprzez uchylanie się od udzielenia odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że przedmiotem zamówienia jest w 1 etapie „Analiza przedwdrożeniowa" w wyniku której Zamawiający winien otrzymać od Wykonawcy dane niezbędne dla realizacji dalszych etapów projektu. Wykonanie analizy przedwdrożeniowej stanowi niezbędny etap realizacji zamówienia, gdyż tylko przeprowadzenie rzetelnych analiz, a następnie uzyskanie przez Wykonawcę akceptacji Zamawiającego dla powstałych w ich oparciu rozwiązań, warunkuje realizację projektu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przy uwzględnieniu otoczenia przedsięwzięcia. Odwołanie się przez Zamawiającego do „Analizy przedwdrożeniowej w/w odpowiedziach nie jest ze strony Zamawiającego uchylaniem się od odpowiedzi na pytania Wykonawcy, a jedynie

wskazaniem właściwego etapu przedsięwzięcia na którym w/w problemy winny być rozstrzygnięte. Zamawiający stwierdził także, że otrzymał 13 wniosków o wyjaśnienie treści siwz, z czego tylko 6 wniosków wpłynęło do Zamawiającego w przewidzianym art. 38 ust. 1 ustawy terminie. Większość z w/w wniosków była przy tym bardzo obszerna - zawierały one od co najmniej kilku do kilkudziesięciu pytań. Na potwierdzenie tego stanowiska przedstawił zbiorcze zestawienie wniosków wraz z terminem ich wpływu, liczbą zadanych pytań i datą odpowiedzi Zamawiającego (załącznik do odpowiedzi). Zamawiający udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania zadane w terminie przewidzianym w art. 38 ust. 1 ustawy. Zważywszy na liczbę pytań zadawanych po upływie terminu, pokrywanie się zakresu przedmiotowego znacznej liczby tych pytań z pytaniami, które wpłynęły w terminie ustawowym (a na które Zamawiający już udzielił odpowiedzi) oraz przedłużenie terminu składania ofert aż o 10 dni, Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 1a pozostawił bez rozpoznania wnioski o wyjaśnienie treści siwz, które wpłynęły po wyżej wskazanym terminie. Zamawiający zatem nie naruszył przepisu art. 38 ust. 1 ustawy tj. nie „zaniechał udzielenia odpowiedzi na pytania Wykonawcy”. Także wniosek Odwołującego, który wpłynął dopiero w dniu 26 maja 2010 r. tj. po upływie terminu składania wniosku, pozostał bez formalnej odpowiedzi. Art. 38 ust. 1 ustawy stwierdza bowiem: „Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie (...) pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści siwz wpłynął do Zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.”

Odnosząc się do zarzutu „nieprecyzyjnie opisanego przedmiotu zamówienia poprzez kilkukrotne modyfikacje załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał na przepis art. 38 ust. 4 ustawy, który stanowi, iż: „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść siwz”. Ustawodawca nie ogranicza w żaden sposób Zamawiającego co do sposobu dokonywania zmian. Wskazuje jedynie, że może ich dokonać w uzasadnionych przypadkach oraz przed upływem terminu składania ofert; Powyższy przepis ustawy pozwala zatem Zamawiającemu na dokonanie, z własnej inicjatywy zmian, kiedy spostrzeże, że zapisy siwz nie odpowiadają w pełni jego zamierzeniom (nie oddają jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały), albo w wyniku zadanych pytań. Zamawiający skorzystał zatem w niniejszym postępowaniu wyłącznie z uprawnień, które zawarte są w w/w przepisie. Przy czym należy zauważyć, że trudno mówić tutaj o tworze jakim są „modyfikacje do modyfikacji”. Zamawiający przekazuje każdą zmianę siwz Wykonawcom. Wówczas staje się ona nierozłączną częścią siwz.

Zatem dokonanie kolejnej zmiany pozostaje tylko i wyłącznie zwykłą zmianą siwz. Zamawiający dochował należytej staranności i o każdej zmianie informował Wykonawców ujawnionych w niniejszym postępowaniu wskazując wyraźnie jakie części siwz i w jakim zakresie ulegają zmianom. Profesjonalny Wykonawca nie powinien mieć problemu z zapoznawaniem się z przekazanymi zmianami i wyjaśnieniami.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego, że: udzielił odpowiedzi na pytanie 36 Wykonawcy I oraz pytanie 13 Wykonawcy IV, określając parametry, których do tej pory nie było w SIWZ i nie dokonał przy tym stosownej modyfikacji siwz, Zamawiający stwierdził, że w w/w odpowiedziach nie wskazał żadnych, konkretnych parametrów, które winny być wprowadzone do siwz. Odpowiedzi te miały wyłącznie na celu wyjaśnienie opisu przedmiotu zamówienia.

W konkluzji Zamawiający stwierdził, że postępowanie zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy, z poszanowaniem obowiązujących przepisów, w tym w szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niebudzący wątpliwości tj. jednoznaczny, wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wszelkie wątpliwości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zostały wyjaśnione na etapie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców oraz poprzez dokonanie stosownych zmian w opisie przedmiotu zamówienia. Złożenie oferty w niniejszym postępowaniu, a co za tym idzie późniejsze wykonanie zawartej umowy jest możliwe do zrealizowania co potwierdza fakt, że oferty złożyło 7 Wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując niniejszą sprawę ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu, albowiem zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego art. 7 ust.1, art. 29 i 30 oraz art. 38 ust.1, ust.4 i ust.6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759)[dalej ustawa PZP], zdaniem Izby są niezasadne.

Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie uzasadnił tego zarzutu, poprzez podanie czynności, których zamawiający dokonał, bądź, których zaniechał. Przede wszystkim KIO nie stwierdziła, aby Zamawiający przekazywał Odwołującemu wyjaśnienia (odpowiedzi i modyfikacje) do specyfikacji w inny sposób niż pozostałym wykonawcom, czy też z pominięciem Odwołującego. Zdaniem Izby, naruszenia wskazanych zasad nie można wprost wywodzić z przepisów art. 38 ust. 1, ust.4 i ust.6, oraz art. 29 i 30 ustawy PZP, których to naruszenie Odwołujący wskazuje w odwołaniu.

Izba, rozpatrując zarzut naruszenia art. 29 i art. 30 ustawy PZP w zw. z art. 38 ust.1 ustawy PZP stwierdziła, że zarzut dotyczący określenia przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do siwz w sposób zawierający techniczne sprzeczności, nie zasługuje na uwzględnienie. Zatem także żądanie Odwołującego nakazania Zamawiającemu opracowania nowego załącznika nr 1 do SIWZ, w sposób jednoznacznie określający przedmiot zamówienia bez technicznych sprzeczności, nie znajduje uzasadnienia. Przede wszystkim KIO uznała, iż Odwołujący takich technicznych sprzeczności nie udowodnił. W tym przypadku Izba brała pod uwagę, iż w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający (pkt3 załącznika1)wskazał wymagania dotyczące wdrożenia systemu, podając między innymi, że pierwszym etapem będzie analiza przedwdrożeniowa. Wbrew twierdzeniom Odwołującego – postanowień pkt 4 nie można rozumieć tylko w ten sposób, że ta analiza ma odnosić się tylko do uszczegółowienia wymagań już istniejących. Izba zauważyła, że Odwołujący przyznał w toku rozprawy, że takie brzmienie pkt 4 nie wynika wprost ze specyfikacji. W tym przypadku Izba zwraca uwagę, że przedmiotem tego zamówienia jest budowa i wdrożenie dedykowanego systemu informatycznego dla świadczenia nowoczesnych usług administracji samorządowej w Krakowie, a nie modernizacja systemu już istniejącego, czy jego rozbudowa. Izba stwierdza także, że w wyniku modyfikacji siwz usunięty został wymóg integracji z portalem. Izba podzieliła także pogląd Zamawiającego, że opisanie sposobu weryfikacji tożsamości może być w każdym przypadku przedmiotem analizy przedwdrożeniowej. Izba zgodziła się także ze stanowiskiem Zamawiającego, że Zamawiający nie zdefiniował zakresu obsługi podpisu niekwalifikowanego, pozostawiając rozstrzygnięcie tej kwestii na etapie analizy przedwdrożeniowej, zastrzegając sobie jedynie możliwość rozróżniania tych podpisów przez system, stworzony przez wykonawcę, któremu zostanie udzielone zamówienie w wyniku tego przetargu. Izba stwierdza także, że z udzielanych odpowiedzi jednoznacznie wynika, że Zamawiający zapewni realizację

integracji przez wykonawców istniejących systemów i w przypadku, gdyby integracja okazała się niemożliwa z przyczyn obiektywnych lub nieleżących po stronie wykonawcy, oraz Zamawiający dopuści inny sposób odbioru rozwiązań integracyjnych (np. sprawdzenie zgodności proponowanych rozwiązań z przyjętymi standardami).

Izba stwierdza także, że przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego obowiązku przekazywania wykonawcom jednolitych tekstów siwz, uwzględniających dokonane przez Zamawiającego zmiany, stąd żądanie nakazanie Zamawiającemu opracowanie nowego załącznika nr 1 do SIWZ nie może być uznane za zasadne.

Także zarzuty dotyczące naruszenia art. 38 ust.1 oraz art.38 ust.4 i art. 38 ust.6 ustawy PZP, nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący zaniechania odpowiedzi na pytania wykonawcy podlega oddaleniu, albowiem w tym postępowaniu termin na zgłaszanie pytań upływał w dniu 23 maja 2010 r. Jak podał wykonawca pytania zostały złożone w dniu 26 maja 2010 r. Izba ustaliła także, iż termin składania ofert ustalony był pierwotnie na dzień 10 czerwca 2010 r. Zgodnie z art.38 ust.1 pkt 1 ustawy PZP, który w niniejszej sprawie ma zastosowanie, Zamawiający obowiązany jest udzielić wyjaśnień nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, o ile wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęły do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Z ustaleń wynika, iż postępowanie zostało wszczęte w dniu 05 maja 2010 r. Tym samym brak odpowiedzi na pytania z dnia 26 maja 2010 r. nie skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art.38 ust.1 ustawy PZP.

Izba stwierdza także, że zarzut Odwołującego, co do naruszenia art. 38 ust.1 ustawy PZP dotyczy także dalszych pytań i wniosków, które zostały również wniesione po terminie. W pozostałym zakresie ma także zastosowanie przepis art. 38 ust. 1a ustawy PZP, który uprawnia zamawiającego do pozostawienia bez rozpoznania wniosków o wyjaśnienie treści, siwz, które wpłynęły z przekroczeniem ustawowego terminu.

Także zarzut naruszenia przepisu art. 38 ust 1 ustawy, poprzez uchylanie się od udzielenia odpowiedzi Izba uznała za bezzasadny. Tak jak wyżej ustaliła Izba, w załączniku nr 1 zostały podane wymagania dotyczące wdrożenia systemu, min.

wskazano, że pierwszym etapem będzie analiza przedwdrożeniowa. To oznacza, iż zgodnie z założeniami realizacyjnymi projektu na tym etapie, Zamawiający otrzyma od wykonawcy umowy, dane niezbędne dla realizacji dalszych etapów projektu. Odwoływanie się, zatem przez Zamawiającego do analizy przedwdrożeniowej w odpowiedziach nie jest ze strony Zamawiającego uchylaniem się od odpowiedzi na pytania Wykonawcy, a jedynie wskazaniem właściwego etapu przedsięwzięcia, na którym dane problemy będą rozstrzygnięte.

Także zarzut naruszenia art. 38 ust.4 ustawy PZP nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Izby, odpowiedź na pytanie 36 i pytanie 13 nie prowadziła do zmiany treści specyfikacji. W odpowiedziach tych Zamawiający nie wskazał konkretnych parametrów, podał tylko zdaniem Izby – odpowiednio-, jakie dane będą dostarczone przez Zamawiającego oraz jakie czynności mogą wchodzić w zakres asysty.

Także zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 ustawy poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, podlega oddaleniu. Przede wszystkim Izba stwierdza, że nie w każdym przypadku dokonanie zmiany siwz, skutkuje obowiązkiem przedłużenia terminu składania ofert. Przedłużenie terminu następuje tylko wtedy, gdy ten czas jest niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach. Izba podziela pogląd Zamawiającego, że pojęcie „niezbędny dodatkowy czas” nie jest pojęciem zdefiniowanym w ustawie, a zatem ma charakter ocenny. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w dniu 2 czerwca 2010 r. przedłużył termin składania ofert z dnia 10 czerwca 2010 r. na 20 czerwiec 2010 r. Odwołujący nie udowodnił, że wyjaśnienia i zmiany w specyfikacji, o których mowa w stanowisku Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2010 r. uniemożliwiły wykonawcom ich uwzględnienie w ofertach składanych w dniu 20 czerwca 2010 r.

KIO stwierdza także, że wobec uwzględnienia opozycji Odwołującego przeciw przystąpieniu Wykonawcy - JCommerce S.A. z Krakowa do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wykonawca ten nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Mając powyższe ustalenia faktyczne i prawne na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy PZP, uwzględniając § 3 pkt 2 lit.b

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania(Dz. U. nr 41, poz. 236).

Przewodnicząca

.....

Skład orzekający Izby:

.....