

Sygn. akt: KIO 580/10

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 6 kwietnia 2010 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **IT.expert Sp. z o.o., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 172 oraz Betacom S.A., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31 A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Bydgoszcz, 85-102 Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia **Wola Info S.A, 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 7 oraz Noblestar Polska Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. Cybernetyki 7** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża **IT.expert Sp. z o.o., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 172 oraz Betacom S.A., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31 A** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **IT.expert Sp. z o.o., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 172 oraz Betacom S.A., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31 A**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 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 **Bydgoszcy**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Bydgoszcz w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie projektami, programami i usługami w Urzędzie Miasta Bydgoszczy”, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 marca 2010 r., pozycja 47673, wobec czynności oceny ofert, w dniu 6 kwietnia 2010r. wniesione zostało odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę, którego ofertę zamawiający odrzucił – konsorcjum firm: IT.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie (odwołujący). Kopia odwołania przekazana została zamawiającemu faksem w dniu jego wniesienia do Prezesa KIO. O czynności zamawiającego odwołujący został powiadomiony pismem z dnia 31 marca przekazanym odwołującemu w tym samym dniu faksem.

W odwołaniu wykonawca zakwestionował prawidłowość decyzji zamawiającego, który uznał, iż oferta odwołującego nie spełnia oczekiwań w zakresie zaproponowanego modułu „HP Aasset Manager/Procurement” i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Odwołujący zaprzeczył, jakoby jego oferta nie spełniała wymagań określonych w siwz (w tym w opisie przedmiotu zamówienia), na potwierdzenie czego wskazał na treść oświadczeń zawartych w treści oferty (pkt 1 i 2 ppkt 4 oferty), jak również na zaoferowane oprogramowanie HP Aasset Manager. Odwołujący podkreślił, iż sposób nadania nazwy przez producenta oprogramowania nie wskazuje na rodzaj licencji, który określony zostaje za pomocą numeru produktu, natomiast jest wystarczający dla potwierdzenia zgodności z wymaganiami zamawiającego. Odwołujący uwzględnił w wycenie licencji, jakie składają się na „bazę aktywów”, obejmujące: HP Aasset Portfolio (Part Number: T9502AAE)HP AM Contract Managment (Part Number: TB658AAE), HP AM Financial Managment (Part Number: TB656AAE) HP AM Software Aasset Management (Part Number: T9516AAE). Odwołujący podkreślił, iż zamawiający mógł wyjaśnić ewentualne nieporozumienia dotyczące zakresu proponowanych modułów, a które były wynikiem nienależytego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, zwracając się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. Odwołujący sporządzając ofertę postępował zgodnie z instrukcją zamawiającego, z której wynikało, iż wykonawcy mieli wskazać „nazwę oprogramowania producenta/nazwę modułu”, określonej w liczbie pojedynczej, a nie mnogiej („nazwy modułów”). Negatywne konsekwencje nieściślych zapisów siwz, poniósł odwołujący, co jego

zdaniem było niezgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy PrZamPubl. W dalszej kolejności odwołujący podniósł, iż zamawiający w inny sposób ocenił ofertę wybraną złożoną przez konsorcjum Wola Info i Noblestar, przez co miało dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl). Zamawiający miał dokonać wyboru oferty, w której wskazano wyłącznie 1 z 13 modułów, jednocześnie odrzucając ofertę, odwołującego, w której wskazał wszystkie moduły. Odwołujący odniósł się również do prawidłowości oferty wybranej, wskazując na jej niezgodności z wymaganiami zamawiającego. Niezależnie od powyższego, odwołujący wywodził z faktu, iż wybrana oferta opiewa na kwotę przekraczającą 193.000 euro, konieczność przeprowadzenia postępowania w trybie przewidzianej dla postępowań o wartości przekraczającej kwoty określone rozporządzeniem, dającej wykonawcom (odwołującemu) większy zakres ochrony prawnej. Zmiana wartości zamówienia spowodowała, w ocenie odwołującego, konieczność zastosowania właściwej procedury, jak również przyznanie uprawnień do wniesienia środka ochrony prawnej w zakresie szerszym, niż wynikający z art. 180 ust. 2 ustawy. Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, której cena przekraczała wartość zamówienia, uzasadniając to okolicznością, iż oferty pozostałych wykonawców mieściły się w kwocie podanej przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty konsorcjum Wola Info i Noblestar i dokonanie ponownej oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stornie zamawiającego wykonawca, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą, konsorcjum firm: Wola Info S.A z siedzibą w Warszawie oraz Noblestar Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 14 kwietnia 2010 r.) wniósł o jego oddalenie, przedstawiając argumentację swojego stanowiska. Zamawiający uznał, iż nie miał podstaw do występowania do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy o wyjaśnienie treści oferty, która zawierała wszystkie wymagane informacje, w tym kluczową w przedmiotowej sprawie nazwę zaproponowanego oprogramowania i modułu. Zamawiający stwierdził niezgodność treści oferty w obszarze „baza aktywów” z wymaganiami wskazanymi w „Opisie przedmiotu zamówienia”: *„system może mieć budowę modułową (tzn. składać się w szczególności z kilku odrębnych programów), przy czym Zamawiający wymaga, aby wszystkie zaproponowane przez wykonawcę moduły pochodziły od jednego producenta i zapewniały integralność oraz wymianę informacji pomiędzy sobą. Pełna opisana poniżej funkcjonalność musi być dostarczona w oparciu o gotowe produkty (Zamawiający, o ile nie*

zostało to jawnie wskazane w poniższym opisie, nie dopuszcza produktów, które miałyby być wytworzone w związku z realizacją przedmiotowego postępowania, w wyniku prac programistycznych). Zamawiający w celu weryfikacji zgodności deklarowanej przez oferenta funkcjonalności systemu będzie opierał się o informacje umieszczone oficjalnie na stronie producenta oprogramowania (...)". Zamawiający po uzyskaniu potwierdzenia ze strony przedstawiciela producenta oprogramowania ustalił, iż minimalny zestaw modułów zaproponowanego oprogramowania HP Asset Manager (HP AM), powinien zawierać moduły: HP AM Portfolio, HP AM Contract Management, HP AM Financial Management, HP AM Software Asset Management. W treści oferty odwołującego, w obszarze baza aktywów wpisano: HP Asset Manager/ Procurement Management. Zamawiający na tej podstawie uznał, iż zaproponowany moduł nie spełnia jego wymagań, jak również wykluczył możliwość wprowadzenia zmian w treści oferty, które nie wynikałyby z poprawienia omyłek pisarskich i rachunkowych lub innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz. Zamawiający uznał, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek należytej staranności w przygotowaniu oferty, w tym również ustalenia minimalnego zestawu modułów, jakie powinny być zaproponowane. Wykonawca w ofercie podał nazwę modułu, jako pojedynczego elementu, na co nie mogło mieć wpływu użycie w formularzu ofertowym liczby pojedynczej w odniesieniu do modułu. Ponieważ zaproponowany moduł nie mieścił się w katalogu czterech wymaganych modułów w zakresie oprogramowania HP AM, zamawiający uznał, iż nie miał podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, iż wzywając wybranego wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty, w celu uzyskania informacji, co do zaproponowanych modułów, nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy, pomimo, iż wykonawca ten nie określił 12 spośród 13 przypadków nazw modułu do zaproponowanego w ofercie oprogramowania. Ponieważ oferta odwołującego zawierała wskazanie nazwy zaproponowanego oprogramowania i modułu, to zdaniem zamawiającego była ona jednoznaczna i czytelna. Jedyne wątpliwości zamawiającego budziła oferta wybrana jako najkorzystniejsza i dlatego zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie jej treści. W ocenie zamawiającego okoliczność, iż cena wybranej oferty przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie stanowił przesłanki do unieważnienia postępowania, jak również do odrzucenia oferty konsorcjum Wola Info S.A. oraz Noblestar Sp. z o.o.

KIO uznała, iż odwołanie na zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron złożonych w pismach i ustnie na rozprawie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2

grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

W związku z wartością przedmiotowego zamówienia (mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8), odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę w zakresie dopuszczalnego na gruncie przepisu art. 180 ust. 2 a ustawy PrZamPubl zakresu zaskarżenia. Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących oferty wybranej, ograniczając swoje stanowisko wyłącznie do ustalenia, czy w okolicznościach niniejszej sprawy zachodziła podstawa do odrzucenia oferty odwołującego.

Izba uznała, iż w postępowaniu zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, odrzucając ofertę odwołującego. W ocenie składu orzekającego, ocena oferty odwołującego dokonana została przez zamawiającego w oparciu o jej treść, która wskazywała na niezgodność z wymaganiami dotyczącymi funkcjonalności, jakie miała spełniać baza aktywów. Okolicznością bezsporną pomiędzy stronami było ustalenie, iż zaoferowane przez odwołującego oprogramowanie HP Asset Manager musiało obejmować co najmniej cztery moduły, tak aby spełnić wszystkie wymagania opisane w załączniku do siwz (Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2.10 i 2.12). Istota zarzutu wynikała z oceny, czy odwołujący w treści oferty zaoferował wymagane moduły dostępne w ramach oprogramowania HP AM. W swojej ofercie, na stronie 6, odwołujący wskazał, iż oferuje w zakresie bazy aktywów oprogramowanie HP Asset Manager/Procurement Management. W toku rozprawy odwołujący oświadczył, iż nazwa wskazana po znaku „/” dotyczy jednego z modułów dostępnych w ramach oprogramowania, spełniającego warunek opisany w załączniku do siwz w pkt 207. Odwołujący nie zaprzeczył, iż wskazany w treści oferty moduł nie pozwala osiągnąć wszystkich wymaganych funkcjonalności bazy aktywów. W tych okolicznościach Izba uznała, iż oferta odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl. Izba nie uznała za uprawnione wnioskowanie odwołującego, iż wskazanie na oprogramowanie HP AM było jednoznaczne z zaoferowaniem modułów: HP AM Portfolio, HP AM Contract Management, HP AM Financial Management, HP AM Software Asset Management, co miałyby wynikać z oświadczenia zawartego na stronie 7 oferty, iż „dostarczony system informatyczny wspomagający zarządzanie projektami, programami i usługami IT w Urzędzie Miasta Bydgoszczy spełnia stawiane przez

Zamawiającego wymagania, określone w opisie przedmiotu zamówienia”. Oświadczenie to nie mogło zastępować treści oświadczenia zawartego we wcześniejszej części formularza ofertowego, w którym wykonawca określił wprost oferowany moduł oprogramowania HP AM Procurement Management. Treść oferty wskazywała w sposób jednoznaczny na zakres oferowanego oprogramowania i w tych okolicznościach wystąpienie o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy PrZamPubl prowadziłyby do niedozwolonej zmiany treści oferty. W ocenie Izby zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 ustawy PrZamPubl, gdyż procedura wyjaśnienia treści oferty nie może służyć poprawianiu w niej błędów, z wyłączeniem okoliczności wskazanych w treści art. 87 ust. 2 ustawy PrZamPubl. Odwołujący nie podnosił zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2, a zatem przedmiotem rozpoznania nie było stwierdzenie, czy brak wskazania w treści oferty wszystkich koniecznych modułów, podlegał poprawieniu przez zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia, dokonany za pomocą określenia wymaganych funkcjonalności, wymagał ustalenia przez wykonawców koniecznych narzędzi, w jakie powinien zostać wyposażony oferowany system. Ryzyko braku wskazania tych narzędzi spoczywało na wykonawcy, a jego błędy w tym zakresie skutkować musiały odrzuceniem oferty, jako niespełniającej oczekiwań zamawiającego. Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, określone przepisem art. 7 ust. 1 ustawy PrZamPubl. W zakresie spornej pozycji dotyczącej bazy danych, w ofercie wybranej wykonawca wskazał na zakres modułów wystarczających dla osiągnięcia wymaganej funkcjonalności. Okoliczność, iż w zakresie innych pozycji zamawiający wystąpił do innego wykonawcy o złożenie wyjaśnień nie miała znaczenia dla stwierdzenia zgodności treści oferty odwołującego z siwz. Izba nie stwierdziła również wystąpienia okoliczności wskazujących na konieczność zmiany trybu postępowania, a wynikającej z wysokości ceny zaoferowanej w wybranej przez zamawiającego ofercie. Ustalenie trybu w jakim zamawiający winien prowadzić postępowanie następuje na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia i jest niezależne od wysokości cen jakie zostaną zaoferowane przez wykonawców. Ponieważ odwołanie nie przysługiwało na czynność zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, Izba nie zajęła stanowiska w tym zakresie.

W związku z powyższym odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....