

Sygn. akt: KIO 2700/14

WYROK

z dnia 16 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r. przez odwołującego - **ACSYS BSC sp. z o.o., 02 – 796 Warszawa, ul. Migdałowa 4/28** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Komendę Główną Policji, 02 – 642 Warszawa, ul. Puławska 148/150**

przy udziale wykonawcy **Matic Sp. z o.o., ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie unieważniania postępowania oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego (brak podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ze względu na treść certyfikatu IBM) .**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Komendę Główną Policji, 02 – 642 Warszawa, ul. Puławska 148/150, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr**(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ACSYS BSC sp. z o.o., 02 – 796 Warszawa, ul. Migdałowa 4/28** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Komendy Głównej Policji, 02 – 642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** na rzecz **ACSYS BSC sp. z o.o., 02 – 796 Warszawa, ul. Migdałowa 4/28** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Komenda Główna Policji w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Wykupienie wsparcia technicznego dla oprogramowania do analizy kryminalnej IBM i2.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 19 grudnia 2014 r. ACSYS BSC Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość odrzucenia swojej oferty i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 i odpowiednio pkt 6 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca Matic Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Przystępujący).

Odwołujący zgłosił opozycję przeciwko przystąpieniu po jego stronie do postępowania odwoławczego, wskazując na brak wykazania po stronie zgłaszającego przystąpienie interesu w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego. W opinii Odwołującego odrzucenie oferty zgłaszającego przystąpienie zostało dokonane prawidłowo, a odwołanie nie ma na celu przywrócenia do postępowania oferty zgłaszającego przystąpienie do postępowania.

Izba oddaliła opozycję, uznając że Przystępujący przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, ponieważ ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść Odwołującego. Obie oferty – Odwołującego i Przystępującego, zostały odrzucone w oparciu o tą samą podstawę prawną i zbliżoną (ale nie tożsamą) podstawę faktyczną. W razie uwzględnienia zarzutów (a więc rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego), po postępowaniu odwoławczym z udziałem Przystępującego, dojdzie do powtórnego badania i oceny ofert, a więc może podlegać ponownej ocenie treść dokumentów, będących podstawą odrzucenia. W takich okolicznościach dążenie Przystępującego do powtórzenia badania i oceny ofert jest wystarczające do uznania, że ma on interes w rozstrzygnięciu na korzyść Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na rozprawie wnosił o jego oddalenie. Wskazywał na brak szkody po stronie Odwołującego, co w ocenie Zamawiającego nie pozwala na uznanie, że wykonawca ma legitymację do wniesienia odwołania.

Zamawiający podnosił, że wsparcie techniczne ma dwa aspekty. Po pierwsze – może to być usługa wsparcia dotycząca oprogramowania dedykowanego; każdy może ją świadczyć. Po drugie, usługa dot. oprogramowania standardowego, odnosi się wyłącznie do wsparcia świadczonego osobiście przez producenta i jest płatna z góry. Zamawiający wyraźnie - w swojej ocenie – wskazał w SIWZ, że wybrał drugą formę wsparcia technicznego, przy założeniu pośrednictwa w dostawie takiego wsparcia. Jego zdaniem ze specyfikacji jednoznacznie wynikało, że w każdym przypadku, niezależnie od tego kto będzie wykonawcą, to IBM (producent oprogramowania) ma świadczyć usługę wsparcia technicznego. Przywoływał postanowienia projektu umowy: § 4 ust. 1 – jedna płatność za przedmiot umowy, § 6 odnoszący się do kar umownych, przewidujący karę za opóźnienie w dostawie. Zatem z SIWZ wynikało, że przedmiotem zamówienia jest wykupienie wsparcia technicznego, co wynika chociażby z nazwy postępowania, wskazanej w SIWZ. Przywoływał również zał. nr 1 do umowy odnoszący się do wsparcia producenta na okres 12 m-cy. W związku z takimi uwarunkowaniami specyfikacji, zakładającymi pośrednictwo wykonawcy w realizacji zamówienia przez IBM tj. producenta oprogramowania, Zamawiający oczekiwał potwierdzenia od producenta (oświadczenia), że będzie pełnił wsparcie techniczne na warunkach określonych w specyfikacji. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że nie wyklucza, że postanowienia SIWZ wskazują, że realizować zamówienie może tylko jeden wykonawca – w jego ocenie rzeczywiście wynika to z SIWZ, ale ewentualne zarzuty w tym zakresie są spóźnione.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Zamawiający wskazywał na brak legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania, ponieważ brak po jego stronie szkody, jako że oferta Odwołującego jest druga i ewentualne uwzględnienie odwołania nie będzie prowadziło do uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą, termin realizacji zamówienia określono na 19.12.2014 r., a Zamawiający nie przewidywał jego zmiany i zawarcie w tym momencie (czy później) umowy jest niemożliwe, ponieważ umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna, a ponadto Zamawiający obecnie posiada środków na finansowanie zamówienia - posiadał je w 2014 roku, ale je utracił.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert. Wprawdzie oferta Odwołującego jest droższa spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu, jednak powtarzając czynność badania i oceny obu ofert, Zamawiając będzie ponownie badał treść oświadczeń producenta, które stały się podstawą do odrzucenia ofert jako niezgodnych z SIWZ, a treść tych oświadczeń (załączonego do oferty Odwołującego i przedłożonego przez Przystępującego w ramach uzupełnienia dokumentów) są różne. Ponieważ Izba jest związana granicami odwołania i bada je jedynie w zakresie podniesionych w nim zarzutów, rozstrzygnięcie dotyczy tylko oferty Odwołującego (oświadczenia producenta oprogramowania załączonego do jego oferty).

Na prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej nie mogą również mieć wpływu pozostałe argumenty Zamawiającego: na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie unieważnił postępowania z innych powodów, niż złożenie dwóch ofert podlegających odrzuceniu; sam fakt, że Zamawiając przewidywał zawarcie umowy w określonym terminie, nie może przesądzać, że świadczenie jest niemożliwe – skoro projekt umowy przewidywał realizację świadczenia umownego przez okres 12 miesięcy. W odniesieniu do ewentualnego braku środków – Izba stwierdziła brak udokumentowania zmiany kwoty, którą Zamawiając zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podanej przed otwarciem ofert. Lakoniczne oświadczenie Zamawiającego na rozprawie, że obecnie nie posiada środków na realizację zamówienia, nie może być w ocenie Izby podstawą decydującą o stwierdzeniu braku szkody po stronie Odwołującego, związanej z odrzuceniem jego oferty.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający jako podstawę prawną odrzucenia oferty podał art. 89 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, jednak w kontekście podanej podstawy faktycznej (niezgodność oferty z treścią SIWZ) Izba uznała to za oczywistą omyłkę pisarską; faktyczną podstawą prawną odrzucenia był art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Nie było sporne, że do oferty należało załączyć „oświadczenia producenta oprogramowania, iż będzie on pełnił wsparcie techniczne dla oprogramowania do analizy kryminalnej IBM i2”.

Odwołujący do oferty załączył oświadczenia producenta oprogramowania, iż „ACSYS BSC Sp. z o.o. jest uprawniona do pełnienia wsparcia technicznego dla oprogramowania do analizy kryminalnej IBM 12, na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących postępowania o zamówienie nr 223/BŁil/14/TP/RK, ogłoszonego przez Komendę Główną Policji”.

Zamawiając odrzucił ofertę Odwołującego (i w konsekwencji, ponieważ odrzucił także drugą spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu, unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia) uznając, że jest niezgodna z SIWZ, ponieważ oczekiwał (jak wynika z jego wyjaśnień na rozprawie), że producent oprogramowania będzie pełnił wsparcie osobiście, a nie za pomocą wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu. Zamiarem Zamawiającego, było, jak podnosił, nie zakup usługi polegającej na pełnieniu wsparcia technicznego, ale nabycie pakietu wsparcia technicznego (dostawa). Zdaniem Zamawiającego, pakiet wsparcia technicznego można pochodzić wyłącznie od producenta oprogramowania, a wykonawca składający ofertę w postępowaniu może być jedynie pośrednikiem w jego nabyciu.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że oczekiwania Zamawiającego nie wynikały w sposób jasny i jednoznaczny z SIWZ (pomijając nawet kwestię, czy oczekiwanie rzeczywistego świadczenia przez wyłącznie jeden podmiot – producenta oprogramowania – jest możliwe do uzyskania w drodze przetargu nieograniczonego w sposób zgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych). Trudno dopatrzeć się w żądaniu „oświadczenia producenta oprogramowania, iż będzie on pełnił wsparcie techniczne dla oprogramowania do analizy kryminalnej IBM i2” wyłączenie możliwości upoważnienia przez producenta podmiotu trzeciego do zrealizowania takiego świadczenia (rację miał również Odwołujący, że biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ, powyższy wymóg można było również rozumieć w ten sposób, że Zamawiając wymaga oświadczenia producenta, że to wykonawca będzie pełnił wsparcie techniczne). Trudno też z takiego oświadczenia wyinterpretować, że jeżeli wykonawca będzie pełnił wsparcie techniczne, będzie to usługa, a jeżeli producent oprogramowania – będzie to dostawa. Sposób wykonywania świadczenia został uregulowany w projekcie umowy załączonym do SIWZ, i nie można się dopatrzeć w oświadczeniu producenta załączonym do oferty wykonawcy elementów stojących w sprzeczności z postanowieniami przyszłej umowy – z oświadczenia można jedynie wywieść, że producent oprogramowania nie zamierza pełnić wsparcia technicznego osobiście, ale upoważnia do tego Odwołującego. Zatem w ocenie Izby nie można uznać, że ze względu na treść oświadczenia producenta oprogramowania treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W konsekwencji Izba stwierdziła, że konieczne jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania i powtórzenie badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności, że w ofercie

Odwołującego brak podstawy wynikającej z oświadczenia producenta (doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych), wskazującej na niezgodność tej oferty z treścią SIWZ, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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). Odwołujący nie załączył do akt sprawy rachunku, który zgodnie z przepisami jest niezbędny do uwzględnienia kosztów zastępstwa (oświadczył na rozprawie do protokołu, że rachunek nie został jeszcze wystawiony).

Przewodniczący:

.....