

**Sygn. akt KIO/UZP 834/08**

**WYROK**  
**z dnia 27 sierpnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**  
**Członkowie: Emil Kuriata**  
**Luiza Łamejko**  
**Protokolant: Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26.08.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, 00 – 580 Warszawa, Al. Szucha 23** protestu z dnia **23. 07. 2008 r.**

przy udziale **Konsorcjum: S&T Services Polska Sp. z o.o. TIMSI Sp. z o.o., 01-171 Warszawa, ul. Młynarska 48** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1 . oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **ComArch S.A., 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **ComArch S.A., 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx ) przez xxx na rzecz xxx , stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 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 **ComArch S.A., 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Komitetu Integracji Europejskiej z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie i wdrożenie systemu Bazy Danych Wspólnotowych Aktów Prawnych”. W dniu 21.03.2008r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 57-077163 zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu. W tym też dniu Zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej.

W dniu 16 lipca 2008r. wykonawca ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie otrzymał od Zamawiającego pismo zawiadamiające o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, złożonej przez Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie i TIMSI Sp. z o.o. w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum S&T). Oferta ComArch S.A. uzyskała drugą pozycję, a na trzeciej pozycji została sklasyfikowana oferta firmy Rodan Systems S.A.

W dniu 23 lipca 2008r. Odwołujący ComArch S.A. wniósł protest na czynność oceny i wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum S&T oraz na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S&T.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), (zwanej dalej Pzp), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S&T pomimo, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie oceny ofert w oparciu o kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości przez okres 12 miesięcy, co nie jest elementem przedmiotu zamówienia i nie jest objęte ceną oferty, a ponadto co doprowadziło do wyboru oferty całościowo droższej.

Odwołujący wniósł w proteście o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum S&T na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp
4. wybór oferty złożonej przez ComArch S.A. jako najkorzystniejszej,
5. a także o unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez ComArch S.A. jest ofertą z najniższą ceną. Oferta Konsorcjum S&T została wybrana jedynie dzięki

dodatkowemu kryterium oceny ofert w postaci kosztów utrzymania systemu przez okres 12 miesięcy w przyszłości. W dłuższym okresie niż 12 miesięcy koszty utrzymania systemu według oferty Konsorcjum S&T mogą być wyższe. W efekcie Zamawiający wybrał ofertę, w której po zsumowaniu ceny oferty i kosztów utrzymania w okresie 12 miesięcy koszt ogółem jest wyższy niż koszt ogółem wskazany w ofercie Odwołującego.

Odwołujący wskazał także, że oferta złożona przez Konsorcjum S&T nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ponieważ:

- a) W ofercie nie podano kosztów wsparcia dla oprogramowania MySQL backup, na co wskazuje porównanie treści tabel z wyszczególnionym oprogramowaniem w pkt 22 i 23 oferty oraz w pkt 24 i 25 oferty. Jak wynika z pkt 22 i 23 oferty Konsorcjum S&T oprogramowanie MySQL backup jest elementem składowym oferowanego oprogramowania.
- b) W ofercie nie wskazano kosztu utrzymania ciągłości działania systemu, natomiast wskazano jedynie koszty utrzymania systemu, zaznaczając, że chodzi o aplikacje oraz oprogramowanie standardowe i definiując ten koszt jako „koszty wsparcia – pomoc świadczoną telefonicznie elektronicznie lub faksem w rozwiązywaniu problemów w użytkowaniu i wdrażaniu aplikacji, pomoc przy problemach łatwych i trudnych do odtworzenia, pomoc przy problemach konfiguracyjnych, wizyty serwisowe oraz koszty odnawiania licencji”, co nie obejmuje jednak kosztów „zaplanowania i zapewnienia prawidłowego działania systemu – w jego obszarach krytycznych – na wypadek awarii, w tym koszt przywrócenia w jak najkrótszym czasie systemu do normalnej aktywności.”
- c) Konsorcjum S&T zaoferowało bazę danych MySQL Enterprise 5.0 nie wspierającą standardu SQL, co jest niezgodne z wymaganiem określonym przez Zamawiającego w pkt VII.5 Zał. Nr 1 do siwz aby zaoferowany system wykorzystywał otwarte standardy np. SQL, XML, HTTP. FTP i Java”.
- d) Konsorcjum S&T zaoferowało bazę danych MySQL Enterprise 5.0 nie zapewniającą wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności szyfrowania danych – nie umożliwia szyfrowania danych na poziomie repozytoriów danych, co jest niezgodne z zał. Nr 1 do siwz w pkt IV.1.4.
- e) Konsorcjum S&T zaoferowało (pkt 22 i 23 oferty) oprogramowanie JBOSS ENTERPRISE PORTAL PLATFORM 2.6.x , które nie jest przeznaczone do działania w systemie operacyjnym AIX, co było wymagane przez Zamawiającego w pkt I.4 zał. Nr 1 do siwz. Producent tego oprogramowania firma Red Hat wymienia na stronie internetowej systemy operacyjne, na które jego oprogramowanie jest certyfikowane i kompatybilne, nie wymieniając w tym systemu operacyjnego AIX.

Odwołujący wnosząc o unieważnienie postępowania podniósł w proteście, że Zamawiający dokonał oceny ofert min. w oparciu o kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości przez okres 12 miesięcy – co nie jest elementem przedmiotu tego zamówienia i nie jest objęte ceną oferty, a ponadto doprowadziło to do wyboru jako najkorzystniejszej oferty całościowo droższej. Wykonywanie przez okres 12 miesięcy usługi utrzymania ciągłości działania systemu, serwisowania, jak i wykonanie odnowienia licencji nie jest objęte przedmiotowym zamówieniem, wymaga zawarcia przez Zamawiającego odrębnej umowy w przyszłości. Odwołujący podkreślił także, że kryteria oceny ofert, w tym kryterium ceny, mogą dotyczyć tylko i wyłącznie konkretnego przedmiotu zamówienia, określonego następnie w danej umowie o zamówienie publiczne zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Cena za przedmiot zamówienia - odrębnej przyszłej umowy nie może być oceniana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 25 lipca 2008r. wykonawca Rodan Systems S.A. a w dniu 28 lipca 2008 r. Konsorcjum S&T zgłosili przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 1 sierpnia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w zakresie oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum S&T, oraz odrzucił protest w części dotyczącej treści ogłoszenia i siwz jako wniesiony po terminie. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, że dopuścił w siwz wykonanie i wdrożenie systemu Bazy Danych w oparciu o oprogramowanie autorskie wykonawców. W ocenie Zamawiającego rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum S&T opiera się w zasadniczej mierze na oprogramowaniu klasy open-source i częściowo na rozwiązaniach autorskich, które są tańsze jeśli chodzi o wykonawstwo, a także koszty eksploatacji i utrzymania. Zamawiający stwierdził, że opisując koszty utrzymania jako, w szczególności, koszt utrzymania ciągłości działania systemu, serwisowania, wsparcie techniczne, licencje oprogramowania, nie wymagał rozbicia kosztów utrzymania na poszczególne elementy. Zamawiający stwierdził, że oferta złożona przez Konsorcjum S&T spełnia wymagania określone w siwz. Bezpośrednie koszty utrzymania MySQL backup zostały ujęte przez Konsorcjum S&T w ramach pozycji „Wsparcie dla aplikacji Baza Danych Wspólnotowych”, a ponadto rozwiązanie to jest realizowane w oparciu o oprogramowanie NetBackup Enterprise Client, którego koszty utrzymania zostały określone. Koszty utrzymania ciągłości działania systemu zostały zawarte w kosztach wsparcia wymienionych w punktach 24 i 25 oferty i wycenione zgodnie z siwz. Zamawiający stwierdził także, że zaoferowane rozwiązanie - baza MySQL spełnia wymaganie NFR10 dla migracji danych i wsparcia SQL, ponieważ jest relacyjnym bazodanowym systemem,

w którym wykorzystuje się język SQL oraz można ją uruchomić w trybie zgodności z ANSI-SQL. Baza danych MySQL posiada możliwość szyfrowania danych przechowywanych w kolumnach, a funkcjonalność ta jest wykonywana przez mechanizmy baz danych, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Dodatkowo oprogramowanie JBOSS ENTERPRISE PORTAL PLATFORM, działa i jest wspierane dla systemu UNIX, dla którego dostępna jest dedykowana wirtualna maszyna Javy, co potwierdza, iż oprogramowanie JBOSS uruchamiane w odpowiedniej konfiguracji tj. wersji wirtualnej maszyny, na systemie AIX jest wspierane.

W zakresie zarzutu dotyczącego sposobu sformułowania kryterium oceny ofert Zamawiający stwierdził, że protest został wniesiony po terminie, który upłynął w czternastym dniu po opublikowaniu ogłoszenia i specyfikacji, a ponadto podkreślił, że zwłaszcza przy dostawach sprzętu uzasadnionym i istotnym kryterium przedmiotowym oceny ofert są koszty eksploatacji oraz warunki serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego. Kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości rozumiane przez zamawiającego i tak też wyjaśniane w toku postępowania w trybie art. 38 ust. 1 Pzp, jako koszty eksploatacji i serwisu, jest samodzielnym kryterium i nie miało być objęte ceną oferty.

W dniu 6 sierpnia 2008r. wykonawca ComArch S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i argumentację zawartą w proteście. Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum S&T jako najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Konsorcjum S&T, a także o wzięcie pod uwagę przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania tj. naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.7 ust. 1 i art. 91 ust. 2 Pzp.

W dniu 25 sierpnia 2008r. Konsorcjum S&T oraz Rodan Systems S.A. zgłosiły przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie Rodan System S.A. nie było skuteczne z uwagi na brak posiadania przez tego wykonawcę interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba stwierdziła, że Odwołujący ComArch S.A. posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby, Odwołujący wykazał w odwołaniu, iż złożona przez niego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, która została wyżej oceniona przez Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego.

Izba uznała za niezasadny zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum S&T, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie potwierdziły się w toku postępowania okoliczności podnoszone przez Odwołującego, które mogłyby skutkować uznaniem oferty złożonej przez Konsorcjum S&T za nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby nie jest uzasadnione twierdzenie Odwołującego, iż Konsorcjum S&T nie uwzględniło w ofercie (pkt 24 i 25 oferty) kosztów wsparcia dla oprogramowania MySQL backup, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji. Izba stwierdziła, że w pkt X.7 lit. e i f siwz Zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentu obejmującego koszty utrzymania w przyszłości software/aplikacja odpowiadających oprogramowaniu zaproponowanemu do wdrożenia dla rozwiązania spełniającego wszystkie funkcjonalne i нефункционалне wymagania systemu Bazy Danych w wersji podstawowej systemu Bazy Danych Wspólnotowych Aktów Prawnych przez okres 12 miesięcy oraz dokumentu j.w. dla rozwiązania w wersji ostatecznej systemu. Zamawiający wskazał przy tym, że przez koszty utrzymania Zamawiający rozumie w szczególności koszt utrzymania ciągłości działania systemu, serwisowanie, wsparcie techniczne, licencje oprogramowania. Konsorcjum S&T w pkt. 22 i 23 oferty wyszczególniło jako jedną z pozycji kosztów wykonania i wdrożenia systemu Bazy Danych Wspólnotowych Aktów Prawnych w wersji podstawowej i ostatecznej, w wierszu nr 3 tabeli, oprogramowanie MySQL backup. Odpowiednio w tabeli kosztów utrzymania systemu (pkt 24 i 25 oferty) oprogramowanie to, jak i koszty jego wsparcia nie zostały wyszczególnione. W ocenie Izby, na uwzględnienie zasługuje wyjaśnienie przez Przystępującego, iż koszty powyższe zostały zawarte w pozycji nr 4 tabeli w pkt 24 i 25 oferty „Wsparcie dla aplikacji Baza Danych Wspólnotowych Aktów Prawnych” zważywszy, że ww. oprogramowanie wykonawca zaproponował jako własne rozwiązanie autorskie. Pozostałe pozycje tabeli dotyczą oprogramowania i kosztów wsparcia innych producentów. Jednocześnie Izba nie uznała za udowodniony przez Odwołującego fakt, że MySQL backup jest autorskim oprogramowaniem wyłącznie firmy ALBECO Systemy

Komputerowe s.c. oraz, że nie jest możliwe, wobec tego, opracowanie przez inną firmę oprogramowania backup dla MySQL opatrzonego tą samą nazwą. Firma ALBECO w piśmie z dnia 22 sierpnia 2008 r. oświadczyła „posiadamy w naszej ofercie oprogramowanie MySQL backup, będące naszym autorskim oprogramowaniem”. Brak jest podstaw do wywodzenia z treści powyższego oświadczenia, iż nie jest możliwe opracowanie takiego oprogramowania przez inną firmę. Rozpoznając powyższy zarzut, Izba wzięła pod uwagę jako istotną okoliczność, że Zamawiający w siwz nie wymagał podania kosztów utrzymania systemu w rozbiciu na poszczególne składniki tych kosztów, wskazując wyłącznie w jaki sposób koszty powyższe są „rozumiane” przez Zamawiającego.

Niezasadny jest zarzut Odwołującego, że brak jest w ofercie Przystępującego w dokumentach „koszty utrzymania” (pkt 24 i 25 oferty) wskazania kosztu utrzymania ciągłości działania systemu. Wykonawca wskazał koszty utrzymania systemu, zaznaczając, że chodzi o aplikacje oraz oprogramowanie standardowe i definiując ten koszt jako „koszty wsparcia – pomoc świadczoną telefonicznie elektronicznie lub faksem w rozwiązywaniu problemów w użytkowaniu i wdrażaniu aplikacji, pomoc przy problemach łatwych i trudnych do odtworzenia, pomoc przy problemach konfiguracyjnych, wizyty serwisowe oraz koszty odnawiania licencji, zgodnie z odpowiedziami na pytania do siwz. Poszczególne poziomy wsparcia odpowiadają warunkom wsparcia dla aplikacji opisanym w rozdziale XVI Załącznika 1 do siwz.” Zważywszy, że poziomy wsparcia opisane w powyższym rozdziale siwz obejmują m.in. „krytyczny błąd uniemożliwiający pracę aplikacji.” (błąd kategorii A) należało uznać, że wskazane koszty utrzymania systemu określone przez wykonawcę jako koszty wsparcia obejmują koszty zapewnienia, a zatem i wcześniejszego zaplanowania, prawidłowego działania systemu w obszarach krytycznych, w tym koszt przywrócenia w jak najkrótszym czasie systemu do normalnej aktywności, a tym samym koszty utrzymania ciągłości działania systemu, których „wskazania” Zamawiający nie wymagał w siwz.

Nie potwierdziły się także zarzuty, iż Konsorcjum S&T zaoferowało bazę danych MySQL Enterprise 5.0 nie wspierającą standardu SQL oraz nie zapewniającą wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności szyfrowania danych.

W pkt VII.5 Zał. Nr 1 do siwz Zamawiający określił wymaganie, aby zaoferowany system wykorzystywał „otwarte standardy np. SQL, XML, HTTP. FTP i Java”. Natomiast w Załączniku 1 do siwz w pkt IV.1.4 „Wymagania bezpieczeństwa”, identyfikator NFR 10, Zamawiający wymagał, aby system umożliwiał „szyfrowanie danych na poziomie repozytoriów danych”. Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie nr 8 (pismo z dnia 10 kwietnia 2008 r.) Zamawiający wyjaśnił, że oznacza to szyfrowanie „realizowane przez mechanizmy bazy danych”.



Oceniając treść dokumentu przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie – odpowiedzi na pytania ComArch S.A. udzielone przez przedstawiciela producenta oprogramowania firmę SUN MICROSYSTEMS POLAND Sp. z o.o., Izba stwierdziła, że odpowiedź na pytanie 1 wskazuje literalnie, iż uzyskuje się zgodność bazy MySQL ze standardem SQL lecz „bez zapewnienia szybkości pracy i jakości danych”, natomiast odpowiedź na pytanie 2 potwierdza, że baza MySQL posiada funkcjonalność szyfrowania danych mechanizmami bazy danych. Potwierdził tę okoliczność również sam Odwołujący w treści pytania 2 stwierdzając na wstępie, że „Baza danych posiada wbudowane mechanizmy szyfrowania danych.” Wobec nieokreślenia przez Zamawiającego w siwz szczegółowych właściwości i parametrów dotyczących określonych powyżej funkcjonalności brak jest możliwości do uznania, że baza danych zaoferowana przez Konsorcjum S&T nie spełnia wymagań siwz w zakresie posiadania określonych funkcjonalności. W świetle zapisów siwz Zamawiający nie posiada możliwości weryfikowania zaoferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w oparciu o wymagania dodatkowe, nieokreślone w specyfikacji.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum S&T zaoferowało (pkt 22 i 23 oferty) oprogramowanie JBOSS ENTERPRISE PORTAL PLATFORM 2.6.x , które nie działa w systemie operacyjnym AIX, co było wymagane przez Zamawiającego w pkt 1.4 Załącznika 1 do siwz. Izba uznała, że przywołane przez Odwołującego fragmenty z treści zawartych na stronach internetowych nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Natomiast z treści pisma firmy Red Hat do ComArch S.A. z dnia 25 sierpnia 2008 r. wynika, iż „oprogramowanie JBOSS Enterprise Portal Platform 2.6.x jest napisane w języku Java, w związku z czym może współpracować z większością systemów operacyjnych obsługujących technologię Java Virtual Machine (JVM) łącznie z systemem operacyjnym Windows, UNIX oraz Linux.” Powyższe stwierdzenie pozostaje w zgodzie z wyjaśnieniem przez Przystępującego, że system AIX jako członek rodziny UNIX jest wspierany. Okoliczność, iż AIX stanowi rodzinę, system klasy UNIX, została potwierdzona także przez Odwołującego w treści pytania 1, skierowanego pocztą elektroniczną do firmy Red Hat (wydruk z poczty elektronicznej przedłożony do akt sprawy przez Odwołującego). W powyższych okolicznościach zarzut nie został uwzględniony.

Ponadto Izba nie stwierdziła okoliczności skutkujących unieważnieniem przedmiotowego postępowania z urzędu na podstawie art. 191 ust. 3 zdania 2 Pzp.

W odniesieniu do wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu argumentów skutkujących zdaniem Odwołującego koniecznością unieważnienia postępowania,

dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 2 Pzp, polegającego na tym, że decydująca o kolejności ofert okazała się ocena przez Zamawiającego ofert według kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości przez okres 12 miesięcy, co nie jest elementem przedmiotu zamówienia i nie jest objęte ceną oferty, a ponadto doprowadziło do wyboru oferty „całościowo droższej” Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Jednocześnie KIO wskazuje, że przepis art. 191 ust. 3 Pzp nie daje podstaw do dokonywania przez Izbę z urzędu kontroli prawidłowości postępowania na wniosek strony odwołującej się, zawarty w odwołaniu jako ewentualny, czy też „z ostrożności procesowej”. Przepis powyższy znajduje zastosowanie jedynie w sytuacjach wyjątkowych, gdy przesłanki skutkujące nieważnością umowy o zamówienie wiążą się z zarzutami zawartymi w proteście i odwołaniu lub mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert zgodnie z ustalonymi i określonymi w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriami oceny ofert i zgodnie z określonym w ww. dokumentach sposobem oceny ofert, w tym m.in. kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości przez okres 12 miesięcy o wadze 37%.

Izba ustaliła na podstawie treści siwz (pkt III siwz „opis przedmiotu zamówienia”, pkt X 7 lit. e i f siwz) oraz wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie, że kryterium kosztów utrzymania systemu w okresie 12 miesięcy w przyszłości jako kryterium kosztów eksploatacji odnosi się do przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, tzn jest z nim związane. Koszty utrzymania systemu, według wymagań Zamawiającego, odnoszą się do aplikacji i oprogramowania zaproponowanego przez wykonawcę do wdrożenia, a zatem do danego przedmiotu zamówienia. Ustalenie powyższego kryterium nie stanowi naruszenia art. 91 ust. 2 Pzp, który zawiera przykładowy lecz niewyczerpujący katalog kryteriów, w tym m.in. koszty eksploatacji. Zgodnie z treścią Dyrektywy 2004/18 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w art. 53 wskazane zostały także jako przykładowe kryteria: koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w konsekwencji swojego bogatego orzecznictwa sformułował fundamentalne zasady, które muszą być przestrzegane przy formułowaniu kryteriów oceny ofert, a wśród nich m.in. zasadę, że kryteria muszą być związane z przedmiotem zamówienia, podane do wiadomości wykonawców już na początku postępowania i nie mogą być zmieniane w jego trakcie, przesłanki wyboru muszą być obiektywne i mają gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielenia zamówienia i inne (vide: „Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999

do 2005 r.”. wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006.) Zamawiający oświadczył, iż ustalił kryterium kosztów utrzymania w celu zapewnienia zakupu przedmiotu zamówienia, którego koszty utrzymania w przyszłości będą możliwie niskie. W ocenie Izby, powyższe kryterium nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji. Kryterium zostało oparte na przesłankach obiektywnych. Podkreślenia wymaga także możliwość zweryfikowania przez Zamawiającego rzetelności kalkulacji kosztów. Jak wyjaśnił Zamawiający i Przystępujący, koszty wsparcia i serwisu producentów konkretnego oprogramowania są dostępne na rynku według ustalonych cenników. Podobnie jeśli chodzi o koszty odnowienia licencji. Istotną okolicznością, jeśli chodzi o możliwość weryfikacji podanych przez wykonawców kosztów utrzymania systemu, jest w ocenie Izby także fakt, że zakup systemu przez Zamawiającego jest dokonywany wraz z prawami autorskimi do aplikacji – w przypadku rozwiązań autorskich zastosowanych przez wykonawcę, a w związku z tym brak jest kosztów typu „odnowienie licencji” w przypadku rozwiązań autorskich. Podkreślenia wymaga także, że żaden z wykonawców uczestniczących w postępowaniu nie wniósł protestu na treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ustawowym terminie.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania oraz wobec nieuwzględnienia zarzutów wskazanych przez Odwołującego, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) 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:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*