

Sygn. akt KIO 531/11

Sygn. akt KIO 546/11

WYROK
z dnia 29 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 14 marca 2011 r. przez:

A. MADKOM Sp. z o.o., 81-451 Gdynia, Aleja Zwycięstwa 96/98,

B. ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a,

od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego - **Gmina Miasto Koszalin, 75-007 Koszalin, Rynek Staromiejski 6-7,**

przy udziale wykonawcy **Sputnik Software Sp. z o.o., 60-201 Poznań, ul. Górecka 30,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 531/11,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania: MADKOM Sp. z o.o., 81-451 Gdynia, Aleja Zwycięstwa 96/98, i ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MADKOM Sp. z o.o., 81-451 Gdynia, Aleja Zwycięstwa 96/98 oraz wykonawcę ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a, i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisów uiszczonych przez

odwołujących, w tym:

- 1) koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – kwota wpisu uiszczonego przez **MADKOM Sp. z o.o., 81-451 Gdynia, Aleja Zwycięstwa 96/98,**
- 2) koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – kwota wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a.**

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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 **Koszalinie.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 531/11

Sygn. akt KIO 546/11

U z a s a d n i e

Zamawiający: Gmina Miasto Koszalin z siedzibą w Koszalinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pod nazwą „Zakup i implementacja systemu elektronicznego obiegu dokumentów oraz szkolenie z systemu elektronicznego obiegu dokumentów na potrzeby projektu Portal edukacyjny województwa zachodniopomorskiego – Koszalin”. Zamawiający zawiadomił wykonawców w dniu 4 marca 2011 r. o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy MADKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni i odrzuceniu oferty wykonawcy ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie wraz zatrzymaniem wadium tego wykonawcy.

W dniu 14 marca 2011 r. wykonawcy: MADKOM Sp. z o.o. - sygn. akt KIO 531/11 i ComArch S.A.– sygn. akt KIO 546/11 – wnieśli odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 18 marca 2011 r. wykonawca Sputnik Software Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu po stronie zamawiającego, w sprawie z odwołania MADKOM Sp. z o.o. sygn. akt KIO 531/11, w zakresie zarzutów dotyczących złożonej przez wykonawcę oferty.

A. Odwołujący MADKOM Sp. z o.o. sygn. akt KIO 531/11 wniósł odwołanie od czynności zamawiającego dokonanej z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz innych przepisów wymienionych w odwołaniu, polegającym na:

1. Odrzuceniu oferty odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie Funkcji B pkt 8 i 18 podczas, gdy oferta odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zakresu zamówienia, czynność narusza - art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2.

2. Zaniechaniu:

1) podania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, co narusza art. 7 ust. 1 i art. 92 ust. 1 pkt 2;

2) wykluczenia wykonawcy Sputnik Software Sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a w szczególności przedłożył wykaz wykonanych dostaw na potwierdzenie warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz

referencje należytego ich wykonania, w którym to wykazie były zawarte nieprawdziwe informacje co do faktu, że wskazana dostawa spełnia wymagania określone przez zamawiającego, co narusza art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3;

3) odrzucenia oferty wykonawcy Sputnik Software Sp. z o.o., której treść jest niezgodna z przepisami ustawy oraz z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zaoferowanie przez wykonawcę dwóch systemów, co narusza - art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 1;

4) odrzucenia oferty wykonawcy Sputnik Software Sp. z o.o., której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej wskazania zakresu prac, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, powodując tym naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2;

5) wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o., który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, co narusza art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4;

6) odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o., której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej wskazania zakresu prac, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, co skutkuje naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2;

7) wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co narusza art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 4 marca 2011 r.,
- 2) wykluczenia wykonawcy lub ewentualnie odrzucenia oferty Sputnik Software Sp. z o.o.,
- 3) odrzucenia oferty Zakładu Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o.,
- 4) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając posiadanie interesu uprawniającego do wniesienia odwołania, odwołujący podał, że w przypadku prawidłowej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert, zamawiający powinien wykluczyć wykonawców lub odrzucić ich oferty – Sputnik Software Sp. z o.o. i Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. Wskazał, że oferta Zakładu Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o., jest mniej korzystna od jego oferty, jednak w razie ponownej oceny ofert mogłaby zostać uznana za korzystniejszą. Odwołujący uznał, że w wyniku dokonania właściwych czynności przez zamawiającego, jego oferta byłaby najkorzystniejsza i odwołujący uzyskałby zamówienie, co przesadza, że jest

uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy.

I.W zakresie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołujący uzasadnił stanowisko następująco.

Zamawiający zażądał w rozdziale I pkt 6a siwz przedstawienia próbki oferowanego systemu celem sprawdzenia czy odpowiada on wymaganiom. W tym celu zawarł w siwz „Scenariusz zaprezentowania systemu SEOD”. W pkt B opisał procedurę realizacji funkcji: „Dekretacja pojedyncza i hurtowa pism zarejestrowanych w pkt A”.

W dniu 28 stycznia 2011 r. odwołujący dokonał prezentacji oferowanego produktu. W dniu 9 lutego 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego, że podczas prezentacji nie została potwierdzona funkcja B, w związku z czym wezwał do uzupełnienia dokumentacji w tym zakresie poprzez ponowną prezentację produktu. Ponownej prezentacji odwołujący dokonał w dniu 21.02.2011 r. W dniu 04.03.2011 r. zamawiający poinformował odwołującego o decyzji w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

W decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał, że oferowany przez odwołującego program nie spełnia - Funkcji B - Dekretacja pojedyncza i hurtowa pism zarejestrowanych w pkt A, w zakresie pkt 8 - sprawdzenie poprawności wpisów wykazało, że mimo dokonania zwrotu pisma przez komórkę wiodącą pismo nadal widnieje w komórkach współpracujących, co jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego zawartymi w rozdziale II (opis przedmiotu zamówienia) podrozdział III pkt 1 ppkt 17) siwz, doprecyzowanymi w odpowiedzi na pytanie nr 41 pkt 2 (dotyczące treści siwz) oraz w zakresie pkt 18 - sprawdzenie poprawności wpisów wykazało błędne zapisy w kolumnie: „Komórka współpracująca”.

Odwołujący uznał, że decyzja nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy i jest zupełnie bezpodstawną. Podał następujące uzasadnienie stanowiska:

zgodnie z treścią postanowień siwz (rozdział II, podrozdział III pkt 1 ppkt 17):

„17) Dekretacja pisma musi obejmować m.in.:

- a) dekretację hurtową i odbiór hurtowy. Przez dekretację hurtową należy rozumieć zaznaczenie wielu odebranych pism i możliwość zadekretowania jednym kliknięciem do wybranej komórki organizacyjnej lub osoby. Odebrane pisma mają pokazywać się w uporządkowanym widoku - domyślnie wg numeru z dziennika korespondencji,
- b) komórka organizacyjna wskazana przy dekretacji jako komórka wiodąca musi znajdować się jako pierwsza na liście,
- c) zwrot pisma z komórki wiodącej musi powodować jednoczesny zwrot pisma z komórek wskazanych przy dekretacji jako kolejne współpracujące, do których zadekretowane zostało dane pismo,
- d) zwrot pisma z komórki wskazanej przy dekretacji jako kolejna komórka współpracująca nie może powodować braku możliwości wszczęcia sprawy przez

komórkę wiodącą i kolejne wskazane przy dekretacji jako współpracujące, do których zadekretowane zostało dane pismo (musi być widoczna jedynie informacja w historii dokumentu o dokonaniu zwrotu przez zwracającą komórkę organizacyjną).”

Podał, że procedury postępowania w ramach tej funkcji zostały opisane w pkt B „Scenariusza zaprezentowania SEOD podczas sprawdzenia oferty” stanowiącego integralną część siwz.

Stwierdził, że jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 41 dotyczącej treści siwz zamawiający podał, że:

„1. Jeżeli zwrotu dokonuje kierownik komórki wiodącej to ani w komórce wiodącej ani w każdym kolejnych współpracujących pismo nie będzie figurowało jako pismo przychodzące (w poczcie przychodzącej). W komórce współpracującej może być widoczna informacja o wycofaniu pisma do ponownej dekretacji.

2. Efekty: możliwość dokonania zwrotu, brak pisma w poczcie przychodzącej wszystkich komórek do których pismo zostało zadekretowane, w historii pisma zaznaczony zwrot, u dekretującego (Sekretarz) pojawia się zwrot pisma w poczcie przychodzącej - podrozdział III wymagania SEOD, 1. Wymagania funkcjonalne SEOD, pkt 17), ppkt c. i d.)”.

Odwołujący podniósł, że podczas prezentacji dokonanej w dniu 21 lutego 2011 r. oferowany program spełnił wszystkie wymagania określone w siwz. W szczególności wskazał, że w zakresie kwestionowanej funkcjonalności w pkt 8 - wszystkie parametry zostały spełnione, czego potwierdzeniem był załącznik nr 4 do protokołu z prezentacji (po wykonaniu żądanych przez zamawiającego czynności opisanych w metodyce sprawdzania systemu i zalogowaniu się do systemu z poziomu Kierownika komórki współpracującej CD na ekranie w polach dotyczących pisma, które zostało wycofane przez komórkę wiodącą pojawiła się informacja „Wycofane”. Uznał, że wymagany efekt wynikający z odpowiedzi na pytanie nr 41, został osiągnięty. Odwołujący wskazał, że nie ma znaczenia dla oceny spełniania przez system wymagań siwz nomenklatura słowna zastosowana przez zamawiającego. Stwierdził więc, że system powinien być sprawdzany tylko i wyłącznie pod kątem wymaganych funkcjonalności wynikających z siwz. W ocenie odwołującego w prezentowanym systemie, pismo, które zostało wycofane z komórki wiodącej przestało figurować w zakładce „Do wiadomości”, która spełnia funkcję „Poczty przychodzącej”. Po wycofaniu tego pisma w oknie komórki współpracującej pojawia się automatycznie informacja „Wycofane”. W zakładce „Historia” pokazuje się natomiast cała historia związana z czynnościami wykonywanymi z danym pismem, co również znajduje odzwierciedlenie w załączniku nr 4 do protokołu.

Odwołujący podniósł, że z siwz nie wynika jak wskazane operacje powinny być odzwierciedlone w tabelkach. Jedyne wyjaśnienie w tym zakresie zawierała odpowiedź na pytanie nr 41, do którego odwołujący zastosował się. Podniósł, że zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia prezentacji nie wskazał jakiego efektu oczekuje, a ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że pokazanie informacji z poziomu „Historia” należy uznać za niewystarczające.

Odwołujący odwołał się do ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, podnosząc, że wezwanie powinno być precyzyjne i staranne, aby wykonawca mógł spełnić oczekiwania zamawiającego, m.in. wyroki sygn. akt - KIO 1582/2010 r., KIO 1530/08, KIO/UZP1774/09, KIO/UZP 1980/09.

Z ostrożności procesowej wskazał, że w razie uznania, iż prezentowany system nie spełniał, wymogu określonego w pkt 8, zamawiający powinien wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentu poprzez precyzyjnie sformułowane wezwanie wskazujące braki i oczekiwania w zakresie ostatecznego wyglądu udokumentowania czynności w poszczególnych tabelkach, które odpowiadałyby wymaganiom zamawiającego.

Analogiczną argumentację podniósł w zakresie nie potwierdzenia spełnienia wymagań w zakresie pkt 18.

W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i w decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający stwierdził lakonicznie, że prezentacja nie potwierdziła poprawności zapisów w kolumnie „Komórka współpracująca”.

Odwołujący podał, że wobec potwierdzenia, w jego ocenie, wymagań nie jest jasne stanowisko zawarte w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, w którym zamawiający stwierdził, że przekazanie informacji o wykonanych czynnościach z poziomu „Historia” należało uznać za niewystarczające podczas, gdy w siwz, która jest dokumentem wiążącym w opisie pkt 18 Funkcji B zamawiający wprost wskazał, że sprawdzenie poprawności wpisów odbędzie się z poziomu kolumna „Historia”.

Odwołujący wskazał ponadto, że z uwagi na brak uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty może jedynie domniemywać, iż w zakresie pkt 18 zamawiający zakwestionował fakt, że pomimo wycofania pisma z komórki współpracującej AB w elektronicznej książce podawczej w rubryce „Komórka współpracująca” - komórka AB nadal figurowała.

Podniósł, że zamawiający w postanowieniach siwz nie wskazał, że w takim przypadku kwestionowany wpis ma zniknąć z rubryki. W ocenie odwołującego postanowienie zawarte siwz, że sprawdzenie przebiegu czynności odbędzie się z poziomu „Historia” potwierdza, że w pozostałych rubrykach muszą być wpisy odzwierciedlające, iż dane pismo znajdowało się w danej komórce. Stąd, zamawiający oczekując by po wycofaniu pisma z danej komórki współpracującej w Książce podawczej komórka ta „zniknęła” z rubryki „Komórki współpracujące”, powinien sprecyzować wymóg w siwz.

Odwołujący podniósł, że prezentowany system spełnił wszystkie wymagania siwz, a ewentualne braki w prezentacji wynikały z wadliwego wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz braków odpowiednich postanowień w siwz. Stwierdził, że zamawiający swoją czynnością naruszył art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty, która

spełniała wymagania siwz, a także art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez brak uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty, co może uniemożliwić skuteczne zaskarżenie decyzji.

Jednocześnie z ostrożności procesowej wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie skierowania skonkretyzowanego i zupełnego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących prezentacji próbek systemu.

II. W zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy Sputnik Software Sp. z o.o.

Odwołujący podał, że w siwz w rozdziale I pkt 5 ppkt 2 lit. a zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia uznając, iż warunek zostanie spełniony „jeżeli (wykonawca) wykaże, że posiada doświadczenie zawodowe, legitymując się wykonaniem (zakończone) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jednego wdrożenia Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentami (SEOD) w jednostce administracji publicznej na minimum 250 stanowiskach o wartości zamówienia co najmniej 150.000,00 zł.”

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca był zobowiązany przedłożyć wykaz zawierający wskazanie realizacji wymaganej usługi oraz załączyć dokument potwierdzający należyte wykonanie zobowiązania. Spółka Sputnik Sp. z o.o. załączyła do swojej oferty wykaz z którego wynika, że wdrożenie Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów dla Urzędu Miasta Żory dotyczyło ponad 300 użytkowników, cena usługi wyniosła 2 050 112,40 zł brutto; zrealizowano usługę w okresie 14. 04. 2010 r. - 30.09. 2010 r. Wykonawca załączył referencję wystawioną przez Urząd Miasta Żory.

W wyniku wezwania do wyjaśnień, wykonawca podał, że wartość samego wdrożenia Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentami wynosiła 178 974,00zł w związku z czym wskazana dostawa spełnia wymagania siwz.

Odwołujący podniósł, że w jego ocenie, wykonawca Sputnik Software Sp. z o.o. zawarł nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, bowiem zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącą postępowania prowadzonego przez Urząd Miasta Żory zamówienie dotyczyło 220 użytkowników w jednostce administracji publicznej. Pozostałe stanowiska znajdowały się poza jednostką administracji publicznej, jak np. biblioteki, szkoły itp. Wskazana usługa nie spełniała więc wymagań zamawiającego.

Informacja miała wpływ na wynik postępowania, gdyż potwierdzała spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co umożliwiło wybór oferty wskazanego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, że nieprawdziwe informacje nie podlegają uzupełnieniu (wyroki - KIO/UZP1178/10, KIO/UZP1071/10).

Podniósł, że gdyby w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie została spełniona przesłanka wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji, to usługa ta obiektywnie nie spełnia wymagań i zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy lub ewentualnie wezwać go do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Ponadto wskazał, że z załączonej referencji wynika, iż przedmiotem zamówienia była oprócz wdrożenia systemu, dostawa nowoczesnego sprzętu komputerowego, modernizacja serwerowni oraz szkolenie pracowników. Wykonawca Sputnik Software Sp. z o.o. w swoich wyjaśnieniach ograniczył się do wskazania trzech części zamówienia pomijając dostawę sprzętu czy modernizację serwerowni. Oświadczenie powinno budzić wątpliwości zamawiającego w zakresie wartości wdrożenia. Uznał, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

III. W zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i składania nieprawdziwych informacji.

Odwołujący wskazał analogicznie jak w sprawie poprzedniej oferty, że firma OTAGO Sp. z o.o. w swojej ofercie, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, podała dostawę dla Urzędu Miejskiego w Zabrze. Z załączonych do wykazu referencji wynika, że dostawa dotyczyła co najmniej 60 stanowisk, co nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W wyniku uzupełnienia dokumentów wykonawca przedłożył nowy wykaz, w którym wskazał tę samą dostawę precyzując, że dotyczyła 250 stanowisk. Informacje te, w świetle załączonych referencji, należało uznać za nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy. Odwołujący podniósł, że w świetle wskazanych rozbieżności zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie wskazanych kwestii.

IV. W zakresie zaniechania odrzucenia oferty Sputnik Software Sp. z o.o. z powodu złożenia oferty na dwa systemy.

Wykonawca mógł złożyć w postępowaniu tylko jedną ofertę (art. 82 ust. 1 ustawy), zamawiający również nie dopuścił składania ofert wariantowych (art. 83 ust. 1 ustawy), natomiast z protokołu z prezentacji systemu spółki z dnia 31 stycznia 2011 r. wynika, że wykonawca w różnych miejscach prezentacji oferował dwie różne wersje systemu obiegu elektronicznego dokumentów. Z załączników nr 3B, 4A, 4B, 5, 6, 7A, 7B, 8A, 8B, 9A, 9B, 9C do protokołu z prezentacji stanowiących wydruki zrzutów z ekranu prezentowanych funkcji wynika, że część scenariuszy została zaprezentowana w systemie PROTON wersja 3.2.9.0,

natomiast część w systemie PROTON wersja 3.2.10.0 - załączniki nr 12,15,16, 17. W ocenie odwołującego wskazana okoliczność dowodzi, że firma Sputnik Software Sp. z o.o. zaoferowała dwa przedmioty zamówienia, czyli złożyła dwie oferty i że żadna z prezentowanych wersji nie spełnia wymagań określonych w siwz, tym samym wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z przepisami ustawy i siwz.

V. W zakresie zaniechania odrzucenia ofert - Sputnik Software Sp. z o.o. i Zakładu Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. z powodu braku wskazania podwykonawstwa odwołujący podał: w myśl postanowień siwz wykonawca był zobowiązany w ramach realizacji przedmiotu zamówienia do przeszkolenia dwóch administratorów w zakresie administrowania serwerem bazy danych oraz bazą danych systemu, w autoryzowanym ośrodku, przez producenta oprogramowania bazy danych (Zadanie 3 pkt 2).

Jednocześnie zamawiający zażądał w siwz wskazania części zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, zamieszczając odpowiedni wzór formularza i instrukcję do jego wypełnienia.

Zarówno w ofercie Sputnik Software Sp. z o.o., jak i spółki OTAGO Sp. z o.o. brak jest wskazania części zamówienia, której wykonanie zamierza wykonawca powierzyć podwykonawcom. Należało zatem uznać, że wykonawca zadeklarował, iż samodzielnie wykona cały przedmiot zamówienia. W formularzach ofertowych firmy - Sputnik Software Sp. z o.o. i OTAGO Sp. z o.o. wskazały, że systemy będą działać w oparciu o oprogramowanie Microsoft, co oznacza, że wykonawcy powinni samodzielnie przeszkolić dwóch administratorów w swoim ośrodku autoryzowanym przez producenta oprogramowania bazy danych. Firmy te nie posiadają autoryzacji firmy Microsoft do przeprowadzania szkoleń, zatem zmuszeni będą skorzystać z podwykonawcy posiadającego autoryzację.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem KIO informacja w zakresie podwykonawstwa nie podlega uzupełnieniu, zatem jej brak w sytuacji, gdy wykonawca będzie korzystał z podwykonawców prowadzi do odrzucenia oferty jako niezgodnej z postanowieniami siwz (wyrok KIO/UZP 1541/09).

Podsumowując argumentację odwołujący stwierdził, że zaniechanie przez zamawiającego czynności, do których był zobowiązany przepisami prawa, powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Sputnik Software Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu, podał, że ma interes w tym, aby odwołanie, jako całkowicie niezasadne i pozbawione podstaw prawnych, zostało rozstrzygnięte na korzyść strony, do której przystępuje, tj. zostało oddalone w całości. W razie bowiem uwzględnienia odwołania przystępujący pozbawiony zostanie możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Oferta przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, ma on zatem niewątpliwy interes w tym, aby Krajowa Izba Odwoławcza wydała rozstrzygnięcie na korzyść zamawiającego.

Ustosunkowując się do sformułowanych w odwołaniu MADKOM Sp. z o.o. zarzutów przystępujący podniósł, że są one całkowicie niezasadne i pozbawione podstawy prawnej oraz zastrzegł prawo wyczerpującego odniesienia się do zarzutów w terminie późniejszym.

Jednocześnie przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości i o nieuwzględnienie wniosków odwołującego, w tym m.in. w zakresie nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 4 marca 2011 r., wykluczenia przystępującego lub ewentualnego odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

B. Odwołujący Comarch SA., sygn. akt KIO 546/11.

Wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności:

- 1) zatrzymania wadium,
- 2) wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (w postaci powtórzenia prezentacji funkcjonalności oferowanego systemu) - wobec odrzucenia oferty odwołującego ze względu na niezgodność jej treści z treścią siwz.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy:

- 1) art. 46 ust. 4 a poprzez zatrzymanie wadium pomimo braku spełnienia przesłanek zastosowania tej normy prawnej oraz poprzez jego błędną wykładnię, dokonaną z pominięciem wykładni celowościowej,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez wezwanie odwołującego do powtórzenia prezentacji systemu informatycznego, wobec odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na niezgodność jej treści z treścią siwz,
- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy) odwołujący żądał dokonania przez zamawiającego czynności zgodnie z wskazanym żądaniem odwołania.

1. Jako uzasadnienie interesu w rozumieniu art. 179 ustawy w odniesieniu do odwołania od czynności zatrzymania wadium odwołujący podał, że zgodnie ze znowelizowaną treścią art. 179 ust. 1 ustawy posiada interes wnosząc odwołanie, bowiem złożył w postępowaniu ofertę i ubiegał się o zamówienie, a zatem miał interes w uzyskaniu zamówienia. Zachodzi również

druga z przesłanek, a mianowicie poniesienie szkody, jaką jest zatrzymanie wadium.

Powołał się na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r., sygn. akt V CSK 456/09 w świetle, którego wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wykonawcy przysługują środki prawne określone w ustawie.

Stwierdził, że zmiana dotychczasowej linii orzeczniczej, uwzględniająca wskazane orzeczenie znalazła wyraz m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27 września 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1990/10.

Wyjaśnił, iż nie stawiał się na pierwszą z wyznaczonych prezentacji Systemu. Wezwanie do jej ponownego przeprowadzenia, dokonane w ramach uzupełnienia dokumentu, otrzymał w dniu 9 lutego 2011 r. Na tę czynność nie wnosił odwołań, gdyż nie było ku temu w tamtej dacie podstaw prawnych. Uznał, że traktowanie prezentacji jako swego rodzaju dokumentu wymienionego w art. 25 ust. 1 ustawy, a ściślej w § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów (...) i stosowanie do niej trybu uzupełnień samo w sobie - ma oparcie w przepisach ustawy.

O wadliwości wezwania do powtórzenia prezentacji, w ocenie odwołującego, przesądziła decyzja o odrzuceniu oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią siwz.

Stwierdził, że ocena zachowania terminu w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy powinna być dokonywana z punktu widzenia daty, w której odwołujący dowiedział się o zbiegu tej czynności z odrzuceniem oferty.

Podniósł, że przedmiotem odwołania jest zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy wobec dokonanego odrzucenia oferty. Odwołujący podjął wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w tym zakresie w dniu 4 marca 2011 r., zatem odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy zostało wniesione z zachowaniem terminu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy.

2. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie mógł zastosować trybu wezwania do uzupełnienia dokumentów, wobec odrzucenia oferty odwołującego ze względu na niezgodność treści oferty z treścią siwz - art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący stwierdził, że z uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty wynika, iż dla zamawiającego prezentacja jako próbka stanowiła treść oferty, zaś nieprzystąpienie do prezentacji i nieprzedstawienie próbki systemu stanowiło o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Zarzucił, iż w tym świetle wezwanie do uzupełnienia, tj. powtórzenia prezentacji było wadliwe, albowiem treści oferty nie wolno uzupełniać, wskazał wyrok z dnia 27 kwietnia 2010 r. KIO/UZP 547/10).

Ponadto naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy wywiódł z twierdzenia, iż w przypadku podleganiu oferty odrzuceniu przepis ten nie znajduje zastosowania. Zdaniem odwołującego, podleganie oferty odrzuceniu z innych przyczyn niż związane z uprzednim wykluczeniem wykonawcy

(art. 24 ust. 4 ustawy), wyłącza możliwość zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy.

3. Zarzut naruszenia art. 46 ust. 4a ustawy.

Odwołujący zarzucił, iż zatrzymanie wadium zostało dokonane z naruszeniem art. 46 ust. 4a ustawy, gdyż zatrzymanie wadium może mieć miejsce jedynie w przypadku uzasadnionego i zgodnego z przepisami ustawy wezwania do uzupełnienia dokumentów. Jest bowiem konsekwencją nieuzupełnienia żądanych dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący zarzucił ponadto, iż zamawiający błędnie zastosował przepis art. 46 ust. 4a ustawy, poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na pominięciu interpretacji celowościowej tego przepisu oraz jego charakteru. Podniósł, że przepis art. 46 ust. 4a ustawy wprowadzono w celu przeciwdziałaniu znowom przetargowym. Stwierdził, że nie uczestniczył w żadnym nielegalnym porozumieniu, mającym na celu wpływ na wybór oferty. Poza tym wyjaśnił, iż zamawiający znał powody nieprzystąpienia przez odwołującego do prezentacji. W odpowiedzi na wezwanie do powtórzenia prezentacji, pismem z dnia 14 lutego 2011 r. uprzedził zamawiającego, że na prezentację nie przybędzie. Jako powód wskazał odległe miejsce, na jakim po otwarciu ofert plasowała się oferta odwołującego i uzyskanie przez niego zamówienia nie było możliwe. Obecność na prezentacji generowałaby dodatkowe, wysokie koszty związane z jej przeprowadzeniem. Okoliczności te, zdaniem odwołującego przesądziły, że odstąpienie od prezentacji wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. Jednocześnie odwołujący zapewnił zamawiającego, iż nie będzie wnosił środków ochrony prawnej na dokonane w związku z nieobecnością na prezentacji odrzucenie oferty. Podniósł, iż przepis art. 46 ust. 4a ma charakter represyjny, a zatrzymanie wadium jest jedną z najostrejszych sankcji, jakie mogą spotkać wykonawcę. Powołał się na wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r. sygn. akt KIO/1990/10, w którym Izba odniosła się do uchwały SN z dnia 21.12.1999 r. sygn. akt I KZP 45/99 w zakresie interpretacji przepisu art. 46 ust. 4a ustawy.

Stwierdził, że intencją ustawodawcy nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku nie wywiązania się wykonawcy z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

4. Uzasadnienie uwzględnienia odwołania od czynności zatrzymania wadium w świetle 192 ust. 2 ustawy.

Odwołujący powołał się na treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie odwołującego, odwołanie od niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium może być - przy stwierdzeniu naruszenia przez zamawiającego normy prawnej wynikającej z art. 46 ust. 4a ustawy – uwzględnione. Wskazał na jednoznaczną zmianę w ocenie i rozpoznawaniu tego typu odwołań (od zatrzymania wadium) wynikającą z

powołanego postanowienia Sądu Najwyższego oraz zmiany treści art. 179 ustawy.

Zwrócił uwagę na wykładnię celowościową nowelizacji art. 179 ustawy. Podniósł, iż była ona wynikiem implementowania do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31).

Uznał, iż wykładnia celowościowa dotycząca zmiany art. 179 ustawy ma bezpośrednie przełożenie na rozumienie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy. Przyznanie przez ustawodawcę wykonawcom ochrony prawnej również w zakresie ich interesu faktycznego, a zwłaszcza wprost odniesienie się do możliwości poniesienia szkody, które koresponduje zatrzymaniem wadium - nakazuje przyjąć szeroką interpretację pojęcia wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania z art. 192 ust. 2 ustawy.

W konsekwencji odwołujący stwierdził, iż niezbędny do uwzględnienia odwołania wpływ naruszenia ustawy na wynik postępowania należy przyjąć jako wynik w rozumieniu całokształtu sytuacji faktycznej i prawnej każdego wykonawcy, mającej swe źródło w udziale w postępowaniu.

Uznał, że dla niego wynikiem postępowania jest fakt zatrzymania wadium, które utracił w związku z udziałem w postępowaniu.

5. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy został podniesiony z ostrożności. Odwołujący wskazał, że doszłoby do naruszenia tego przepisu, gdyby zamawiający nie zatrzymał wadium wykonawcom, którzy przystąpili do prezentacji lecz nie uzyskali pozytywnej oceny i ich oferty zostały odrzucone z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią siwz.

KIO ustaliła i zważyła, co następuje.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej w dalszej treści „ustawą” lub zamiennie „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu – dostawy „Zakup i implementacja systemu elektronicznego obiegu dokumentów oraz szkolenie z systemu elektronicznego obiegu dokumentów na potrzeby projektu Portal edukacyjny województwa zachodniopomorskiego – Koszalin” zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE z dnia 19 listopada 2010 r. nr 2010/S 225-344121.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w dalszej treści „siwz” zamawiający opisał w rozdziale I Instrukcja dla wykonawców podział przedmiotu zamówienia na zadania i

terminy ich realizacji,

4. Termin wykonania zamówienia (...) w tym:

1. Zadanie pierwsze - termin realizacji do czterech miesięcy od dnia zawarcia umowy - obejmujące:

- 1) udzielenie zamawiającemu pisemnej i bezterminowej licencji na używanie systemu,
- 2) dostarczenie i zainstalowanie systemu na serwerze i stacjach roboczych zamawiającego oraz stacjach roboczych miejskich szkół publicznych,
- 3) przygotowanie i zgłoszenie systemu do odbioru.

2. Zadanie drugie - termin realizacji do siedmiu miesięcy od dnia zawarcia umowy - obejmujące:

- 1) konfiguracja systemu na serwerze i stacjach roboczych zamawiającego oraz stacjach roboczych podległych szkół publicznych zgodnego z zakresem i wymaganiami funkcjonalnymi, określonymi w rozdziale II siwz,
- 2) przeniesienie do systemu słowników z dotychczas eksploatowanych systemów (słowniki: miejscowości, ulic, podatników, itp.).

3. Zadanie trzecie - termin realizacji do jedenastu miesięcy od dnia zawarcia umowy - obejmujące:

- 1) przeszkolenie pracowników Urzędu Miejskiego w Koszalinie i miejskich szkół publicznych (użytkowników zaawansowanych, użytkowników i administratorów) w zakresie eksploatacji systemu,
- 2) przeszkolenie dwóch administratorów w zakresie administrowania serwerem bazy danych oraz bazą danych systemu w autoryzowanym ośrodku przez producenta oprogramowania bazy danych,
- 3) wdrożenie systemu zgodnego z zakresem i wymaganiami funkcjonalnymi, technicznymi, administracyjnymi i bezpieczeństwa określonymi w rozdziale II siwz.

4. Zadanie czwarte - termin realizacji do dwunastu miesięcy od dnia zawarcia umowy - obejmujące:

przygotowanie i zgłoszenie systemu do odbioru końcowego, polegające m.in. na czyszczeniu bazy danych z zapisów powstałych w wyniku wprowadzania danych podczas szkolenia.

W opisie „5. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający podał, że:

1) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy spełniający warunki art. 22 ust. 1 Pzp dotyczące:

- a) posiadania uprawnień do wykonania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
- b) posiadania wiedzy i doświadczenia,
- c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do

wykonania zamówienia,

d) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

2. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków (odnoszący się do zarzutów podniesionych w odwołaniu) zamawiający przedstawił następująco:

zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunki dotyczące:

a) posiadania wiedzy i doświadczenia - jeżeli wykaże, że posiada doświadczenie zawodowe, legitymując się wykonaniem (zakończone) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jednego wdrożenia Systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentami (SEOD) w jednostce administracji publicznej na minimum 250 stanowiskach o wartości zamówienia co najmniej 150.000,00 zł,

W opisie „6.Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków z art. 22 ust. 1 Pzp”, zamawiający wymagał złożenia:

2) wykazu wykonanych usług (wskazanych w pkt 5 ppkt 2a), złożonym na formularzu zgodnym z załącznikiem nr 1 do oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zawartym w rozdziale III siwz,

3) dokumentów potwierdzających, że usługi wymienione przez wykonawcę w wykazie, zostały wykonane (zakończone) należycie (m.in. referencje).

W punkcie 6a o treści „6a. W celu potwierdzenia, że oferowany system SEOD odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego” zamawiający opisał wymóg prezentacji następująco:

„1. Zamawiający żąda próbki oferowanego SEOD przedstawionej przez wykonawcę w formie prezentacji wskazanych w „Scenariuszu zaprezentowania systemu SEOD podczas sprawdzenia oferty” funkcji. Sprawdzenie odbywać się będzie na sprzęcie oraz oprogramowaniu Wykonawcy w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, w okresie po otwarciu ofert, a przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym zamawiający poinformuje wykonawcę z co najmniej trzydniowym wyprzedzeniem.

Prezentacja ma na celu zweryfikowanie złożonej przez wykonawcę oferty pod względem zgodności z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi przedmiotu zamówienia opisanego szczegółowo w rozdziale II siwz.

Zamawiający wymaga, aby wykonawca przeprowadził prezentację w oparciu o rzeczywistą strukturę organizacyjną Urzędu Miejskiego w Koszalinie, którą można pobrać ze strony Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu (<http://bip.koszalin.pl>).

Wykonawca przedstawi próbkę oferowanego SEOD na podstawie poniżej zamieszczonego „Scenariusza zaprezentowania systemu SEOD podczas sprawdzenia oferty”.

W celu udokumentowania wykonania punktów w poszczególnych procedurach realizacji funkcji zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania dokonania przez wykonawcę wydruku

zrzutu ekranu potwierdzającego wykonanie (lub niewykonanie) punktu.

„Scenariusz zaprezentowania systemu SEOD podczas sprawdzenia oferty”:

A. Funkcja - Rejestracja pism wraz z załącznikami dostarczonych bezpośrednio przez klienta do Kancelarii Urzędu.

B. Funkcja - Dekretacja pojedyncza i hurtowa pism zarejestrowanych w pkt A

Procedura realizacji funkcji (zakres objęty odwołaniem):

8. Zalogować się w SEOD jako kierownik komórki organizacyjnej wskazanej przy dekretacji jako pierwsza współpracująca, a następnie jako druga współpracująca i sprawdzić poprawność wpisów.

18. Sprawdzić poprawność wpisów oraz informacje o dokonanych operacjach z poziomu dziennika korespondencji przychodzącej (kolumna „Historia”).

UWAGA!!! Nieprzystąpienie wykonawcy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie do prezentacji lub niewykonanie choćby jednego z bezwzględnie wymaganych punktów procedury realizacji funkcji, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skutkować będzie odrzuceniem oferty, jako że jej treść nie odpowiada treści SIWZ”.

Zamawiający podał, że wykonawcy mają poddać próbkę oferowanego systemu prezentacji.

Określił procedurę prezentacji w części pt. Scenariusz ... (tabela) wyszczególniając funkcje w zakresie, których należy wykazać zgodność systemu z wymaganiami zamawiającego, oznaczając je lit. od A do H. W dopisku oznaczonym „UWAGA!!!” podkreślił, że nieprzystąpienie do prezentacji lub niespełnienie wymagań prezentacji skutkować będzie odrzuceniem oferty, jako w zakresie treści niezgodnej z treścią siwz. Zastrzegł jednocześnie zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy, który stanowi, że „3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.”

Zamawiający wyznaczył terminy prezentacji (pismo z dnia 12.01.2011 r. BZP.AB. 3410-74/10):

A. Wykonawcy MADKOM Sp. z o.o. w dniu 28 stycznia 2011 r., o godz. 9:00. Wykonawca

przystąpił do prezentacji, zamawiający nie uznał potwierdzenia w zakresie funkcji A pkt 6 i 7, funkcji B pkt 8 i 18, funkcji C pkt 5.2, 5.3, 5.4, 6. Pismem z dnia 9 lutego 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia próbki oferowanego SEOD poprzez dodatkową prezentację w dniu 21 lutego 2011 r. godz. 9:00 w zakresie funkcji zakwestionowanych w wyniku pierwszej prezentacji. Po przeprowadzonej prezentacji nie uznał potwierdzenia funkcji B pkt 8 i 18 („2. Funkcji B - Dekretacja pojedyncza i hurtowa pism zarejestrowanych w pkt A:

pkt 8: sprawdzenie poprawności wpisów wykazało, że mimo dokonania zwrotu pisma przez komórką wiodącą, pismo nadal widnieje w komórkach współpracujących, co jest niezgodne z wymaganiami zawartymi w rozdziale II, podrozdział III pkt 1, ppkt 17) siwz, doprecyzowanymi w odpowiedzi na pytanie nr 41 pkt 2 do siwz,

pkt 18: z uwagi na brakujące kolumny w dzienniku korespondencji przychodzącej nie ma możliwości sprawdzenia poprawności dokonanych wpisów. Pokazanie tylko informacji o dokonanych operacjach z poziomu dziennika korespondencji przychodzącej (kolumna „Historia”) jest niewystarczająca”).

Uznał, że treść oferty nie odpowiada treści siwz i odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazując powyższe uzasadnienie (pismo z dnia 4 marca 2011 r. BZP.AB.-3410-74/10).

B. Wykonawcy ComArch S.A. wyznaczył termin prezentacji w dniu 27 stycznia 2011 r. godz. 9:00. Wykonawca nie stawił się na prezentację. Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wyznaczył następny termin prezentacji w dniu 18 lutego 2011 r. godz. 9:00. (wezwanie z dnia 9 lutego 2011 r. BZP.AB.- 3410-74/10).

Zamieścił w piśmie informację o treści wskazującej, że w razie gdy wykonawca nie dokona czynności na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (niezłożenie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust.1 ustawy, zamawiający zatrzyma wadium zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy, chyba, że wykonawca udowodni, że nie wynika to z przyczyn leżących po jego stronie).

Wykonawca zawiadomił zamawiającego pismem z dnia 14 lutego 2011 r., że nie będzie uczestniczyć w prezentacji z uwagi na odległe miejsce na jakim po otwarciu ofert plasuje się oferta ComArch S.A., więc uzyskanie zamówienia nie jest możliwe. W tej sytuacji obecność na prezentacji generowałaby dodatkowe, wysokie koszty jej przeprowadzenia, na poniesienie, których wykonawca nie zdecydował się. Dodał, że jest świadomy tego, że brak obecności na prezentacji i nieprzedstawienie zamawiającemu oferowanego systemu skutkuje niezgodnością treści oferty z treścią siwz, której skutkiem jest odrzucenie oferty i zadeklarował, że nie będzie wnosić środków ochrony prawnej od czynności odrzucenia oferty. Podniósł jednocześnie, że prezentacja określająca przedmiot oferty nie stanowi

oświadczenia lub dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy i jej uzupełnienie naruszałoby art. 26 ust. 3 ustawy, wskazując wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2010 r, sygn. akt KIO/UZP 547/10.

Mając na uwadze przedstawione ustalenia, skład orzekający Izby podkreśla, że zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy, związany jest granicami zarzutów podniesionych w odwołaniach.

A. Odwołanie MADKOM Sp. z o.o. sygn. akt 531/11.

1. Zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego.

Odrzucenie oferty wykonawcy nastąpiło na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie funkcji B oferowanego systemu – pkt 8 i pkt 18. Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie swojej oferty w przedmiocie jej odrzucenia, zaniechania podania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oraz zaniechania wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentacji w zakresie potwierdzenia wymagań zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, wskazując art. 26 ust. 3 i 4 ustawy. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego po przeprowadzeniu drugiej prezentacji wobec nie potwierdzenia funkcji B pkt 8 i 18. Na rozprawie zamawiający wycofał się z pierwszej podstawy niezgodności treści oferty z treścią siwz, a mianowicie w zakresie funkcji B pkt 8.

Rozpoznawaną przyczyną niezgodności treści oferty z treścią siwz była niezgodność w zakresie funkcji B pkt 18.

Niezgodność oferowanej funkcji została wykazana na rozprawie przez zamawiającego w formie przedstawienia procedury opisanej w pkt 1-18 funkcji B. Ustalono, że pomimo wycofania pisma z komórki współpracującej AB w elektronicznej książce podawczej w rubryce „Komórka współpracująca” - komórka AB nadal figurowała. Oznacza to, że zwrot pisma z komórki wskazanej przy dekretacji jako kolejna komórka współpracująca powodował brak możliwości wszczęcia sprawy przez komórkę wiodącą i kolejne wskazane przy dekretacji jako współpracujące, do których zadekretowane zostało dane pismo, gdy w istocie wymagana była jedynie informacja w historii dokumentu o dokonaniu zwrotu przez zwracającą komórkę organizacyjną (we wszystkich kolumnach, tj. wiodącej i współpracującej, powinien być wyświetlany bieżący etap sprawy, szczególności chodzi o komórkę współpracującą, gdzie każda kolejna dekretacja pisma powinna zmieniać się automatycznie na bieżąco, natomiast w kolumnie „Historia” odzwierciedlone są wszystkie etapy postępowania z pismem). Zamawiający nie miał zastrzeżeń do kolumny „Historia”, a jedynie do komórki współpracującej. Odwołujący stwierdził, że po przedstawieniu prezentacji przez zamawiającego, na obecnym etapie jest mu wiadome, co było przyczyną odrzucenia oferty.

Odwołujący nie zakwestionował dokonanych w toku rozprawy ustaleń, wyrażając pogląd jak

w odwołaniu, że zamawiający powinien był wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentacji w zakresie prezentacji lub złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy (uprawnienie zamawiającego do żądania wyjaśnień w co do treści oferty).

W przedstawionej sytuacji brak było podstaw do uwzględnienia odwołania w zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wycofanie się zamawiającego z jednej podstawy odrzucenia oferty (funkcja B pkt 8), przy wykazaniu zasadności drugiej (funkcja B pkt 18) nie może stanowić takiej podstawy, bowiem brak potwierdzenia drugiego wymogu w zakresie funkcji stanowi w dalszym ciągu o niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Nie potwierdził się więc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Również nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez brak ze strony zamawiającego dalszego wezwania w trybie wskazanego przepisu. Przepis ten, w myśl przyjętego orzecznictwa, nie może mieć zastosowania w zakresie uzupełniania prezentacji, która uznawana jest jako etap związany z oceną ofert.

Również zarzut braku pełnego, w ocenie odwołującego, uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Odwołujący wniósł obszernie i wyczerpujące odwołanie, co może świadczyć, że kwestionowane uzasadnienie nie stanowiło przeszkody w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, zatem trudno uznać naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy w sytuacji, gdy naruszeniem stanowiącym podstawę uwzględnienia odwołania jest takie naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art.192 ust. 2 ustawy).

Wobec powyższego należało stwierdzić, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

2. Zarzuty wobec dwóch pozostałych wykonawców i złożonych przez nich ofert.

2.1. Zarzut w zakresie zaniechania wobec wykonawcy Sputnik Software Sp. z o.o. czynności:

- 1) wykluczenia z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie potwierdzenia doświadczenia wykonawcy,
- 2) odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu złożenia oferty na dwa systemy oraz z powodu braku wskazania podwykonawstwa.

W toku postępowania ustalono, że:

Ad 2.1.1) Na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia w zakresie co najmniej jednego wdrożenia SEOD w jednostce administracji publicznej na minimum 250 stanowisk o wartości zamówienia co najmniej 150 000, zł., wykonawca wykazał wdrożenie w ramach

projektu „Żorski System Usług Publicznych” systemu PROTON w Gminie Miejskiej Żory, dla ponad 300 użytkowników. System objął 260 stanowisk komputerowych (pisemne potwierdzenie Prezydenta Miasta Żory złożone przez odwołującego). W ocenie Izby, to, że znaczna część stanowisk, to stanowiska usytuowane bezpośrednio w Urzędzie Miasta (220), a część w jednostkach zależnych Gminy Miejskiej Żory (40), nie pozostaje w sprzeczności z wymogiem wdrożenia systemu w jednostce administracji publicznej, w sytuacji, gdy istotę zarzutu odwołującego stanowiło uznanie, że pojęcie jednostki administracji publicznej dotyczy wyłącznie Urzędu przy pomocy, którego wykonywane są zadania Gminy. Gmina posiadająca osobowość prawną jest jednostką samorządu terytorialnego, a więc jednostką administracji publicznej. Różnice w oznaczeniu „użytkownik” (podane we wszystkich złożonych ofertach za wyjątkiem oferty wykonawcy ComArch S.A), „stanowiska komputerowe” (podane w piśmie Prezydenta Miasta Żory) i „stanowiska” (określenie podane w siwz) zostały wyjaśnione w toku rozprawy. Uznano, że pojęcie użytkownik jest pojęciem szerszym w stosunku do pojęcia stanowiska i stanowiska komputerowego.

Wykonawca również wykazał, na wezwanie zamawiającego, że cena zadania wykonanego na rzecz Gminy Miejskiej Żory wynosiła 2 050 112,40 zł, natomiast wartość samego wdrożenia SEOD, podnoszona w odwołaniu, wynosiła 178 974,00 zł wobec żądanej wartości zamówienia co najmniej 150 000 zł.

Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Należy podnieść, że przedmiot zamówienia, którego dotyczy odwołanie jest zamówieniem jednostki samorządu terytorialnego wraz z miejskimi i podległymi szkołami publicznymi, co wynika z siwz – rozdział I pkt 4 ppkt 1.2), ppkt 2.1) i ppkt 3.1), więc doświadczenie wykonawcy jest adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Ad 2.1.2) Złożenie oferty na dwa systemy.

Nie potwierdził się zarzut prezentacji dwóch różnych systemów elektronicznego obiegu dokumentów i złożenia dwóch ofert (załączniki do protokołu prezentacji nr 3B, 4A, 4B, 5, 6, 7A, 7B, 8A, 8B, 9A, 9B, 9C – scenariusz zaprezentowany w systemie PROTON wersja 3.2.9.0 i w systemie PROTON wersja 3.2.10.0 – załączniki nr 12, 15, 16, 17). Wykonawca przedstawił prezentację systemu obiegu dokumentów PROTON wersja 3. Przekonujące jest wyjaśnienie wykonawcy, złożone na rozprawie i potwierdzone w formie pisemnej (pismo procesowe z dnia 28 marca 2011 r.), przy braku przeciwnego dowodu odwołującego, iż system obejmuje szereg funkcji, a numery wersji, które zostały uwidocznione w protokole z prezentacji oznaczają wersje modułów dostępnych z jednego (zaoferowanego) systemu PROTON wersja 3.

Ad 2.1.3) Zarzut braku wskazania podwykonawstwa dotyczącego przeszkolenia dwóch administratorów w zakresie administrowania serwerem bazy danych oraz bazą danych

systemu w autoryzowanym ośrodku przez producenta oprogramowania bazy danych (zadanie 3 pkt 2), wobec braku możliwości przeprowadzenia szkolenia we własnym zakresie z powodu nie posiadania autoryzacji firmy Microsoft do prowadzenia szkoleń. Zarzut ten również nie potwierdził się wobec złożonych pism firmy Microsoft Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie podpisanych przez tę samą osobę. Odwołujący złożył pismo z dnia 8 marca 2011 r. zawierające wykaz ośrodków szkoleniowych firmy Microsoft, w którym wykonawca nie figuruje, z czego odwołujący wywodził, że wykonawca nie ma możliwości wykonania zobowiązania wynikającego z siwz. Natomiast wykonawca złożył pismo z dnia 25 marca 2011 r., w którym firma zaświadczyła, że wykonawca posiada kompetencje w Ramach Programu Partnerskiego, m.in. Silver Learning - co oznacza, że jest Autoryzowanym Ośrodkiem Szkoleniowym z zakresu technologii Microsoft.

Podkreślić należy, że z siwz nie wynikał obowiązek wykazania przez wykonawców sposobu przeszkolenia dwóch administratorów w zakresie administrowania serwerem bazy danych oraz bazą danych systemu w autoryzowanym ośrodku przez producenta oprogramowania bazy danych (zadanie 3 pkt 2). Wykonawcy mieli wykazać zgodnie z rozdziałem I pkt 8 siwz, w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego, część zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, wyłącznie w sytuacji, gdy takie powierzenie wystąpi. W przeciwnym razie zamawiający miał obowiązek przyjąć, iż w wykonaniu zamówienia brak jest podwykonawców, nie żądając na etapie składania ofert żadnych innych potwierdzeń w tym zakresie.

Na podstawie powyższego należało uznać, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

2.2. Zarzut w zakresie zaniechania wobec wykonawcy Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o.:

- 1) wykluczenia z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie potwierdzenia doświadczenia wykonawcy - dostawa dla Urzędu Miejskiego w Zabrze. Z referencji wynika, że dostawa dotyczyła co najmniej 60 stanowisk. Na wezwanie zamawiającego wykonawca wskazując tę samą dostawę podał, że dotyczyła ona 250 stanowisk, co świadczy, w ocenie odwołującego, o niespełnieniu warunku posiadania doświadczenia i podaniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania; co skutkuje wykluczeniem wykonawcy,
- 2) odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu braku wskazania podwykonawstwa - nie wskazał podwykonawstwa w przeszkoleniu dwóch administratorów w zakresie administrowania serwerem bazy danych oraz bazą danych systemu w autoryzowanym ośrodku przez producenta oprogramowania bazy danych (Zadanie 3 pkt 2), co oznacza, że

wykonawca sam przeprowadzi wymagane przeszkolenie, co nie jest to możliwe, gdyż wykonawca nie posiada autoryzacji firmy Microsoft do prowadzenia szkoleń.

Ad 2.2.1) Wykonawca złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych dostaw, w którym podał dostawę i wdrożenie autorskiego systemu elektronicznego obiegu dokumentów w Urzędzie Miejskim w Zabrze. Jednakże wbrew żądaniu zawartemu w załączniku nr 1 do oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, który stanowi, że opis powinien odpowiadać jednoznacznie warunkowi zawartemu w siwz (pkt 5 ppkt 2 lit. a), na mocy którego wymagano wykazania wdrożenia systemu na minimum 250 stanowisk, wykonawca nie podał w wykazie żadnej liczby dotyczącej wymaganych stanowisk. W piśmie referencyjnym wystawionym z up. Prezydenta Miasta Zabrze z dnia 25.01.2010 r. potwierdzającym należyte wykonanie prac wdrożeniowych i dostawy podano, że wdrożenie obejmowało co najmniej 60 użytkowników wewnętrznych. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca złożył (pismo z dnia 11 lutego 2011 r.) następny wykaz o treści jak pierwotny z dodaniem liczby „ponad 250 użytkowników”. Do pisma załączył również wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia, w którym w kolumnie dotyczącej opisu posiadanego doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego podał, że wszystkie wskazane trzy osoby brały udział w przedmiotowym wdrożeniu na ponad 250 użytkowników. Skład orzekający podziela stanowisko tego wykonawcy wyrażone w piśmie z dnia 17 marca 2011 r. skierowanym do zamawiającego, że dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazu wykonanych dostaw jest oświadczenie wykonawcy, a referencja służy potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Jednak w sytuacji kiedy wystawca referencji oprócz potwierdzenia należytego wykonania dostawy podaje w dokumencie jeszcze informacje dotyczące zakresu świadczenia, w ocenie Izby, powinna wystąpić zgodność tych oświadczeń. Chociaż pojęcie „co najmniej 60 użytkowników wewnętrznych” nie oznacza, że użytkowników nie było ponad 250, jednak brak precyzyjności określenia powinien być wyjaśniony przez zamawiającego w toku badania potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na rozprawie zamawiający złożył notatkę służbową sporządzoną w dniu 15 marca 2011 r. przez pracownika Urzędu, w której podano, że z przeprowadzonej rozmowy telefonicznej z pracownikiem Urzędu Miejskiego w Zabrze wynika, że w systemie wdrożonym przez wykonawcę pracuje ponad 550 pracowników merytorycznych na 650 osób zatrudnionych. Ustalenia takie powinny być jednak dokonane na odpowiednim etapie postępowania z zachowaniem formy przewidzianej dla składanych dokumentów. Zamawiający zaniechał czynności wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Ad 2.2.2) Wykonawca nie podał w ofercie podwykonawstwa, o którym mowa w rozdziale I pkt 8 siwz i załączniku nr 1 do formularza ofertowego, co skutkowało, zgodnie z postanowieniem siwz, że brak jest podwykonawców w postępowaniu. Okoliczność ta nie mogła jednak stanowić niezgodności treści oferty z treścią siwz i być podstawą odrzucenia oferty w związku

z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2, gdyż w siwz nie zawarto wymogu podania podwykonawców w sytuacji, gdy wykonawca składający ofertę nie zamierzał z nich korzystać. Nie było również wymogu wykazania sposobu przeszkolenia, o którym stanowi siwz w rozdziale I pkt 4 ppkt 3.2). Należy podnieść, że odwołujący sformułował błędny zarzut podając w uzasadnieniu odwołania, że system wskazanego wykonawcy będzie działał w oparciu o oprogramowanie Microsoft. Przeczy to oświadczeniu wykonawcy zawartym w formularzu ofertowym, w którym wykonawca podał, że oferowane przez niego oprogramowanie wymaga oprogramowania bazodanowego firmy ORACLE. Z pisma wykonawcy, które złożył zamawiający na rozprawie wynika, że wykonawca jest wieloletnim partnerem firmy ORACLE. Pismo złożone przez odwołującego na rozprawie - oświadczenie firmy ORACLE Polska Sp. z o.o. z dnia 25/03/2011 - wskazujące 2 autoryzowane ośrodki szkoleniowe, z którego wynika, że wykonawca nie jest żadnym z nich, nie jest potwierdzeniem zarzutu zawartego w odwołaniu, odnoszącego się do oprogramowania Microsoft.

Oceniając powyższe, Izba wzięła również pod uwagę stanowisko zamawiającego, że lokata oferty firmy ZUI OTAGO Sp. z o.o. w rankingu ofert jest mniej korzystna od lokaty oferty odwołującego, gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona. Biorąc pod uwagę różnicę w cenie, jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, oferta wykonawcy nie mogłaby w żadnym razie stanowić zagrożenia skutkującego powstaniem szkody po stronie odwołującego, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, co jest istotne w ocenie skuteczności wniesienia odwołania w zakresie podniesionego zarzutu.

Mając na uwadze wskazaną przesłankę oraz przepis art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, rozumiany w zw. z art. 2 pkt 7a ustawy, jako dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy, uznając, że zaniechanie czynności wobec wykonawcy ZUI OTAGO Sp. z o.o., nie ma żadnego wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty.

B. Odwołanie ComArch S.A. sygn. akt KIO 546/11.

Odwołujący sformułował 3 zarzuty wobec czynności zamawiającego - naruszenie przepisów ustawy:

- 1) art. 46 ust. 4a poprzez zatrzymanie wadium pomimo braku spełnienia przesłanek zastosowania tej normy prawnej oraz poprzez jego błędną wykładnię, dokonaną z pominięciem wykładni celowościowej,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez wezwanie odwołującego do powtórzenia prezentacji systemu informatycznego, wobec odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na niezgodność jej treści z treścią siwz,

- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Stosownie do zarzutu odwołania w zakresie możliwości zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełniania prezentacji próbki oferowanego systemu, Izba wzięta pod uwagę orzecznictwo w tym zakresie.

W wyroku z dnia 17 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 758/10 Izba orzekła, że

„1. Prezentacja systemu jest specyficznym rodzajem „dokumentu” potwierdzającym spełnienie oferowanych funkcjonalności, stosowanym przy dokonywaniu zamówień na systemy i oprogramowania komputerowe. Z uwagi na specyfikę tego „dokumentu”, jakim jest demonstracja systemu, należy go zaliczyć raczej do innych „dokumentów”, nie wymienionych wprost w § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

3. Odmowy przeprowadzenia prezentacji na określonych przez zamawiającego warunkach, w wyznaczonym przez niego terminie, nie można uznać za równoznaczną z „brakiem dokumentu” lub „dokumentem zawierającym błąd”, a zatem brak zaistnienia okoliczności, od których uzależnione jest wszczęcie procedury z art. 26 ust. 3 p.z.p.”

W wyroku z dnia 3 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1543/09 Izba uznała, że

„Art. 26 ust. 3 p.z.p. dotyczy uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., lub pełnomocnictw i jako regulacja dotycząca oceny ofert już złożonych, powinien być interpretowany według wykładni literalnej, która nie pozwala na przyjęcie dopuszczalności uzupełnienia wymaganych próbek, stanowiących element oferty; przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. nie dopuszcza zmiany treści oferty”.

Wśród dokumentów żądanych w postępowaniu, stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań dotyczących potwierdzenia co do przedmiotu zamówienia, w § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) wymieniono również próbki. Prezentacja jest specyficznym rodzajem potwierdzenia, który jednak nie jest wymieniony wprost w § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przeciwieństwie do próbki, która jest gotowym produktem załączonym do oferty.

W świetle przytoczonego orzecznictwa odmowa udziału w prezentacji nie stanowi, niezłożenia dokumentu lub oświadczenia, jednak wobec faktu, że jest jedynym sposobem potwierdzenia zgodności systemu z wymaganiami siwz, niewątpliwie stanowi niepotwierdzenie wymagań dotyczących oferowanego systemu, co zobowiązuje zamawiającego do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający odrzucił ofertę ComArch S.A. na tej podstawie, o czym zawiadomił pismem z dnia 4 marca 2011 r. Wykonawca nie wniósł odwołania, akceptując uprzednio czynność zamawiającego (stanowisko zawarte w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do prezentacji w drugim terminie – pismo z dnia 14 lutego 2011r.). Nie wniósł również odwołania od czynności wezwania do przystąpienia do prezentacji w drugim terminie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, mimo zagrożenia ze strony zamawiającego zatrzymaniem wadium.

Natomiast wnosząc odwołanie w dniu 14 marca 2011 r. podważył czynność zatrzymania wadium dokonaną na podstawie art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy, a więc z powodu nie zastosowania się do wezwania zamawiającego, nie negując czynności, która wyeliminowała go z postępowania.

Co do kwestionowania zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy w przedmiotowej sprawie, jako podstawy środka odwoławczego, niewątpliwie termin ten upłynął w dniu 19 lutego 2011 r. (wezwanie w dniu 9 lutego 2011 r.).

Na marginesie sprawy należy podnieść, że odrzucenie oferty nastąpiło w związku z odmową udziału w prezentacji, a więc odmową potwierdzenia wymagań zamawiającego dotyczących oferowanego systemu. Dokonując czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający nie miał podstawy przyjąć, że mimo uzupełnienia prezentacji (przystąpienia do niej), oferta odwołującego i tak podlegałaby odrzuceniu. Okoliczność tę odwołujący podniósł jako zarzut nr 2 w kontekście przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, który zwalnia zamawiającego od wzywania wykonawcy w trybie tego przepisu, jeżeli mimo złożenia dokumentu będącego treścią wezwania, oferta podlegałaby odrzuceniu.

Zarzutem nr 1 odwołania jest zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a ustawy) pomimo braku spełniania przesłanek zastosowania tej normy prawnej oraz poprzez jego błędną wykładnię, dokonaną z pominięciem wykładni celowościowej.

Wobec odwoływania się przez odwołującego do interpretacji celowościowej art. 46 ust. 4a ustawy, Izba podkreśla, że w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r. sygn. akt XIX Ga 268/09 Sąd Okręgowy w Katowicach orzekł: *„jeżeli u podstaw zmiany przepisu art. 46 ust. 4a PZP leżała potrzeba przeciwdziałania procederowi umyślnego i celowego nie uzupełniania dokumentacji na wezwanie zamawiającego dla uzyskania zamówienia publicznego za cenę wyższą niż faktycznie umożliwiającą jego wykonanie, z treści wskazanego przepisu nie wynika takie zawężenie jego zastosowania tj., aby jedynie w takim przypadku miał on zastosowanie. Wręcz przeciwnie przepis ten jest sformułowany szeroko i winien mieć zastosowanie do każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego (...).”*

Zatrzymanie wadium jest czynnością dokonaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wykonawcy służą środki ochrony prawnej, co zostało potwierdzone postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r. sygn. akt V CSK 456/090.

Odwołanie w takim przypadku podlega rozpoznaniu przez Izbę.

O skuteczności wniesienia odwołania przesądza przesłanka prawa materialnego wynikająca z art. 179 ust. 1 ustawy, zaś o uwzględnieniu odwołania przesłanka z art. 192 ust. 2 ustawy. Pierwsza przesłanka stanowi wymóg koniunkcyjnego wykazania przez wykonawcę interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący niewątpliwie poniósł szkodę przez zatrzymanie wadium w kwocie 10 000 zł w wyniku kwestionowanego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy, natomiast trudno jest uznać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia na etapie wnoszenia odwołania, skoro odwołanie zostało wniesione w przedmiocie zatrzymania wadium. Wykonawca został ostatecznie wyeliminowany z postępowania wobec prawomocnego odrzucenia oferty, również, co zostało ujawnione na rozprawie, na skutek braku stosownego oświadczenia, w dniu 10 marca 2011 r. upłynął termin związania ofertą (przed wniesieniem w dniu 14 marca 2011 r. odwołania). Wobec tego należało stwierdzić, że niezależnie od przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy, brak jest podstaw do zastosowania art. 192 ust. 2 ustawy i uwzględnienia odwołania, bowiem naruszenie przepisów ustawy w powyższy sposób nie miało wpływu na wynik postępowania, rozumiany w zw. z art. 2 pkt 7a ustawy, jako dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Nie ma podstaw prawnych by wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy, był rozumiany w sposób przedstawiony przez odwołującego.

W orzecznictwie Izby przyjęto rozstrzygnięcia o braku wpływu czynności zatrzymania wadium na wynik postępowania.

W wyroku z dnia 26 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1749/09 Izba stwierdziła, że *„czynność zamawiającego w postaci zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp stanowi następstwo czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania - ma charakter jedynie akcesoryjny, stanowi czynność związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, która nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej tj. na wynik postępowania. Co do zasady, przedmiotem orzekania przez Izbę mogą być wyłącznie czynności lub zaniechania stanowiące samoistne czynności zamawiającego w postępowaniu, gdyż tylko takie działania lub zaniechania związane są z uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy i mogą mieć wpływ na wynik postępowania”*.

W wyroku z dnia 22 października 2010 r., sygn. akt KIO 2225/10 Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego oddalając jednocześnie odwołanie z uwagi na brak wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania, stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy (dokumenty zostały prawidłowo uzupełnione, a wykonawca i tak nie uzyskałby zamówienia ze względu na jego miejsce w rankingu ofert).

W tej sytuacji mając na uwadze przesłanki – skuteczności wniesienia i uwzględnienia

odwołania, wyłącznie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, o ile naruszenie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, rozumiany w zw. z art. 2 pkt 7a ustawy, jako dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a, 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), mając na uwadze, że wynagrodzenie pełnomocnika strony przyznawane jest na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy (§ 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....