

WYROK

z dnia 23 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2012 r.

przez wykonawcę: **ACSYS-BSC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności: unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty ACSYS-BSC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Skarb Państwa – Komendę Główną Policji w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: ACSYS-BSC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 zasądza od zamawiającego: Skarbu Państwa – Komendy Głównej Policji w Warszawie na rzecz odwołującego: ACSYS-BSC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę oprogramowania służącego do analizy kryminalnej wraz ze wsparciem technicznym* (oznaczenie sprawy 142/BŁil/12/AL).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 5 września 2012 r. pod nr 2012/S_170-281367, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.policja.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.975.609, 76 zł, co stanowi równowartość 989.056,07 euro.

8 listopada 2012 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu: ACSYS-BSC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie datowane na 31 sierpnia 2012 r. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp w związku z odrzuceniem jedynej złożonej oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

12 listopada 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący odniósł się do trzech grup okoliczności wskazanych przez Zamawiającego jako uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią s.i.w.z.

Ad. 1.

*Zamawiający oczekiwał aktualizacji obecnie posiadanego oprogramowania iBase User Basic v. 5.0.5 do oprogramowania IBM i2 IBase User **Basic** v. 8.9.1 lub nowszego. Wykonawca zaoferował oprogramowanie IBM i2 iBase User v. 8,9.1. Wykonawca w złożonych w tym zakresie wyjaśnieniach potwierdził jedynie, że oferuje oprogramowanie w wersji 8.9.1. Wykonawca zaoferował oprogramowanie inne niż zostało wskazane w SIWZ. W związku z tym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, ponieważ oferowane oprogramowanie*

nie jest zgodne z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wskazał w jakim zakresie oferowane oprogramowanie nie odpowiada jednemu z dwóch różnych wariantów określenia przedmiotu umowy wskazanych w SIWZ (w załączniku nr 1 do umowy). Odwołujący wyjaśnił, że wersja iBase User Basic 5.0.5, o której mowa jest jedynie w wariantcie I, obsługiwała tylko silnik bazy danych MS Access i została w 2010 r. wycofana ze sprzedaży przez jedyne go producenta, który zastąpił ją wersją iBase User. Biorąc pod uwagę prawa autorskie producenta i jego stanowisko w tej sprawie, jest wykluczone, aby wariant I w ogóle był możliwy do zgodnego z prawem zrealizowania przez jakiegokolwiek wykonawcę. Aktualnie sprzedawana wersja iBase User posiada pełną funkcjonalność dostępną w wersji iBase User Basic, rozszerzoną o nową funkcjonalność, wynikającą z realizowanej koncepcji rozwoju produktu. Kolejne wersje oprogramowania iBase User posiadają dodatkowo obsługę silnika bazodanowego MS SQL Server, jak również zostały uzupełnione o polską wersję językową zbiorów pomocy. Odwołujący podsumował, że zaoferował dostawę wersji 8.9.1 oprogramowania udostępnionego przez aktualnego właściciela, firmę IBM, jako najnowszej wersji dostępnej na rynku polskim – odpowiednio do wymogów wariantu II przedmiotu zamówienia.

Ad. 2

*Oferowane oprogramowanie (w wersji 8.9.1) zostało wydane w maju 2012 r. W związku z powyższym przedmiotowe oprogramowanie nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego, aby oferowane oprogramowanie było wdrożone i wykorzystywane przez co najmniej trzy służby porządku publicznego w Polsce oraz w co najmniej w pięciu krajach europejskich **od co najmniej dwóch lat**. W związku z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, ponieważ oferowane oprogramowanie nie spełnia warunku postawionego w SIWZ.*

Odwołujący zakładał, że Zamawiający – wiedząc, kiedy jednoznacznie oczekiwana przez niego wersja oprogramowania ukazała się na rynku – postawił zacytowany warunek dla wariantu II nie po to, aby doprowadzić do unieważnienia postępowania z powodu oczywistej niemożliwości spełnienia warunku przez jakiegokolwiek z potencjalnych oferentów, lecz po to, aby oferent wykazał się odpowiednim doświadczeniem w trwającym nadal wykonywaniu zamówień dotyczących odpowiednich wersji tego oprogramowania. Nie jest bowiem możliwe przyjęcie, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w zamiarze nieudzielenia w żadnym zakresie zamówienia publicznego. W konsekwencji – wypełniając oświadczenie – Odwołujący podał nazwy trzech instytucji porządku publicznego w Polsce oraz pięciu w Unii Europejskiej, które od co najmniej dwóch lat eksploatują przedmiotowe oprogramowanie oraz regularnie dokonują opłat z tytułu świadczenia usługi wsparcia technicznego, dzięki czemu otrzymują nowe wersje

przedmiotowego oprogramowania, udostępnione przez producenta. Zgodnie z cyklem życia oprogramowania nowe wersje udostępniane są co najmniej raz w roku. W związku z powyższym w okresie ostatnich dwóch lat pojawiły się na rynku polskim przynajmniej dwie nowe wersje. Nie ma zatem podstaw, aby wymagać, aby najnowsza wersja, wymagana przez Zamawiającego w SIWZ, mogła być eksploatowana przez jakąkolwiek instytucję przez minimum dwa lata. Natomiast można wymagać, aby określona liczba klientów opłacała od co najmniej dwóch lat nieprzerwanie usługę, a tym samym zabezpieczyła sobie prawo do otrzymywania najnowszych wersji oprogramowania. Odwołujący potwierdził, że ma to miejsce w podanych przez niego w ofercie przypadkach.

Ad. 3.

Ponadto Wykonawca załączył do oferty dodatkowe informacje o cenie zamówienia, których treść obejmuje jedynie niektóre wymagania określone przez Zamawiającego. Zamawiający niezależnie od oświadczenia zawartego w Formularzu ofertowym wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czy oferta obejmuje wszystkie elementy wymagane w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Umowy. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach powołał się na oświadczenie zawarte w Formularzu ofertowym, ale nie potwierdził jednoznacznie, że złożona oferta spełnia wszystkie wymagania postawione w specyfikacji.

Odwołująca podkreślił, że przedmiotem jego oferty jest: po pierwsze – dostawa najnowszych wersji oprogramowania do analizy kryminalnej, produkcji firmy IBM, zgodnie ze specyfikacją SIWZ (upgrade oprogramowania przekazanego do KGP w grudniu 2008 roku); po drugie – sprzedaż usługi asysty technicznej, zwanej przez Zamawiającego wsparciem technicznym; po trzecie – przeprowadzenie szkoleń zgodnie z wymogami SIWZ. Odwołujący stwierdził, że wszelkie szczegóły dotyczące przedmiotu oferty zamieszczone w SIWZ można odpowiednio przypisać do wymienionych wyżej punktów. Odwołujący wyjaśnił, że załącznik dostarczony dodatkowo w ofercie ma charakter wyłącznie informacyjny, lecz zawiera ważną informację, której brak w SIWZ, dotyczącą podziału całkowitej kwoty usługi pomiędzy wymienione wyżej podstawowe elementy oferty: 90% całkowitej ceny to przekazanie licencji i oprogramowania, a 10% całkowitej ceny to usługa wsparcia technicznego, z uwzględnieniem szkoleń. Zdaniem Odwołującego Załącznik ten nie zmienia w jakimkolwiek stopniu treści oświadczenia zamieszczonego w ofercie dotyczącego spełnienia wszelkich wymagań Zamawiającego.

Odwołujący odniósł się także do dodatkowej informacji zawartej w zawiadomieniu: *Niezależnie od wskazanych powyżej przesłanek do odrzucenia oferty konieczne byłoby wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia informacji z rejestru karnego dla Pana Z..... W..... J....., który posiada obywatelstwo brytyjskie, a miejsce jego zamieszkania stanowi Wielka Brytania. Do oferty powinno zostać zatem złożone zaświadczenie*

właściwego organu sądowego lub administracyjnego Wielkiej Brytanii. Z informacji uzyskanej za pośrednictwem narzędzia e-CERTIS wynika, że przedmiotowe zaświadczenie jest wydawane przez Criminal Record Bureau i taki dokument powinien zostać złożony wraz z ofertą. Do oferty natomiast zostało jedynie załączone oświadczenie złożone przed notariuszem. Odwołujący ocenił, że Zamawiający nie uznał faktu braku załączenia wskazanego przez siebie zaświadczenia za powód odrzucenia oferty. Gdyby nawet tak uczynił, zdaniem Odwołującego, powinna znaleźć zastosowanie teza wyroku Izby z 26 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1233/12), zgodnie z którym „*skoro wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to na zamawiającym spoczywa obowiązek ustalenia tej okoliczności i jednoznacznego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.*” Odwołujący zaznaczył, że wezwania w tym zakresie w postępowaniu nie było. Na marginesie Odwołujący wskazał, że Criminal Record Bureau wydaje zaświadczenia tylko dla celów wynikających z odpowiednich przepisów, przede wszystkim osobom ubiegającym się o zatrudnienie związane z opieką nad dziećmi i innymi osobami wymagającymi opieki. Natomiast publikowany przez to Biuro w Internecie wykaz stanowisk wymagających uzyskania zaświadczenia wynika z Rehabilitation of Offenders Act 1974 (Exceptions) Order i *nie zawiera pozycji, zaświadczenie w sprawie których jest wymagane przez Prawo zamówień publicznych wraz z przepisami wykonawczymi.* W związku z tym Odwołujący ocenił, że złożenie oświadczenia zgodnego z obowiązującymi przepisami oraz odpowiadającym im sformułowaniem pkt. 4.2 rozdziału VII SIWZ było w pełni prawidłowe.

Do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, gdyż oferta Odwołującego była jedyną złożoną w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem stron Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3, twierdząc, że wbrew art. 180 ust. 1 pzp Odwołujący nie odwołał się od czynności tylko od informacji o czynności, a wobec zarzucenia Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 pzp, odwołanie jako dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, należy uznać za wniesione po terminie. Izba oddaliła te wnioski jako oczywiście bezzasadne.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, a Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył jedyną ofertę. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutów skierowanych przeciwko odrzuceniu jego oferty i unieważnienia z tego powodu postępowania, które to czynności narażają go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, wezwania do wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego i przesłanych w odpowiedzi wyjaśnień Odwołującego, a także protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę dowód przedstawiony przez Odwołującego na rozprawie w postaci oświadczenia z 22 listopada 2012 r. złożonego w imieniu IBM Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przez członka zarządu tej spółki

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wykazał, że odrzucenie jego oferty z powodów ujawnionych przez Zamawiającego w przekazanym 8 listopada 2012 r. zawiadomieniu było całkowicie nieuzasadnione. Izba w pełni podziela argumentację zawartą w odwołaniu, zwłaszcza, że

w kluczowej kwestii została ona poparte dowodem przedstawionym na rozprawie.

Zasadniczym powodem odrzucenia oferty Odwołującego było zaoferowanie oprogramowania o nazwie IBM i2 Base User v. 8.9.1 zamiast oprogramowania o nazwie IBM i2 Base User Basic v. 8.9.1. Zamawiający zignorował wyjaśnienia Odwołującego, że oferuje wymagane oprogramowanie w wersji 8.9.1. Następnie Zamawiający nie przyjął do wiadomości argumentacji odwołania, że oprogramowanie to w nazwie ze słowem *Basic* nie istnieje na rynku, a zatem posiadana przez Zamawiającego wersja 5.0.5 iBase User Basic może być zaktualizowana wyłącznie do wersji 8.9.1 funkcjonującej pod nazwą IBM i2 Base User, która oferuje wszystkie funkcje dotychczasowej wersji, a dodatkowo – tak jak oczekiwał Zamawiający – wykorzystuje także silnik bazodanowy MS SQL Server. Jeżeli nawet przyjąć, że mógł istnieć choć cień wątpliwości co do prawdziwości twierdzeń Odwołującego, to trudno o bardziej wiarygodne potwierdzenie niż złożone na rozprawie oświadczenie producenta (IBM), w pełni je potwierdzające. Zamawiający w toku rozprawy nawet nie odniósł się do tego dokumentu, a tym samym należy uznać, że nie wniósł żadnych zastrzeżeń co do jego formalnej i merytorycznej wiarygodności. Zamawiający nie był w stanie podać żadnego racjonalnego uzasadnienia dlaczego oprogramowanie IBM i2 Base User v. 8.9.1 miałoby być niezgodne z treścią s.i.w.z., w której, najprawdopodobniej przez pomyłkę, w nazwie oczekiwanej wersji modułu dla użytkownika bazy (iBase User) pozostawił słowo *Basic*, stanowiące element nazwy dotychczas posiadanej wersji tego oprogramowania. Nieprzyznanie się do tej pomyłki, czy raczej przyznanie na rozprawie, że być może miała miejsce, gdyż na pewno mogą to wiedzieć tylko specjaliści Zamawiającego, którzy jednak nie przybyli na rozprawę (a w każdym razie nie zabrali na niej głosu). Należy zauważyć, że w przypadku modułu dla projektanta bazy (iBase Designer) Zamawiający zarówno dla posiadanej wersji iBase Designer Basic v.5.0.5, jak i wersji iBase Designer Standard v.5.0.5 – oczekiwał aktualizacji do wersji IBM i2 iBase Designer v.8.9.1, to jest najnowszej wersji obsługującej zarówno silnik bazodanowy MS Access, jak i MS SQL Server. Nieracjonalność postępowania Zamawiającego miała nieoczekiwane konsekwencje. Odwołujący, nie mogąc przecież obiektywnie zaoferować oprogramowania o nazwie IBM i2 Base User Basic v. 8.9.1, uciekł się do wybiegu, twierdząc, że złożył ofertę w wariantcie II, czyli zaoferował alternatywne dla posiadanego przez Zamawiającego oprogramowanie kryminalistyczne. Zmuszałoby to Zamawiającego do udowodnienia, że oprogramowanie to nie spełnia minimalnych wymagań dotyczących funkcjonalności oprogramowania, których to wymagań z oczywistych względów nie zdefiniowano dla wariantu aktualizacji posiadanego dotychczas oprogramowania. W ten sposób ciężar przysłowiowego udowodnienia, że nie jest się wielbłądem przeszedłby z Odwołującego na Zamawiającego. Bez wątpienia Zamawiający nie byłby w stanie tego wykazać, gdyż wymagania funkcjonalne dla alternatywnego

oprogramowania siłą rzeczy bazują na funkcjach zaktualizowanego do wersji 8.9.1 oprogramowania dotychczas użytkowanego przez Zamawiającego, a takim właśnie oprogramowaniem dysponuje Odwołujący.

Kolejnym powodem rzekomo uzasadniającym odrzucenie oferty Odwołującego było niespełnienie *quasi*-warunku podmiotowego, aby oferowane oprogramowanie było wdrożone i wykorzystywane przez co najmniej trzy służby porządku publicznego w Polsce oraz w co najmniej w pięciu krajach europejskich od co najmniej dwóch lat (przy czym Zamawiający podkreślił, że chodzi o brak spełnienia tego ostatniego elementu odnoszącego się do czasookresu użytkowania oprogramowania). Zamawiający podkreślał na rozprawie, że jest to dla niego bardzo istotne wymaganie odnoszące się do funkcjonalności oferowanego oprogramowania. Izba zważyła, że tak sformułowany warunek został zamieszczony wśród Wymagań ogólnych – Minimalnych wymagań dotyczących funkcjonalności oprogramowania, w pkt I.1 lit. a dotyczącym wariantu II, podczas gdy w stosunku do wariantu I w ogóle nie sformułowano żadnych wymagań dotyczących funkcjonalności oprogramowania. Jest to zrozumiałe skoro Zamawiający w I wariacie oczekiwał aktualizacji użytkowanego oprogramowania, którego funkcjonalność jest mu doskonale znana. Natomiast w przypadku wariantu II postawiony warunek miał zapewne uchronić Zamawiającego przed otrzymaniem produktu niesprawdzonego, prototypowego, od niedawna funkcjonującego na rynku. Zamawiający w rozdziale VII dotyczącym informacji o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy zamieścił co prawda pkt 3 przewidujący złożenie wraz z ofertą stosownego oświadczenia potwierdzającego powyższy wymóg wraz z listą podmiotów, u których oprogramowanie wdrożono. Skoro jednak dla oprogramowania aktualizowanego nie zostało sformułowane powyższe wymaganie funkcjonalne, to w przypadku złożenia oferty w wariacie I nie ma czego potwierdzać za pomocą wskazanego w tym punkcie dokumentu. Z kolei o nieracjonalności egzekwowania takiego wymagania w stosunku do wariantu I świadczy absurdalne zachowanie Zamawiającego, który wiedząc, że oczekiwana przez niego wersja ukazała się w maju bieżącego roku – pod płaszczykiem rzekomego przestrzegania postanowień s.i.w.z. wymagał od Odwołującego wykazania, że wersja ta jest wdrożona i eksploatowana od co najmniej dwóch lat, a następnie odrzucił jego ofertę za niespełnienie tego rzekomo istniejącego wymagania. Zamawiający przy tym przeoczył, że w treści wymagania sformułowanego dla wariantu II (jak i w opisie dokumentu, który należy złożyć na jego potwierdzenie) nie ma mowy o oferowanej wersji oprogramowania, tylko o oferowanym oprogramowaniu.

Oczywiście niezasadna jest również trzecia z okoliczności rzekomo uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego. Zamawiający uznał, że załączenie do oferty dodatkowego dokumentu, prezentującego podział ceny oferty na dwie zasadnicze części, a także

uszczegółowienie wybranych elementów przedmiotu zamówienia, uzasadnia powstanie po jego stronie wątpliwości co do tego czy złożona oferta obejmuje cały przedmiot zamówienia. Korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień, w którym niemal przepisał wszystkie wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący w odpowiedzi odesłał Zamawiającego do treści swojej oferty, której elementem było oświadczenie z pkt 2 formularza ofertowego obejmujące między innymi potwierdzenie, że zamówienie będzie realizowane zgodnie z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w s.i.w.z. i załącznikach do niej. W tych okolicznościach nie zaistniały żadne podstawy uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż Zamawiający nie wskazał na czym miałyby polegać niezgodność treści tej oferty z treścią s.i.w.z. Z pewnością nie mieści się w ramach tej przesłanki odrzucenia wskazanie przez Odwołującego w dodatkowej informacji zawartej w ofercie, że 90% ceny oferty stanowi koszt dostawy oprogramowania, a tylko 10% koszt wsparcia technicznego i szkoleń, co zgodnie z postanowieniami umowy spowoduje, że 90% wynagrodzenia będzie płatne po odbiorze dostawy oprogramowania przez Zamawiającego (podczas gdy płatność za wsparcie techniczne następuje z dołu w kwartalnych ratach). Żadne postanowienie s.i.w.z. nie narzucało limitu maksymalnego wynagrodzenia przypadającego za te dwie zasadnicze części zamówienia wyszczególnione w § 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik do s.i.w.z.

Izba uznała, że rozstrzygnięcie kwestii zasadności ewentualnego wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego niekaralność zamieszkałego w Wielkiej Brytanii członka zarządu spółki ACSYS-BSC, wykracza poza granice kognicji Izby w niniejszej sprawie. Zamawiający nie dokonał jeszcze tej czynności (choć korzystał w toku postępowania z możliwości wzywania w trybie art. 26 ust. 3 pzp, wykorzystując jego rezultaty do stworzenia drugiej z podstaw faktycznych odrzucenia) a jedynie na marginesie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego zaznaczył, że widziałby taką konieczność. Skoro nie było czynności, to tym samym nie można było się od niej odwołać. Tymczasem Izba rozpatruje odwołania od czynności zamawiającego naruszającej przepisy ustawy pzp w granicach zarzutów odwołania (art. 180 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 7 pzp).

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego względu Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: