

Sygn. akt KIO/UZP 359 /09

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **02 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Accenture Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa** protestu z dnia **04 marca 2009 r.**

przy udziale **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołujący i dokonanie ponownej oceny ofert, poprzedzone wezwaniem Odwołującego w trybie art. 87 ust 1 Pzp, do wyjaśnienia jakie kwoty wynagrodzenia przypadają do zapłaty za poszczególne etapy realizacji prac systemu SPD oraz jakie kwoty z wynagrodzenia określonego w ofercie przypadają do zapłaty przez płatników-Komendy Wojewódzkie PSP

2. Kosztami postępowania obciąża Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Accenture Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa** na rzecz **Accenture Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa** 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Accenture Sp. z o. o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Systemu Przetwarzania Danych (SPD) dla jednostek organizacyjnych Państwowej Straży Pożarnej, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2008/S 2209 – 304707 z 25.11.2008 r.), w dniu 4 marca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Accenture Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 26 lutego 2009 r. o odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na dołączenie niewłaściwie wypełnionego „wykazu

płatników wynagrodzenia," a wymieniony wykaz zawiera w sobie treści merytoryczne, które są istotne dla zamawiającego i które wykonawca zobowiązany był ująć w treści oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Komendantowi Głównemu Państwowej Straży Pożarnej naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) przez:

1. podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego przez komisję przetargową, a nie przez kierownika zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 w związku z art. 18 ust 1 Pzp;
2. odrzuceniu oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp z uwagi na rzekomą niezgodność oferty z SIWZ, co stanowiło naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 66 § 1 K.c., jako że brak było niezgodności pomiędzy ofertą a SIWZ w zakresie ich istotnych postanowień;
3. wymaganie od wykonawców całkowitego wypełnienia załącznika "wykaz płatników wynagrodzenia" w sytuacji, gdy na etapie składania oferty nie było możliwe sprecyzowanie, ze względu na metodologiczne wymagania zamawiającego, jaki będzie koszt doposażenia poszczególnych Komend Wojewódzkich, stawianiu i egzekwowaniu w trakcie oceny ofert, a po upływie terminu na ich składanie, warunku niemożliwego do spełnienia, a zatem nieważnego z uwagi na brzmienie art. 58 K. c, w zw. z art. 14 Pzp;
4. odrzucenie oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 14 Pzp, oraz 58 K.c. w oparciu o wyinterpretowany dopiero na etapie oceny ofert, przedstawiony w piśmie z dnia 26 lutego 2009 r., warunek SIWZ niemożliwy do spełnienia, a zatem nieważny w oparciu o art. 58 K.c.;
5. zaniechanie zapewnienia przeprowadzenia postępowania w sposób określony w art. 7 Pzp, zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, przez wyinterpretowanie i sformułowanie na etapie oceny ofert, w piśmie z dnia 26 lutego 2009 r. wewnątrznie sprzecznych i niemożliwych do spełnienia wymogów SIWZ oraz interpretację wątpliwości na niekorzyść wykonawców;
6. stawianie wykonawcom wyinterpretowanego i przedstawionego w piśmie z dnia 26 lutego 2009 roku wymogu przedłożenia całkowicie wypełnionego załącznika do umowy, w sytuacji, gdy z uwagi na niemożność określenia na etapie składania ofert kwot, które będą przeznaczone na doposażenie Komend Wojewódzkich w sprzęt i oprogramowanie standardowe, kwoty ewentualnie podane w załączniku musiałyby być zmienione w toku realizacji zamówienia, co stanowiłoby naruszenie art. 140 ust 1 oraz 144 Pzp;
7. zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia, w trybie art. 87 ust 1 Pzp wyjaśnień dotyczących treści oferty mimo, że istniały przesłanki do zastosowania tego przepisu;

8. zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo iż jest ona najkorzystniejszą ofertą złożoną w toku postępowania, ze względu na kryteria oceny wskazane przez zamawiającego zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ, co stanowi naruszenie art. 91 ust.1 Pzp; Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty, uniemożliwiła ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów protestu, odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Ad. 1. zgodnie z art. 20 ust 1 Pzp komisja przetargowa jest organem pomocniczym kierownika zamawiającego, powoływanym do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców oraz do badania i oceny ofert. W celu realizacji tych zadań komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego propozycje dokonania czynności, takich jak: wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty, wybór oferty najkorzystniejszej czy też unieważnienie postępowania (art. 20 ust 3 Pzp). Z uwagi na fakt, iż komisja przetargowa jest jedynie organem doradczym kierownika zamawiającego, nie jest on związany tymi propozycjami, w przypadku więc, gdy nie zgadza się z uzasadnieniem faktycznym i prawnym dokonania proponowanej czynności, może podjąć decyzję odmienną. W świetle powyższych regulacji uznać należy, że adresatem oświadczenia komisji przetargowej, zawierającej wnioski, zgodnie z którymi oferta wykonawcy "podlega odrzuceniu" powinien być Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej jako kierownik zamawiającego, a nie Accenture Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Skierowanie tego pisma bezpośrednio do wykonawcy, wskazywać może jednak na istnienie po stronie zamawiającego zamiaru poinformowania wykonawcy o odrzuceniu jego oferty zgodnie z art. 61 §1 K.c. Kolejną wątpliwość budzi użycie przez komisję przetargową niejednoznacznego sformułowania "oferta podlega odrzuceniu", które nie wskazuje w sposób nie pozostawiający wątpliwości, czy i jaka decyzja ostatecznie podjęta została w odniesieniu do oferty wykonawcy. Mając na uwadze konieczność założenia racjonalności i celowości działań podejmowanych przez osoby występujące w imieniu zamawiającego, domniemywać należy, że pismem z dnia 26 lutego 2009 roku skierowanym bezpośrednio do wykonawcy, zamawiający miał zamiar poinformować wykonawcę o odrzuceniu jego oferty z powołaniem się na art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, przy czym dokonał tego z naruszeniem art. 18 ust 1 Pzp, zgodnie z którym to kierownik zamawiającego, a nie komisja przetargowa, uprawniona jest do podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy. W nawiązaniu do powyżej wskazanej argumentacji, dotyczącej wadliwości decyzji podjętej w toku postępowania, odwołujący nadmieniał, że zakwestionowane działanie stanowi również uchybienie

zamawiającego w zakresie przekazywania informacji o wynikach postępowania jego uczestnikom. Zgodnie bowiem z przepisem art. 92 ust. 1 Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę), siedzibę i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnienie jej wyboru, a także nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

Zamawiający nie wypełnił ciążącego na nim w powyższym zakresie obowiązku, co stanowi oczywiste naruszenie przepisów ustawy Pzp. Naruszenie to, w ocenie odwołującego, nie miało jednak charakteru na tyle istotnego, aby mogło zostać uznane za wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem stwarzające podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 Pzp.

Ad. 2. Nawet w przypadku uznania, iż załącznik nr 3 - "wykaz płatników wynagrodzenia" został wypełniony przez wykonawcę w sposób odmienny od wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ, zdaniem odwołującego, nie będzie zachodziła niezgodność treści oferty z SIWZ. Użyte przez ustawodawcę w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp sformułowania "treść oferty" i "treść SIWZ" jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność oferty z treścią SIWZ występuje jedynie w przypadku odstępstw od istotnych warunków umowy, w rozumieniu art. 66 § 1 k.c. (por. wyrok z dnia 28 lutego 2008 roku Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 125/08). Ze względu na fakt, iż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ i zapisami § 7 ust 1 projektu umowy, ma charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy, a dodatkowo na etapie składania oferty nie jest możliwe ustalenie kwot, które będzie należało przeznaczyć na doposażenie poszczególnych

Komend Wojewódzkich, gdyż kwoty te będą ustalane w oparciu o koszty rzeczywiście dostarczonego sprzętu i oprogramowania uznać należy, że "wykaz płatników wynagrodzenia" ma jedynie pomocniczy charakter i nie zawiera elementów przedmiotowo istotnych oferty wykonawcy, a dodatkowo jego szczegółowa treść powinna zostać ustalona i uzupełniona dopiero w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Zaakceptowanie interpretacji zapisów SIWZ, przedstawionej przez komisję przetargową w piśmie z dnia 26 lutego 2009 roku, prowadzić musiałoby do wniosku, że niniejsze postępowanie obarczone jest licznymi, nie dającymi się usunąć wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, a zatem zachodziłyby przesłanki do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Ad. 3. Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą wypełnionego przez wykonawcę "wykazu płatników wynagrodzenia," przy czym zakładając racjonalność tych wymagań, uznać należy, iż wymagał uzupełniania załącznika w sposób zgodny z zapisami SIWZ, a więc jedynie w takim zakresie, jaki zgodnie z tymi wymogami był konieczny i możliwy na etapie składania ofert. W treści pkt 2 "organizacja projektu" załącznika C do "specyfikacji wymagań i projektu technicznego SPD," stanowiącego z kolei załącznik nr 1 do SIWZ, zamawiający zawarł wymóg realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z metodyką RUP (Rational Unified Process). Metodyka RUP wymaga realizacji projektu w czterech fazach: inception, elaboration, construction; transittion, z których każda jest podzielona na odrębne czynności. Akceptacja przez Zamawiającego rezultatów jednej fazy warunkuje przejście do następnej. W fazie inception, ustala się zakres projektu, procesy i przypadki użycia, w fazie elaboration analizuje się zebrane wymagania i tworzy architekturę rozwiązania, w fazie construction tworzone są specyfikacje dla poszczególnych przypadków użycia, w fazie transittion system jest dostarczany do Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w dokumencie "specyfikacja wymagań i projekt techniczny SPD" opisuje przedmiot zamówienia, którego elementem musi być "przedstawienie wymagań funkcjonalnych i nie funkcjonalnych (w tym technicznych), które musi spełniać projektowany SPD." Zgodnie z metodyką RUP w ramach zrealizowanej już przez zamawiającego fazy inception, ustalono zakres projektu, procesy i przypadki użycia, a rezultaty tej fazy zawarto w SIWZ. Zgodnie z metodyką RUP wykonawca rozpocznie projekt od fazy elaboration, w której m.in. stworzy architekturę rozwiązania. Bez ustalenia wszystkich elementów architektury, (która powstanie dopiero w fazie elaboration, pierwszej fazy projektu), ustalenie rozkładu wydatków infrastrukturalnych na poszczególne komendy nie jest możliwe. Jest to niewykonalne nie tylko z uwagi na konieczność stosowania metodyki RUP, ale również i ze względu na to, że wykonawcy nie mogą ustalić, jaki będzie konieczny zakres i koszt doposażenia poszczególnych Komend Wojewódzkich, gdyż nie posiadają informacji na

temat ich aktualnej infrastruktury sprzętu i oprogramowania. Zamawiający, w swoich wyjaśnieniach wprost stwierdził, że informacje te poda dopiero po podpisaniu umowy. W związku z tym tabela "wykaz płatników wynagrodzenia," w przekonaniu odwołującego, została wypełniona zgodnie z metodyką RUP, a każde inne wypełnienie tego załącznika uznać należy za niezgodne z tą metodyką, a więc niezgodne z SIWZ. Fakt ten, w przekonaniu odwołującego potwierdzony jest zresztą sposobem wypełnienia rzeczowej tabeli przez inne firmy, polegającym na mechanicznym podzieleniu pełnej kwoty, przeznaczonej na doposażenie na 16 równych części, przypisanych do poszczególnych Komend Wojewódzkich, co w żaden sposób nie stanowi odzwierciedlenia rzeczywistych wydatków, które ostatecznie będą zafakturowane na poszczególnych płatników. Kwoty te mogą być różne dla poszczególnych placówek, z uwagi na różnice w istniejącej infrastrukturze i różne warunki techniczne realizacji prac. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w zapisach § 7 projektu umowy, z których wynika, że kwoty faktur wystawianych na poszczególnych płatników będą odpowiadały rzeczywistym wydatkom na sprzęt i oprogramowanie, a te mogą być różne dla poszczególnych komend. Dopiero po stworzeniu architektury będzie możliwe określenie rozkładu wydatków na doposażenie infrastruktury w danej komendzie. Każde inne działanie jest niezgodne z obowiązującą metodyką RUP i powodowałoby nieuzasadnioną alokację środków na poszczególne komendy. Podejście zastosowane przez firmy inne niż Accenture Sp. z o.o., jest nie tylko niezgodne z wymaganą przez zamawiającego metodyką RUP, ale naraża poszczególne komendy na wydatki wyższe niż realnie będą konieczne (np. w ramach stosowania metody RUP oznaczenie urządzeń klimatyzacyjnych niezbędnych dla danej komendy, może być określone dopiero w trakcie pierwszej fazy projektu zwanej elaboration). Metoda RUP, słusznie wybrana przez zamawiającego, gwarantuje racjonalizację ponoszonych przez niego wydatków i zgodność jego działań z art. 35 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych, nakazującym aby wydatki publiczne były dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zastosowanie metodyki RUP miało umożliwić celowe i oszczędne osiągnięcie celu projektu, z uwzględnieniem rzeczywistych potrzeb doposażenia Komend Wojewódzkich, a zatem zakwestionowanie przez komisję przetargową złożenia oferty przez Accenture Sp. z o.o. z zastosowaniem tej metodyki, oprócz sprzeczności wewnętrznej SIWZ, stanowi też zaprzeczenie zasadzie celowego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych.

Ad. 4. Wyinterpretowany przez komisję przetargową z zapisów SIWZ, wymóg przedstawienia już na etapie składania ofert szczegółowej informacji na temat kwot przewidzianych na doposażenie infrastruktury poszczególnych Komend Wojewódzkich jest niemożliwy do zrealizowania z przyczyn wskazanych powyżej, a zatem nieważny w oparciu o art. 58 k.c.

Ad. 5. W ocenie odwołującego, dodatkowo przyjęcie założeń przedstawionych przez komisję przetargową w piśmie z dnia 26 lutego 2009 roku, prowadzić musiałyby do wniosku, że zamawiający sformułował zapisy SIWZ w sposób wewnętrznie sprzeczny, żądając od wykonawców podania na etapie składania ofert informacji, które zgodnie z wymaganą przez Zamawiającego metodyką RUP nie mogą być sprecyzowane w tej fazie. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez zamawiającego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - por wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1404/07) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 sierpnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 844/08. Z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp wynikają dwie fundamentalne dla prawa zamówień publicznych, zasady ogólne: zasada równości i zasada uczciwej konkurencji. Pierwsza z tych zasad oznacza, iż każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Również ocena ofert powinna być dokonana z uwzględnieniem tych samych kryteriów. Zasada druga odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert.

Ad. 6. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna być na tyle precyzyjna i czytelna, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem (wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 września 2005 r., sygn. akt I Ca 29/05). Specyfikacja w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzona jest przez zamawiającego po to, aby otrzymał w wyniku zamówienia dobro lub usługę, które odpowiadać będą ściśle jego potrzebom (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05). Wykonawca nie może domyślać się, jakie parametry dobro lub usługa ma spełniać - one winny wynikać w sposób jednoznaczny ze specyfikacji. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma dobro, które rzeczywiście było przedmiotem zamówienia. Specyfikacja ma chronić również interes prawny wykonawcy, iż jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne i jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok ZA z dnia 30 maja 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1076/05; wyrok ZA z dnia 18 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-2197/05). „Wykonawca, działając w zaufaniu do ustalonej przez zamawiającego treści specyfikacji, nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbania zamawiającego, o ile zaniedbanie to nie skutkuje nieważnością postępowania (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 maja 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-394/05). Na zamawiającym spoczywa obowiązek właściwego sporządzenia opisu przedmiotu

zamówienia i całej specyfikacji, jak stanowi art. 29 Pzp, a następnie wymagania stosowania się do tego opisu przez wykonawców oraz badanie ofert, pod kątem oceniania spełniania wymogów specyfikacji przez wykonawców. Zamawiający nie może po terminie składania ofert wprowadzać nowych wymagań i musi badać i oceniać oferty na podstawie ich zgodności ze specyfikacją, a w tym z opisem przedmiotu zamówienia, co jest unormowane w art. 2 pkt 5, art. 7 ust. 3, art. 38 ust. 4 - 7 i art. 91 ust. 1 Pzp". Sformułowanie zapisów SIWZ w sposób umożliwiający różną ich interpretację i różną ocenę rozwiązań zastosowanych przez poszczególnych wykonawców, niewątpliwie stanowiłoby przejaw naruszenia zasady zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym konkretnie przypadku uwzględnienie interpretacji przedstawionej przez komisję przetargową oznaczałoby preferowanie wykonawców, którzy w "wykazie płatników wynagrodzenia" podali informacje nierzetelne, nie oparte na rzeczywistych wymogach i potrzebach zamawiającego, a wynikające jedynie z mechanicznego podziału łącznej sumy przewidzianej na doposażenie Komend Wojewódzkich. Przedstawione w piśmie komisji przetargowej stanowisko, zgodznie z którym wskazanie kwot przypadających na poszczególnych płatników ma dla zamawiającego istotne znaczenie, a zatem stanowi essentialia negotii umowy, przesądza o tym, że sprecyzowanie kwot przypadających na poszczególne Komendy Wojewódzkie już na etapie składania oferty i umieszczenie ich w załączniku nr 3, stanowiącym integralną część umowy prowadzić musiałyoby do konieczności zmiany tej umowy, w zakresie jej istotnych postanowień w toku jej realizacji, co stanowiłoby naruszenie art. 140 i 144 Pzp. Zaakceptowanie takiej interpretacji byłoby kolejną przesłanką obligującą do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Ad. 7. W uzasadnieniu swojego stanowiska o odrzuceniu oferty odwołującego, komisja przetargowa podniosła, iż w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1. ppkt 9 SIWZ, zamawiający zawarł wymóg dołączenia do oferty wypełnionego przez wykonawcę "wykazu płatników wynagrodzenia," stanowiącego załącznik nr 3 do umowy, która będzie zawarta w celu realizacji przedmiotu zamówienia. Komisja uznała, iż odwołujący wypełnił przedmiotowy dokument w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ z uwagi na fakt, iż wykonawca nie uzupełnił niektórych jego pozycji, a mianowicie kolumn zbiorczo zatytułowanych "wartość brutto sprzętu i standardowego oprogramowania" w rozbiciu na etap I, II i III oraz na poszczególnych płatników - Komendy Wojewódzkie. Odwołujący argumentował, że jeśli przedstawiony dokument budził wątpliwości zamawiającego, był on zobowiązany do zwrócenia się do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Podkreślił, że wbrew prezentowanemu przez komisję przetargową pogładowi, ewentualne wyjaśnienia nie prowadziłyby do zmiany treści oferty, jako że po pierwsze "wykaz płatników wynagrodzenia" nie zawierał postanowień stanowiących essentialia negotii oferty, a zatem

jakiegokolwiek zmiany jego zawartości nie prowadziłyby do zmiany treści oferty, a po drugie wykonawca nie dokonałby zmian w przedmiotowym dokumencie przez uzupełnienie zakwestionowanych przez komisję przetargową pozycji, jako że na etapie składania oferty jest to niemożliwe i byłoby sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Ad. 8. Z uwagi na opisane powyżej naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego, uznać należy, że istnieją przesłanki do stwierdzenia, że stanowisko i wnioski komisji przetargowej zawarte w rozstrzygnięciu protestu z dnia 12 marca 2009 roku oraz piśmie komisji przetargowej zamawiającego z dnia 26 lutego 2009 roku są bezzasadne i brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, gdyż powinna ona zostać wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza ze złożonych ofert do czego obliguje art. 91 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślił, że zamawiający pomija w swym postępowaniu okoliczność, iż jego działanie może stać w sprzeczności z treścią art. 35 ust. 3. pkt I ustawy o finansach publicznych, który stanowi, że: "wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zgodnie bowiem z dostępnymi odwołującemu informacjami, kolejna pod względem cenowym oferta jest aż o około 8 mln złotych droższa od oferty Accenture Sp. z o.o. W postępowaniu zamawiającego, drugorzędne względy formalne, przysłoniły zatem zasadniczą przesłankę celowości i oszczędności w dysponowaniu środkami publicznymi. Takie działanie może z kolei zostać uznane za naruszenie dyscypliny finansów publicznych opisane w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Na poparcie tez i argumentacji przedstawionych w proteście odwołujący przedłożył opinię prawną sporządzoną przez Kancelarię Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 marca 2009 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpili, żądając oddalenia protestu:

1. w dniu 5 marca 2009 r. ComArch SA, który podniósł, że postanowienia załącznika nr 3 do SIWZ były jednoznaczne, wszyscy wykonawcy wskazali w jakiej części w kosztach zamówienia będą uczestniczyły Komendy Wojewódzkie, a w jakiej Komenda Główna. Odwołujący wskazał, że całość kosztów zamówienia zapłaci Komenda Główna. Nie jest więc prawdą, że wypełnił jedynie kolumnę łączna wartość poszczególnych etapów. ComArch SA uznał decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego za przedwczesną, skoro nie został równocześnie dokonany wybór najkorzystniejszej oferty. Powołał się na interes prawny w uzyskaniu zamówienia, bowiem złożył kolejną najkorzystniejszą ofertę, nie podlegającą odrzuceniu.

2. w dniu 6 marca 2009 r. Sygnity SA reprezentujące konsorcjum z COMP Safe Suport SA, który powołał się na interes prawny w dokonaniu wyboru jego oferty. Podniósł okoliczności, że przepis art. 20 ust. 2 Pzp, dozwala na powierzenie komisji przetargowej innych czynności, niż wprost przypisanych w ustawie. Zdaniem Sygnity SA, odwołujący przyznał, że zał. nr 3 do umowy został wypełniony niezgodnie z instrukcjami. Przepis art. 87 ust. 1 Pzp, daje zamawiającemu możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, ale nie jest to powinność obligatoryjna, ponadto sposób wypełnienia tego dokumentu nie wzbudzał wątpliwości. Argument odwołującego, że na etapie składania ofert, wykonawcy nie posiadali wiedzy, o kosztach realizacji zamówienia, przypadających na poszczególne komendy nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż są to zarzuty na postanowienia SIWZ, zatem termin na wniesienie protestów upłynął bezskutecznie.

Pismem z dnia 12 marca 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego odrzucenie, uznał bowiem, że protest został wniesiony przez osobę nieuprawnioną do reprezentacji wykonawcy, zatem należy traktować go jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony, w rozumieniu art. 180 ust. 7 Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji podał, że protest został podpisany przez p. Jarosława M., a do protestu nie został dołączony odpis z KRS ani pełnomocnictwo, dla wykazania dla tej osoby prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej w imieniu odwołującego.

W odwołaniu wniesionym w dniu 20 marca 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami:

1. o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny i badania ofert, z uwzględnieniem ewentualnej konieczności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty i dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, na podstawie art. 188 ust. 3 Pzp, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

2. z opinii biegłego z zakresu metodyki RUP: dr inż. Tomasz G., adres dla doręczeń: RightSolution, ul. Skoroszewska 1/32, 02-495 Warszawa, tel/fax 022303 6560, na okoliczność na jakim etapie realizacji przedmiotu umowy, możliwe jest określenie kosztów ponoszonych przez poszczególne Komendy Wojewódzkie, z uwagi na zakres i rodzaj prac koniecznych do wykonania w trakcie umowy;

3. z przesłuchania świadka, p. Artura Ł., na okoliczność wykazania przesłania zamawiającemu dokumentów, z których wynika jednoznaczne upoważnienie dla p. Jarosława M. do podpisania i złożenia protestu,

3. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący przedstawił dodatkową, uzupełnioną argumentację, która w jego ocenie uzasadnia żądanie uwzględnienia odwołania i orzeczenie przez Krajową Izbę Odwoławczą zgodnie z przedstawionymi wnioskami. Uznał za wadliwą czynność odrzucenia protestu, w sytuacji w której zamawiający dysponował i dysponuje dokumentami (KRS i pełnomocnictwem), które w sposób niebudzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych wskazują umocowanie p. Jarosława M. do złożenia i podpisania protestu. Odrzucenie protestu, z uwagi na rzekomy brak umocowania, gdy w toku postępowania zamawiającemu zostało przedłożone pełnomocnika składającego protest, stanowi naruszenie art. 180 ust 7 Pzp. Odwołujący uzasadniał, że pełnomocnictwo dla p. Jarosława Michaluka, obejmujące między innymi prawo do składania protestów w imieniu wykonawcy Accenture Sp. z o. o. zostało podpisane przez p. Jarosława K. upoważnionego do reprezentacji jednoosobowej odwołującego, jako Prezes Zarządu, zgodnie z odpisem z KRS, który został dołączony do oferty wykonawcy i jest w posiadaniu zamawiającego. Pełnomocnictwo w oryginale zostało załączone do pisma Accenture Sp. z o.o. z dnia 28 stycznia 2009 r., przesłanego do zamawiającego faksem oraz doręczonego bezpośrednio w dniu 29 stycznia 2009 r., (co zostało potwierdzone stosowną prezentacją), zawierającego wyjaśnienia dotyczące ceny zaproponowanej w ofercie odwołującego. Fakt ten potwierdza zarówno wykaz załączników wymienionych w piśmie z dnia 28 stycznia 2009 r., jak i raport z transmisji faksu, z którego wynika, że zamawiającemu przesłane zostało wraz z załącznikami - łącznie 14 stron. Podkreślił również, że należyte umocowanie p. Jarosława M. do reprezentowania wykonawcy, nie zostało wówczas ani później, aż do odrzucenia protestu wykonawcy, zakwestionowane przez zamawiającego, co oznacza, iż nie miał on jakichkolwiek wątpliwości co do prawidłowości udzielonego pełnomocnictwa jak i zakresu upoważnienia tej osoby. Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek gdyby intencją zamawiającego było wyrażenie w rozstrzygnięciu protestu poglądu, zgodnie z którym wymogiem formalnym protestu zawsze jest dołączenie do niego pełnomocnictwa oraz innych dokumentów potwierdzających umocowanie osoby, która podpisała protest w imieniu wykonawcy, niezależnie od ewentualnego uprzedniego przedłożenia zamawiającemu takiegoż pełnomocnictwa, podniósł, że powołane przez zamawiającego orzecznictwo Zespołu Arbitrów, dotyczy sytuacji odmiennych, od będącej przedmiotem niniejszego odwołania, gdyż odnosiło się do protestów składanych na treść ogłoszenia o zamówieniu lub postanowienia SIWZ. Dodatkowo z powołanych orzeczeń wynika, że pełnomocnictwo

powinno być przedłożone najpóźniej z chwilą złożenia protestu, a zatem bez wątpienia wystarczające jest przedłożenie pełnomocnictwa przed dokonaniem tej czynności. Zamawiający rozstrzygając protest odwołującego, nie odniósł się merytorycznie do podniesionych w nim zarzutów i nie uzasadnił swojego stanowiska, co uniemożliwiło merytoryczną polemikę zarówno z jego rozstrzygnięciem jak i decyzją o odrzuceniu oferty. Konsekwencją odrzucenia protestu z przyczyn formalnych, było utrzymanie w mocy decyzji o odrzuceniu oferty, która została wydana z naruszeniem, wskazanych przez odwołującego przepisów prawa. Odwołujący powtórzył zatem zarzuty i uzasadnienie podnoszone w proteście.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, podtrzymując swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie, przystąpił w dniu 24 marca 2009 r. ComArch SA. Podniósł, że protest i odwołanie były przedwczesne, gdyż prawidłowo mogły zostać wniesione na czynność wyboru oferty, z jednoczesnym powiadomieniem o odrzuceniu oferty odwołującego, co miało miejsce w dniu 20 marca 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała przystąpienie za skuteczne i dopuściła ComArch SA do udziału w sprawie w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, że protest był przedwczesny, zatem odwołanie winno podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, pisma zamawiającego do odwołującego z dnia 26 stycznia 2009 r. o wyjaśnienie elementów ceny oferty, odpowiedzi udzielonej przez odwołującego z dnia 28 stycznia 2009 r. oraz załączonego do pisma pełnomocnictwa dla p. Jarosława M., dopuściła dowód z ofert wszystkich wykonawców, złożonych w tym postępowaniu.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba nie dopuściła wnioskowanych dowodów z opinii biegłego z zakresu metodyki RUP: dr inż. Tomasz G., na okoliczność na jakim etapie realizacji przedmiotu umowy, możliwe jest określenie kosztów ponoszonych przez poszczególne Komendy Wojewódzkie, z uwagi na zakres i rodzaj prac koniecznych do wykonania w trakcie umowy. Wnioskowany dowód byłby bowiem celowy, gdyby protest dotyczył nieprawidłowych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzuty w tym zakresie są jednak spóźnione, w świetle art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp i nie podlegały rozpoznaniu. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona od dnia publikacji ogłoszenia – 25 listopada

2008 r., zatem zarzuty dotyczące wewnętrznej sprzeczności postanowień specyfikacji, to jest wymaganie wypełnionego załącznika nr 3 do umowy z podziałem kosztów na poszczególne Komendy Wojewódzkie, co nie odpowiada metodyce RUP, według której ma przebiegać zrealizowanie Systemu Przetwarzania Danych, będącego przedmiotem zamówienia, ponadto stanowiące niemożliwe do spełnienia warunki i jako takie nieważne, na podstawie art. 58 K.c., w ocenie Izby, należało podnosić w odniesieniu do specyfikacji, a nie w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty odwołującego. Izba natomiast jest władna rozpatrywać odwołanie tylko w granicach tych zarzutów protestu, których podniesienie było możliwe i dopuszczalne, tak ze względów proceduralnych jak i merytorycznych, wobec zakwestionowanej czynności zamawiającego, to jest odrzucenia oferty odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania świadka, p. Artura Ł., na okoliczność wykazania przesłania zamawiającemu dokumentów, z których wynika jednoznaczne upoważnienie dla p. Jarosława M. do podpisania i złożenia protestu, gdyż ta okoliczność była możliwa do ustalenia na podstawie dowodów z dokumentów. Izba potraktowała złożoną opinię z dnia 4 marca 2009 r. Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp. k, jako stanowisko strony.

Rozpatrując odwołanie, w granicach zarzutów na odrzucenie oferty odwołującego, Izba ustaliła co następuje. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia wynosi 15 570 000 zł netto.

W terminie składania ofert - 20 stycznia 2009 r. zostały złożone 4 oferty. Kryteria stanowi cena (waga 70%) i okres gwarancji (waga 30%).

Accenture Sp. z o. o. cena brutto 7 319 988,00 zł. okres gwarancji 61 m-cy;

ComArch SA cena brutto 15 829 332,86 zł. okres gwarancji 72 m-ce;

Konsorcjum Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o. o. cena brutto 19 973 548,73 zł. okres gwarancji 72 m-ce;

Konsorcjum Sygnity SA 22 506 900,00 zł. okres gwarancji 48 m-cy.

Zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2009 r. zwracał się do odwołującego o wyjaśnienie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, elementów oferty, mających wpływa na wysokość ceny.

W zakreślonym terminie odwołujący złożył żądane wyjaśnienia. Pismo z dnia 28 stycznia 2009 r. zostało podpisane przez p. Jarosława M., na podstawie załączonego pełnomocnictwa z dnia 9 stycznia 2009 r. obejmującego umocowanie między innymi do wnoszenia środków ochrony prawnej (w tym protestów). Pełnomocnictwo zostało wystawione przez Prezesa Zarządu odwołującego p. Jarosława K., uprawnionego do

reprezentowania odwołującego, zgodnie z zawartym w dokumentach oferty odpisem z KRS o numerze 19271. Wymienione pismo wraz z załącznikami (14 stron), zostało przekazane zamawiającemu w dniu 28 stycznia 2009 r. na wskazany w ogłoszeniu numer telefaksu zamawiającego. W dniu 29 stycznia 2009 r. oryginał pisma wraz z oryginałem pełnomocnictwa został złożony bezpośrednio w siedzibie zamawiającego. Pod pieczęcią Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej Biura Finansów – Wydział Zamówień Publicznych, widnieje data i podpis osoby odbierającej pismo. Izba uznała te dowody za w pełni wiarygodne, którym zamawiający nie zaprzeczył, nie odrzucił też oferty odwołującego, z przyczyn nie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co bez wątpliwości wskazuje, iż uznał pismo podpisane przez pełnomocnika p. Jarosława M. za złożone przez osobę należycie umocowaną. Z tych względów, również protest wniesiony przez pana Jarosława M., podpisany został przez osobę umocowaną, zatem nie zachodziły żadne podstawy do odrzucenia tego środka ochrony prawnej z tej przyczyny, że został wniesiony przez podmiot nieuprawniony, a czynność zamawiającego została powzięta z naruszeniem art. 180 ust. 7 Pzp.

Izba stwierdza, że odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w ustalonych kryteriach, stąd interes prawny odwołującego, w domaganiu się unieważnienia czynności odrzucenia oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert jest niewątpliwy. Izba nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w proteście, natomiast przepis art. 191 ust. 3 Pzp nie odnosi się do wniosków protestu, stąd żądanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty, sformułowane na etapie odwołania, nie narusza wskazanego przepisu.

W zakresie podlegającego rozpoznaniu zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, projekt umowy nr PL/0001173404/2008 stanowiący zał. nr 2 do SIWZ oraz SIWZ zawiera następujące postanowienia.

W § 1 ust. 5 wynagrodzenie, o którym mowa w § 7 ust. 1 w podziale na poszczególnych płatników – Komendy Wojewódzkie PSP i Komendę Główną PSP określa zał. Nr 3, stanowiący integralną część umowy, z zastrzeżeniem, że Komendy Wojewódzkie PSP są płatnikami za dostarczony im sprzęt wraz ze standardowym oprogramowaniem oraz systemem przetwarzania danych. Stosownie do postanowień § 7 ust. 3 wzoru umowy – rozliczenie za przedmiot umowy będzie odbywało się na podstawie faktur wystawionych dla poszczególnych płatników za dostarczony sprzęt wraz ze standardowym oprogramowaniem, po zakończeniu każdego etapu oraz za system SPD po zakończeniu realizacji umowy i odbiorze końcowym, zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy. Zapłata nastąpi w formie przelewu na rachunek wykonawcy określony w fakturze, przez poszczególne Komendy

Wojewódzkie i Komendę Główną PSP w terminie 30 dni od otrzymania faktur VAT. Podstawą do zapłaty będą:

- 1) faktury wystawione za dostarczony sprzęt i standardowe oprogramowanie przez wykonawcę dla poszczególnych płatników Komend Wojewódzkich PSP i Komendy Głównej PSP oraz protokoły odbioru faktycznego sprzętu;
- 2) faktura wystawiona dla Komendy Głównej PSP za system przetwarzania danych i protokół odbioru końcowego systemu przetwarzania danych.

Załącznik nr 3 zawiera wykaz płatników wynagrodzenia, który obejmuje 16 Komend Wojewódzkich i Komendę Główną PSP, wartość brutto sprzętu i standardowego oprogramowania z podziałem na trzy etapy realizacji prac oraz ogółem wartość brutto wynagrodzenia z podziałem na płatników. Pozycja 19 obejmuje wynagrodzenie wykonawcy – cenę brutto.

W rozdziale XVIII pkt 10 SIWZ zamawiający postanowił, że wszelkie załączniki dołączone do SIWZ należy traktować jako wzory zalecane. Zamawiający uzna za wystarczające wypełnienie obowiązku złożenia stosownych oświadczeń przez złożenie dokumentów równoważnych, potwierdzających spełnienie wymagań. Z kolei w rozdziale XV Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy między innymi jeżeli z przyczyn technicznych, zachodzi konieczność dokonania zmiany w załączniku nr 3 do umowy – wykaz płatników wynagrodzenia. W rozdziale VI pkt 2.1.9 wymagane było złożenie w dokumentach oferty zał. nr 3 do umowy.

Odwołujący zawarł w dokumentach swojej oferty zał. nr 3 do wzoru umowy, jednakże nie wypełnił go w sposób zgodny z instrukcją zamawiającego. Nie podał wartości brutto sprzętu i standardowego oprogramowania na poszczególne etapy oraz nie podał ogółem wartości brutto wynagrodzenia za sprzęt i standardowe oprogramowanie, w podziale na płatników, to jest Komendy Wojewódzkie. W pozycji 19 podał wynagrodzenie wykonawcy (cenę brutto) w kwocie 7 319 988,00 zł., którą w pozycji 18 przyporządkował w całości jednemu płatnikowi Komendzie Głównej PSP w Warszawie.

Do ad. 1

Jak wynika z protokołu postępowania kierownik zamawiającego Komendant Główny PSP – nadbryg. Wiesław Leśniakiewicz powierzył zastrzeżone dla siebie czynności w postępowaniu nadbryg. Markowi Kowalskiemu Zastępcy Komendanta Głównego PSP. Zatwierdzenie wyników postępowania nastąpiło 18 marca 2009 r. przez osobę upoważnioną Zastępcę komendanta Głównego PSP Marka Kowalskiego. Odwołujący został powiadomiony w dniu 26 lutego 2009 r. pismem podpisanym przez zastępcę Dyrektora Biura Finansów mł. bryg. dypl. ek. Bożenę B. o odrzuceniu jego oferty, z podaniem uzasadnienia prawnego i

faktycznego tej czynności. Pismo zostało poprzedzone wnioskiem komisji przetargowej z dnia 25 lutego 2009 r., zatwierdzonym przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika zamawiającego w tym postępowaniu to jest przez Zastępcę Komendanta Marka K. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 Pzp, ani art. 20 ust. 3 Pzp, gdyż czynność odrzucenia oferty odwołującego została zaakceptowana przez osobę umocowaną. Przekazanie informacji w tym zakresie nastąpiło w sposób wynikający ze sposobu składania oświadczeń w imieniu zamawiającego, stosownie do upoważnień dla poszczególnych kierowników komórek funkcjonalnych i wywołało skutek prawny z chwilą dojścia do wiadomości odwołującego, zgodnie z art. 61 § 1 K.c. Izba podzieliła jednak stanowisko odwołującego, że zamawiający postąpił niewłaściwie naruszając art. 92 ust. 1 Pzp, przez zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego w dniu 26 lutego 2009 r., przed dokonaniem wyboru oferty, o czym zawiadomił wykonawców odrębnym pismem, opublikowanym na stronie internetowej w dniu 23 marca 2009 r., a według oświadczenia zamawiającego, doręczonym odwołującemu faksem w dniu 20 marca 2009 r. i ponownie w dniu 23 marca 2009 r. W przetargu nieograniczonym, zamawiający powinien powiadomić jednocześnie wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, ofertach odrzuconych oraz o wykluczeniu wykonawców z postępowania. Wiąże się to z koncentracją środków ochrony prawnej i umożliwieniem wniesienia protestu na wymienione czynności jednocześnie. W dniu 4 marca 2009 r. w którym wniesiono protest, wybór oferty ComArch SA nie został jeszcze dokonany, zatem odwołanie rozpatrywane w niniejszej sprawie nie obejmuje zarzutów przeciwko wybranej ofercie. Naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 i 2 Pzp, nie spowodowało negatywnych konsekwencji dla odwołującego, jeżeli skutecznie wniósł protest na odrzucenie jego oferty, jak również odrębnie skorzystał ze środków ochrony prawnej na wybór najkorzystniejszej oferty. Izba uznała, że skoro złożone zostało oświadczenie pisemne zamawiającego, o odrzuceniu oferty Accenture Sp. z o.o. w dniu 26 lutego 2009 r., odwołujący zasadnie wniósł protest na tą czynność nie oczekując na powiadomienie o wyborze oferty. Protest przysługuje zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp wobec czynności zamawiającego, o której wykonawca w tym przypadku został powiadomiony. Bez znaczenia pozostaje, że w piśmie z dnia 20 marca 2009 r. ponownie znalazła się informacja o odrzuceniu oferty odwołującego, z powołaniem się na uzasadnienie zawarte w piśmie z 26 lutego 2009 r. Izba nie przychyliła się do poglądu przystępującego ComArch SA, że protest należało uznać za przedwczesny i odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 Pzp, gdyż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Do ad. pkt 2.3,4,5,6

W odniesieniu do podlegających rozpoznaniu zarzutów bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, w ocenie Izby nie można mówić, że w każdym przypadku, istotne

postanowienia umowy w rozumieniu art. 66 ust. 1 K.c. są takie same. Bez wątpliwości zalicza się do nich przedmiot umowy i wynagrodzenie. Jednakże w procedurze udzielania zamówień publicznych, zamawiający przedstawiając zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp postanowienia, które zostaną wprowadzone do zawieranej umowy, określa zarazem zakres postanowień o istotnym dla stron charakterze. Bez wątpliwości, opisany materiał dowodowy świadczy, że w tym przypadku podział należnego wynagrodzenia na płatników, to jest na poszczególne Komendy Wojewódzkie i Komendę Główną miał charakter istotny. Dotyczył istotnych dla zamawiającego kwestii ujmowania wydatków związanych z tym zamówieniem w planach finansowych jednostek wojewódzkich i Komendy Głównej PSP oraz sposobu przeprowadzania rozliczeń. Zamawiający w sposób logiczny i spójny wyjaśnił, że zamówienie będzie realizowane ze środków rezerwy budżetowej, na cele określone w ustawie o modernizacji Policji, Straży Granicznej i Straży Pożarnej. Zamawiający zabezpiecza jedynie finansowanie działalności Komendy Głównej PST, Szkoły Pożarnictwa i Centrum Naukowo – Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej i Centralnego Muzeum Pożarnictwa. Na wymienione cele otrzymuje pulę środków za pośrednictwem Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. Druga pula środków budżetowych, zagwarantowanych na realizację przedmiotowego zamówienia jest przekazywana przez Ministerstwo Finansów bezpośrednio do dyspozycji wojewodów, którym podlegają poszczególne Komendy Wojewódzkie PST. Postępowanie na opracowanie systemu przetwarzania danych i jego wdrożenie musi być prowadzone łącznie w odniesieniu do Komendy Głównej jak i Komend Wojewódzkich. Zadaniem zamawiającego jest, niezwłoczne wystąpienie po wyborze oferty, do Ministerstwa Finansów, za pośrednictwem MSWiA o uruchomienie środków na realizację zamówienia, odrębnie dla Komendy Głównej i odrębnie dla Komend Wojewódzkich. Procedura taka jest długotrwała i może zająć nawet pół roku. Zgodnie z rozdziałem 1 pkt 2 SIWZ wykonawca jest zobowiązany zrealizować zamówienie w terminie do 14.11.2009 r. z podziałem na 3 etapy, po których zakończeniu przewidziane jest rozliczenie z wykonawcą za zakres zrealizowanych prac, na podstawie wystawionej faktury, do zapłaty przez poszczególnych płatników w terminie 30 dni od daty otrzymania. Stąd zamawiający, w przywołanych wyżej postanowieniach SIWZ dał wyraz temu, że przywiązuje znaczną wagę do rozliczenia kosztów zamówienia na poszczególnych płatników. Nie może odwołujący podnosić skutecznych zarzutów, iż na etapie sporządzenia oferty, w oparciu o postanowienia SIWZ, nie było możliwe podanie kosztów realizacji zamówienia, przypadających na poszczególne Komendy Wojewódzkie, gdy argumenty te są spóźnione. Obowiązkiem zamawiającego, określonym w art. 29 ust. 1 Pzp, jest taki opis przedmiotu zamówienia, który umożliwia złożenie oferty. Zamawiający zadość uczynił temu obowiązkowi, podając w rozdziale 1 SIWZ określenie przedmiotu zamówienia pkt 3.1, - że całość zamówienia należy wykonać w oparciu o „specyfikację wymagań i projekt techniczny

systemu przetwarzania danych,” stanowiący opis przedmiotu zamówienia i będący załącznikiem nr 1 do SIWZ. Zamawiający podał, że na wniosek wykonawcy, udostępni dokumentację, która powstała w trakcie tworzenia projektu systemu SPD – pierwszej fazy (inception – według terminologii RUP). Z powyższego wynika, że wykonawcy uczestniczący w postępowaniu otrzymali opracowania projektowe, będące podstawą zlecenia prac na budowę systemu i jego wdrożenie. Jeżeli nie jest możliwe sporządzenie oferty zgodnej z wymaganiami, wykonawca ma prawo wnieść protest dotyczący SIWZ, domagając się zmiany postanowień w taki sposób, aby mógł złożyć ofertę. Izba stwierdza, że wymagania dotyczące podziału kwoty brutto wynagrodzenia na poszczególnych płatników, były podane w sposób jasny i nie wymagały żadnych zabiegów interpretacyjnych. Inną kwestią jest natomiast, czy wykonawca, na etapie złożenia oferty, dysponował wystarczającymi informacjami, aby dokonać takiego podziału wynagrodzenia na poszczególnych płatników. Zamawiający udzielał odpowiedzi na zapytania wykonawców do SIWZ - dotyczące specyfikacji wymagań i projektu technicznego. Podawał elementy infrastruktury sprzętowej oraz oprogramowania, którymi dysponuje. Między innymi udzielał wyjaśnień na temat kubatury pomieszczeń i możliwości montażu sprzętu i klimatyzacji w węzłach wojewódzkich. Odpowiedź na pytanie 5B wyjaśnień z 24.12.2008 r., że zamawiający udostępni dokumentację po podpisaniu umowy, dotyczyła wyłącznie zawierającej materiały pomocnicze dokumentacji do wytworzenia specyfikacji wymagań i projektu technicznego SPD, o której udostępnieniu mówi postanowienie rozdziału 1 pkt 3.6 SIWZ. Odwołujący nie zaprzeczył, że cała dokumentacja techniczna, stanowiąca opis przedmiotu zamówienia została mu udostępniona. Jeżeli odwołujący nie skorzystał z możliwości oprotestowania specyfikacji, na niemożliwe jego zdaniem do wypełnienia warunki i nieważne na podstawie art. 58 K.c., mógł domagać się wyjaśnień, które umożliwiłyby dokonanie podziału kosztów realizacji zamówienia na poszczególne Komendy PSP, w sposób jaki był możliwy na etapie składania ofert. Inni wykonawcy wypełnili załącznik nr 3 do umowy, zgodnie z wymaganiami, podali koszty realizacji zamówienia, przypadające na poszczególne etapy prac i Komendy Wojewódzkie oraz osobno na Komendę Główną PSP. Zamawiający uznał, że pozostałych 3 wykonawców, podało kwoty płatności przypadające na Komendy Wojewódzkie, prawidłowo, mimo iż obejmują one takie same wartości. Projekt techniczny strona 265 i następane przewiduje jednolite wyposażenie węzłów wojewódzkich w elementy sprzętowe i inne. Zamawiający w sposób wystarczający zaakcentował w SIWZ, że wymóg rozbicia wynagrodzenia na poszczególnych płatników jest dla niego istotny, gdyż związany bezpośrednio z obowiązującymi zasadami finansowania Państwowej Straży Pożarnej. Sposób płatności wynagrodzenia, stanowi w tym przypadku istotny element umowy. Odwołujący przyznał w piśmie z dnia 28 stycznia 2009 r. że posiadał „szczegółową i dogłębną znajomość posiadanych przez zamawiającego zasobów, w tym w szczególności

sprzętu i oprogramowania oraz ich funkcjonalności, co umożliwi ich optymalne wykorzystanie, dzięki czemu wydatki na objętą zamówieniem infrastrukturę uzupełniającą dla centrali i węzłów wojewódzkich obejmują jedynie elementy i nakłady pracy niezbędne dla tego celu,” co zaprzecza późniejszym twierdzeniom w proteście i w odwołaniu, że nie mógł podać rozbicia kwoty wynagrodzenia na poszczególnych płatnikach, gdyż nie znał stanu aktualnego wyposażenia węzłów wojewódzkich. Odwołujący w żadnej innej formie, co dopuszczała specyfikacja, nie przekazał informacji o kwotach należności za realizację zamówienia, które będą przypadały na poszczególne Komendy Wojewódzkie PSP. Izba nie stwierdziła, aby zamawiający stawiał i egzekwował w trakcie oceny ofert, jakiegokolwiek nowe warunki, które nie były podane w specyfikacji, ażeby odrzucił ofertę odwołującego w oparciu o warunki „wyinterpretowane” dopiero na etapie oceny ofert. W ocenie Izby, wymaganie podania kwot płatności wynagrodzenia z wyszczególnieniem na poszczególne komendy PSP, było sformułowane jasno, zatem brak podstaw, aby „nieprecyzyjne, niejasne” dyspozycje zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia interpretować na korzyść wykonawcy.

Do ad. 7

Izba podzieliła natomiast stanowisko odwołującego, że zamawiający powinien wezwać odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i podania w rozbiciu na poszczególne Komendy Wojewódzkie, przypadających na nie płatności lub podania takiej płatności jednostkowej, wyposażenia węzła wojewódzkiego w sprzęt i standardowe oprogramowanie, jeżeli uzna, tak jak pozostali wykonawcy, że są to takie same kwoty. Izba miała na uwadze treść art. 16 Pzp, umożliwiającego wspólne przeprowadzanie postępowania i udzielenie zamówienia przez wyznaczonego zamawiającego, upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz innych zamawiających. We wzorze umowy, jako zamawiający występuje wyłącznie Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej, który zleca wykonanie zamówienia na wykonanie Systemu Przetwarzania Danych i zarazem zaciąga we własnym imieniu zobowiązanie do zapłaty należności wynikającej z przyjętej oferty. Na podstawie art. 391 K.c. w związku z art. 14 Pzp odpowiada za spełnienie świadczenia (wypłatę wynagrodzenia wykonawcy) przez osoby trzecie tj. poszczególne Komendy Wojewódzkie PSP. W tym znaczeniu, odwołujący mógł przyporządkować w załączniku nr 3 w pozycji 17 płatność wynagrodzenia wynikającego z ceny ofertowej - Komendzie Głównej PSP. Nie oznacza to jednak, że odwołujący nie może udzielić wyjaśnień, jakie kwoty z wynagrodzenia ogółem, przypadają na wyposażenie Komend Wojewódzkich w sprzęt i standardowe oprogramowanie, aby umożliwić zamawiającemu, w razie wyboru tej oferty, wystąpienie z zapotrzebowaniem na zabezpieczenie środków finansowych na zrealizowanie zamówienia, za cenę podaną w ofercie wykonawcy. Izba nie uwzględniła stanowiska

odwołującego, że nie jest w stanie podać takich kwot płatności na poszczególne jednostki organizacyjne, objęte przedmiotowym zamówieniem. Oświadczenie takie koliduje bowiem z cytowanym wyjaśnieniem, elementów ceny oferty, z którego wynika, iż odwołujący oszacował kwotę, za jaką wykona wyposażenie czy też doposażenie węzłów wojewódzkich i podał wysokość tej kwoty. Niewątpliwie wyliczając cenę całkowitą oferty, przy założeniu racjonalność działań odwołującego wykonawcy, kierował się kalkulacją kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia i pozostałych czynników cenotwórczych, a więc posiada wiedzę na temat elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Izba przyjęła też wyjaśnienia zamawiającego, że na etapie składania ofert, informacja o podziale należności na płatników nie ma charakteru ostatecznego, gdyż specjalnie przewidział możliwość w tym zakresie zmiany umowy, na co obecnie dozwala art. 144 ust. 1 Pzp i podał w rozdziale XV SIWZ warunki dokonania tej zmiany. Zamawiający wystarczająco uzasadnił swoje stanowisko, że podstawową sprawą jest uruchomienie procedury zabezpieczenia finansowania w kwocie wynikającej z przyjętej oferty, z wstępnym podziałem środków pomiędzy płatników, gdyż procedura alokacji tych środków i wprowadzenia zmian i korekt do planów finansowych jednostek jest prostsza, nie wymagająca tyle czasu jak procedura pozyskiwania środków z rezerwy budżetowej na tej cel. Podanie pominiętej istotnej informacji, o kwotach wynagrodzenia przypadających na poszczególnych płatników i etapy prac, udzielone w drodze wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (o co zresztą odwołujący wnosił), nie doprowadzi do niedopuszczalnej zmiany w treści oferty, albowiem nie ulegnie zmianie kwota całkowita wynagrodzenia wykonawcy określonego w ofercie. Należy uwzględnić, że zamawiający dopuścił w SIWZ, zmianę umowy w zakresie kwot płatności przypadających na poszczególne Komendy Wojewódzkie, rozdział XV pkt 1a – jeżeli z przyczyn technicznych, zachodzi konieczność dokonania zmiany w załączniku nr 3 do umowy „wykaz płatników wynagrodzenia.” Zamawiający zakładał więc z góry, że wyposażenie komend w sprzęt i oprogramowanie może ulec zmianom w trakcie realizacji umowy, co pociągałoby za sobą zmiany w ustalonym sposobie rozliczeń, w ramach ogólnego wynagrodzenia określonego w ofercie. Izba miała na uwadze, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w ustalonych kryteriach, jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, było co najmniej przedwczesne, skoro braki są możliwe do uzupełnienia w drodze złożenia wyjaśnień. Zatem odrzucenie oferty odwołującego bez wyczerpania procedury określonej art. 87 ust. 1 Pzp narusza postanowienia tego przepisu w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, obligującym zamawiającego do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, na podstawie ustalonych kryteriów.

Izba nie stwierdziła w oparciu o materiał dowodowy tej sprawy, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, egzekwując od wykonawców na równych zasadach spełnienie wymagań określonych w SIWZ odnośnie treści załącznika nr 3 do umowy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i ust 1a Pzp.

W oparciu o art. 191 ust 2 pkt 1 i 2 Pzp, nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie ponownej oceny ofert, poprzedzone wezwaniem odwołującego w trybie art. 87 ust 1 Pzp, do wyjaśnienia jakie kwoty wynagrodzenia przypadają do zapłaty za poszczególne etapy realizacji prac systemu SPD oraz jakie kwoty z wynagrodzenia określonego w ofercie, przypadają do zapłaty przez płatników – Komendy Wojewódzkie PSP.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, Izba orzekła na rzecz odwołującego kwotę 3600 zł, w oparciu o złożony rachunek, na podstawie § 4 ust. 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....