

**Sygn. akt: KIO/UZP 804/08**

**WYROK**

**z dnia 19 sierpnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Anna Packo**

**Stanisław Sadowy**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 sierpnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** protestu z dnia **15 lipca 2008 r.**

przy udziale **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

**2. kosztami postępowania obciąża Urząd Morski w Szczecinie Pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Urząd Morski w Szczecinie Pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** na rzecz **ComArch S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

### **U z a s a d n i e n i e**

W dniu 21.05.2008r. Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Batorego 4, 70-207 Szczecin (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Dostawę i wdrożenie elektronicznego obiegu dokumentów dla Urzędu Morskiego w Szczecinie” (Dz.Urz. UE 2008/S 97-130636) i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

W dniu 08.07.2008r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej (za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa) i o odrzuceniu oferty ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych)

W dniu 15.07.2008r. ComArch S.A. (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 24.07.2008r. poprzez jego oddalenie.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu przystąpiła w dn. 18.07.2008r. Sygnity S.A. (zwana dalej Przystępującym).

W dniu 25.07.2008r. doręczono Odwołującemu rozstrzygnięcie protestu.

Odwołujący w dniu 30.07.2008r. (data nadania przesyłki poleconej w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o powtórny ocenę ofert, wykluczenie Przystępującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

I. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jej treść zdaniem Odwołującego odpowiada treści SIWZ, a uzasadnienie odrzucenia jest ogólnikowe i nie precyzuje, w którym miejscu treść oferty Odwołującego jest sprzeczna z treścią SIWZ; Zamawiający wskazał, że podstawą odrzucenia oferty jest brak szczegółowego „Opisu proponowanego rozwiązania”, przy czym w SIWZ nie wskazano stopnia szczegółowości opisu mającego być załącznikiem oferty.

1. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, stwierdził, że w jego ofercie nie określono „na bazie jakiej bazy danych oraz serwerów aplikacyjnych będzie działał dany system”, gdy tymczasem w SIWZ nie wskazano takiego obowiązku; przeciwnie, Zamawiający używał wyłącznie bliżej niesprecyzowanego sformułowania „narzędzia informatyczne”.

2. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, stwierdził, że w jego ofercie nie określono nazw handlowych oferowanych narzędzi informatycznych - Odwołujący wskazał, że w swojej ofercie wskazał nazwy handlowe oferowanych komponentów, a ponadto brak określenia takiego obowiązku w SIWZ.

3. Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, stwierdził, że w jego ofercie nie określono Systemu kontroli dostępu wraz z elementami RCP - Odwołujący wskazał, iż brak określenia takiego obowiązku w SIWZ.

Ponadto wskazano na zaniechanie Zamawiającego i wniesiono o wezwanie Odwołującego do

uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, oraz złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

II. Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. V.2.7 SIWZ (tj. nie wykazał, że w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania wykonał dwie dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia - Odwołujący podniósł zastrzeżenia wobec dwóch z trzech przedstawionych dostaw:

1. wdrożenie systemu dla Urzędu Marszałkowskiego w Kielcach - zostało zakończone 17.06.2008r., a więc już po wszczęciu postępowania,
2. wdrożenie systemu e-Łódź - ponieważ prace te polegały ze sporym opóźnieniem, w związku z czym zapłacono Miastu Łódź kary umowne.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący winien być ze względu na powyższe okoliczności wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, i Zamawiający nie może wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako że nie wskazano w niej, że posiada jedną z funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego, a mianowicie definiowania tematów zamówień publicznych (co wskazano na str. 51 SIWZ).

Zamawiający oddalając protest w całości, wskazał, iż:

I. Oferta Odwołującego została odrzucona prawidłowo, ponieważ „narzędzia informatyczne” to właśnie bazy danych i serwery aplikacyjne, wchodzące ponad wszelką wątpliwość w skład przedmiotu zamówienia, a wskazane przez Odwołującego w ofercie nazwy handlowe nie stanowią „kompletnej listy nazw handlowych ani nazw własnych wymaganych przez Zamawiającego”; ponadto Zamawiający w SIWZ (str. 28) precyzyjnie opisał swoje wymagania co do struktury Systemu kontroli dostępu wraz z elementami RCP, co według Zamawiającego jest równoznaczne z faktem, że należało te informacje zawrzeć w ofercie.

II. Przystępujący nie podlega wykluczeniu, ponieważ pierwsze zakwestionowana przez Odwołującego dostawa (Urząd Marszałkowski w Kielcach) jest zgodna w wymaganiami określonymi w SIWZ, a przepisy nie zabraniają Zamawiającemu zastosować kryteriów łagodniejszych, niż w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie); wskazano ponadto że postanowienia SIWZ w tym zakresie nie były przedmiotem protestu, natomiast w odniesieniu do drugiej zakwestionowanej dostawy (Urząd

Miasta w Łodzi) Zamawiający wskazał, że z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego nie wynika wprost, by Przystępujący spełniał przesłanki wykluczenia, a ponadto w SIWZ nie wymagano potwierdzenia należytego wykonania dostaw, lecz jedynie fakt ich wykonania.

Co do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Przystępującego, Zamawiający wskazał, że poprawne wypełnienie formularza stanowiącego załącznik nr 4 do oferty wyczerpuje oczekiwania Zamawiającego w odniesieniu do oferowanych funkcjonalności.

Przystępujący w dn. 19.08.2008r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący, zarówno przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jak i do postępowania odwoławczego, w pełni poparł stanowisko Zamawiającego, zarówno w zakresie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, jak i braku podstaw wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

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

W postępowaniu złożono 2 oferty:

- 1) oferta Odwołującego - z ceną 1 488 162,15zł,
- 2) oferta Przystępującego - z ceną 1 903 200,00zł.

Kryteria oceny ofert określono następująco: 70% cena, 30% dodatkowe funkcjonalności.

Izba stwierdziła, że wobec takich kryteriów oceny ofert (zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie, do dnia rozprawy Zamawiający nie porównywał złożonych ofert za pomocą kryteriów opisanych w SIWZ), Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, w zakresie zarówno zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego, jak i dotyczących wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania i powtórnej oceny ofert - jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących niewłaściwego odrzucenia jego oferty, Izba uznała je za zasadne. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, wskazując na braki „Opisu proponowanych rozwiązań”. W SIWZ (pkt. 5.4, str. 8) zawarł, co ma się znaleźć w tym opisie, lecz bez określenia stopnia szczegółowości podawanych informacji; na rozprawie

oświadczył, że nie określił w SIWZ stopnia szczegółowości rozwiązań, które mają być opisane w opisie będącym załącznikiem do oferty, a jedynie wskazał w pkt 5.4 SIWZ w sposób opisowy co powinno się znaleźć w załączniku. Zatem – stopień szczegółowości opisu załączonego do oferty zależał wyłącznie od decyzji wykonawców składających oferty. Wobec braku określenia w SIWZ enumeratywnego katalogu elementów, które mają znaleźć się w opisie, Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w odniesieniu do oferty Odwołującego, w związku z brakiem w ofercie elementów, które nie zostały *expressis verbis* określone w SIWZ. Argumentacja Przystępującego w zakresie systematyki przedmiotu zamówienia, wynikająca – jak się wydaje, z dowolnej interpretacji Przystępującego, ponieważ nie została oparta o SIWZ – nie może służyć za punkt odniesienia, podobnie jak stwierdzenia Zamawiającego o powszechnym rozumieniu pewnych pojęć. O wiele bardziej przekonujący jest argument Odwołującego, powołujący się na opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ: przedmiot zamówienia to narzędzia informatyczne (str. 18 SIWZ) na które składa się 6 podsystemów (str. 19 SIWZ). Nie ma również podstaw, żeby uznać za nietrafne stanowisko Odwołującego, dotyczące podania w jego ofercie nazw handlowych w sposób wystarczający – wobec braku określenia w SIWZ, jakich konkretnych elementów nazwy handlowe winny być wyspecyfikowane w „Opisie proponowanych rozwiązań”.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie może stosować przesłanek odrzucania oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, o ile nie zostały one wskazane w sposób jednoznaczny w SIWZ, a zarówno w piśmie z dn. 08.07.2008r., jak i w rozstrzygnięciu protestu, wyjaśniając przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazuje na elementy, nie wskazane w SIWZ. W konsekwencji Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych. Nie uwzględniła zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ze względu na fakt, że w ocenie Izby treść oferty odpowiadała treści SIWZ, zatem nie było konieczności wzywania do uzupełniania dokumentów czy składania wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wykluczenia Przystępującego z postępowania, Izba uznała za zasadny zarzut braku wykazania należytego wykonania dostawy dla Miasta Łódź. Odwołujący wykazał, że dostawa została wykonana z przekroczeniem wskazanego w umowie terminu (przesunięcie terminu wykonywania umowy nie było kwestionowane przez Przystępującego) i Zamawiający skorzystał w związku z tym z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zatem – w ocenie Izby - jest podstawa do stwierdzenia, że nie została ona wykonana należyście. Załączone protokoły odbioru potwierdzają sam fakt wykonania

zamówienia, a zgodnie z Rozporządzeniem – bez względu nawet na zapisy SIWZ - wymagane jest potwierdzenie, że dostawa została wykonana „należycie” (par. 1 ust. 2 pkt. 2 Rozporządzenia), a to zostało skutecznie zakwestionowane. Zatem, mimo że Przystępujący dostawę wykonał, nie może potwierdzić, że wykonał ją należycie. Jednak uwzględnienie tego zarzutu nie wpływa na sytuację prawną Przystępującego w postępowaniu – wykonawca ten załączył do oferty wykaz trzech usług – jedna z nich nie była w ogóle kwestionowana przez Odwołującego (str. 16 odwołania), natomiast Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niewykazania doświadczenia zawodowego poprzez przedłożenie referencji, potwierdzających wykonanie dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia „po wszczęciu postępowania”. W ocenie Izby, par. 1 ust. 2 pkt. 2 Rozporządzenia wskazuje na termin początkowy okresu, w którym Zamawiający ma prawo żądać wykazania się wykonaniem usług podobnych. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający może wezwać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień wyznaczony przez Zamawiającego jako termin uzupełnienia dokumentów. Skoro więc Zamawiający może wyznaczyć termin, na który mają być spełnione warunki udziału w postępowaniu, dopiero po otwarciu ofert – nie można twierdzić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie można wykazywać się pracami wykonanymi po dniu ogłoszenia o zamówieniu. Orzeczenie, na które powołuje się Odwołujący, wydane 26 marca 2007r. przez Sąd Okręgowy w Warszawie zapadło na gruncie poprzedniego stanu prawnego (przed wejściem w życie nowelizacji Prawa zamówień publicznych z dn. 13 kwietnia 2007r., Dz.U. z 2007, poz.82, Nr 560). Obecne brzmienie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych pozwala, w ocenie Izby, na wniosek, że możliwe jest wykazywanie się dostawami wykonanymi po wszczęciu postępowania – ponieważ, gdyby uznać za aktualną interpretację Sądu opisaną w przytoczonym wyroku, należałoby, na podstawie par. 1 ust.2 pkt. 2 Rozporządzenia uznać, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu (zaprezentował prace wykonane po wszczęciu postępowania), a następnie, na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wezwać go do uzupełnienia dokumentów, przy czym Zamawiający miałby wówczas prawo do oceny spełniania przez wykonawcę warunków na określony przez siebie dzień. Takie rozwiązanie byłoby nielogiczne, dlatego wobec obecnego brzmienia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, należy dopuścić możliwość wykazywania się referencjami na prace wykonane po wszczęciu postępowania, kierując się późniejszym brzmieniem przepisu ustawy, a nie wcześniejszą literalną wykładnią Rozporządzenia.

Reasumując, wobec uwzględnienia tylko jednego z zarzutów dotyczących dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (ponieważ Izba uznała, że tylko jedna z trzech dostaw zaproponowanych przez Przystępującego nie spełniła wymagań

Zamawiającego), skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Przystępujący wykazał, za pomocą dwóch pozostałych dostaw, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, zatem nie podlega wykluczeniu.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu – dotyczącego odrzucenia oferty Przystępującego, jak że nie wskazywała ona jednej z funkcjonalności opisanej w przedmiocie zamówienia - Izba uznała, że nie było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, bowiem jest ona zgodna z treścią SIWZ, zatem zarzut ten nie został uwzględniony. Faktycznie w postępowaniu zaistniała rozbieżność pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia, a treścią formularza załączonego do SIWZ, mającego być załącznikiem do ofert – jednak z takiej rozbieżności nie można wywodzić negatywnych skutków dla Wykonawcy. Sam Zamawiający przyznał, że było to jego uchybienie. Pozycję „W.33” z załącznika nr 4 należy czytać odnosząc się do tej samej pozycji opisanej w Rozdziale XIV „Opis przedmiotu zamówienia”, i nie ma podstaw, aby twierdzić, że Przystępujący, wypełniając formularz przygotowany przez Zamawiającego, złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ (nie zaoferował jednej z funkcjonalności).

Reasumując, Izba nie uznała za zasadne ani podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dn. 08.07.2008r., ani podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego, wskazanej w proteście. W ocenie Izby obie oferty - w zakresie kwestionowanym przez Zamawiającego w odniesieniu do oferty Odwołującego, przez Odwołującego w odniesieniu do oferty Przystępującego - są zgodne z treścią SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....