

WYROK

z dnia 14 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: Rafał Komoń

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 lutego 2012 r.** przez wykonawcę: **Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku ul. Heweliusza 11, 80-890 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Szczecin Urząd Miasta Szczecin pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie,

- 1.1. nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 1.2. nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 1.3. nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzone wezwaniem odwołującego do uzupełnienia dokumentu – wersji testowych oprogramowania rekrutacji.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Miasto Szczecin Urząd Miasta Szczecin pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin,

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku ul. Heweliusza 11, 80-890 Gdańsk**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasadza od zamawiającego: **Gminy Miasta Szczecin Urzędu Miasta Szczecin pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin**, na rzecz odwołującego: **Zakładu Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku ul. Heweliusza 11, 80-890 Gdańsk**, kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Organizacja i przeprowadzenie rekrutacji do żłobków, przedszkoli, szkół podstawowych, gimnazjów i szkół ponadgimnazjalnych z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego" o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (Biuletyn Zamówień Publicznych z dnia 05.01.2012, numer ogłoszenia: 5739 – 2012), w dniu 8 lutego 2012 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, w kopii przesłane zamawiającemu przed upływem ustawowego terminu określonego art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu dnia 3 lutego 2012 r. o odrzuceniu oferty odwołującego.

Wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Miastu Szczecin, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy, przez niezastosowanie i niewezwanie odwołującego do uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów (wersji testowych oprogramowania);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i odrzucenie tej oferty, pomimo, że zamawiający stwierdził, iż odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu, a nadto nie został wezwany do jego uzupełnienia - więc ocena zgodności oferty z SIWZ nie mogła zostać przeprowadzona.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzonego czynnością wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów (próbki - wersji testowej oprogramowania),
- 4) odwołujący wnosił również o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania

odwoławczego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań podał, że przedmiotem zamówienia jest wdrożenie we wszystkich jednostkach organizacyjnych przeprowadzających rekrutację kandydatów na lata szkolne 2012/2013; 2013/2014; 2014/2015 oraz organu prowadzącego i nadzorującego przebieg naboru (Wydział Oświaty oraz Wydziału Zdrowia i Polityki Społecznej Urzędu Miejskiego w Szczecinie), oprogramowania wspierającego proces rekrutacji do żłobków, przedszkoli, szkół podstawowych, gimnazjów i szkół ponadgimnazjalnych oraz monitoring tego procesu wraz z dokumentacją techniczną i niezbędnymi instrukcjami obsługi w formie pisemnej.

Wyjaśniał, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty podano, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Jako podstawę prawną czynności zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in., iż oferta odwołującego nie spełnia wymogów formalnych, - „nie zawiera podstawowego dokumentu - testowej wersji oprogramowania rekrutacji, która powinna być oceniana przez komisję przetargową.” Wskazał też, że na płycie załączonej do oferty znajdowały się tylko dwa foldery w tym dokument z linkiem do oprogramowania do wersji demonstracyjnej dostępnej w Internecie.

Odnosząc się do pierwszego z powołanych zarzutów, a mianowicie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podnosił, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

To, jakiego rodzaju dokumentów może żądać zamawiający od wykonawcy oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane zostało sprecyzowane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów 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. z 2009 r. Nr 226 poz.1817,). Zamawiający może żądać więc wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i mieszczących się w katalogu dokumentów wskazanych w powołanym rozporządzeniu. Przywołał poglądy piśmiennictwa, że „katalog dokumentów jest zamknięty, zamawiającemu nie wolno więc żądać innych dokumentów, niż wymienione w rozporządzeniu.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Jerzy Pieróg, Wydawnictwo C.H. Beck 2012 r. s. 144).

W niniejszym postępowaniu zamawiający w ogłoszeniu i pkt. 6 Rozdziału V SIWZ zatytułowanym: „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków „Wymagane dokumenty” wskazał, że w zakresie innych dokumentów wymaganych przez zamawiającego wykonawca ma złożyć „wersje testowe oprogramowania rekrutacji”, ...umożliwiające przetestowanie jego funkcjonalności.”

Odwołujący mając na uwadze treść rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wyraził pogląd, że dokument ten (wersja testowa oprogramowania) winien być traktowany przez zamawiającego jako próbka (o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia) z uwagi na fakt, iż inna interpretacja intencji zamawiającego doprowadziłaby do wniosku, że wymaga on od potencjalnych wykonawców dokumentów wykraczających poza katalog określony w rozporządzeniu (co byłoby działaniem bezprawnym). Dalej odwołujący wywodził, że skoro zamawiający w treści SIWZ nie zawarł żadnego wskazania czy też pouczenia, że brak dołączenia do oferty dokumentu w postaci wersji testowej oprogramowania skutkować będzie od razu odrzuceniem oferty, nie może tego uczynić. Podkreślał, że w pkt 7 Rozdziału V SIWZ zamawiający zapowiedział, że „wezwanie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, 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 usługi wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.” Zapis ten jest więc powtórzeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że tryb określony w art. 26 ust. 3 Pzp dotyczy uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. Chodzi o przypadek, w którym wykonawca w ogóle nie złożył w określonym terminie dokumentów lub oświadczeń albo je złożył, ale zawierają one błędy lub są wadliwe. Przywołał poglądy piśmiennictwa, że obecne brzmienie art. 26 ust. 3 Pzp „idzie maksymalnie daleko, jeżeli chodzi o możliwość uzupełnienia dokumentów. Obejmuje nie tylko dokumenty odnoszące się do wymagań podmiotowych, lecz także dokumenty dotyczące przedmiotu zamówienia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2, a także oświadczenia i pełnomocnictwa.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Jerzy Pieróg, Wydawnictwo C.H. Beck 2012 r. s. 153). Fakt, iż zakres zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp jest bardzo szeroki potwierdza również w swym komentarzu Stefan Babiarz wskazując, iż „Przepis art. 26 ust. 3 Pzp(...) wprost odwołuje się do dokumentów i oświadczeń, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a więc dotyczących zarówno warunków udziału wykonawcy w

postępowaniu (podmiotowe), jak i tych, które mają potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (przedmiotowe)." (Prawo zamówień publicznych. Komentarz Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiarz Stefan, Czarnik Zbigniew, Warszawa 2011 LexisNexis (Wydanie II) Lexpolonica Perfecta - komentarz do art. 26 ust. 3 Pzp).

Z powyższego odwołujący wywiódł wniosek, że w związku z faktem, iż próbki są wymienione w przedstawionym wyżej rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów - zawsze będą podlegać uzupełnieniu.

Ponadto wskazywał, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest obowiązkiem zamawiającego, a zatem co do zasady zamawiający nie może nie zaważać wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów, jeśli zachodzi taka okoliczność (poza dwoma wyjątkami, które nie mają zastosowania w niniejszym postępowaniu tj. zamawiający może odstąpić od wzywania wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów lub oświadczeń, gdy złożona oferta pomimo uzupełnienia podlegałaby odrzuceniu bądź zachodziłaby uzasadniona podstawa do unieważnienia prowadzonego postępowania). Biorąc pod uwagę powyższe i fakt, iż sam zamawiający w treści SIWZ wskazał, że dokumentem są wersje testowe oprogramowania i w przypadku niezłożenia dokumentów lub złożenia ich ale z błędami, skutkować to będzie wezwaniem do uzupełnienia takiego dokumentu, za niezrozumiałe poczytał działanie zamawiającego, który mimo tych wskazań i uznaniu, że dany dokument nie został złożony – pominął uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i od razu odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z SIWZ. Za niezrozumiałą uznał dalszą część uzasadnienia, ponadto sprzeczną logicznie. Zamawiający wskazał bowiem na początku, iż odwołujący nie złożył *de facto* dokumentu (wersji testowej oprogramowania), a potem oświadcza, że sprawdzał oprogramowanie on-line, które za dokument ten być nie może być uznane (jako błędny). Odwołujący zaznaczał, że art. 26 ust. 3 Pzp nakazuje wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu również w przypadku gdy dokument zawiera błędy. Konkludując, podtrzymał zarzut, że zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie zastosował wskazanego przepisu i odrzucił ofertę odwołującego. Czynność uznał za co najmniej przedwczesną, wobec braku poprzedzenia jej wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, umożliwiającym odwołującemu uzupełnienie braków w załączonych do oferty dokumentach.

Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, skoro bowiem zamawiający stwierdził, że odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu w postaci wersji testowej oprogramowania, jak mógł zatem stwierdzić, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie było więc żadnej podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, gdyż zamawiający nie mógł stwierdzić, czy oferta jest zgodna z SIWZ, czy też nie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 lutego 2012 r. odwołujący wnosił o oddalenie odwołania. Wyjaśnił, że na podstawie pkt 6 ppkt 4 Rozdziału V SIWZ zatytułowanego: „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wymagane dokumenty” wykonawca miał dołączyć do oferty wersje testowe oprogramowania rekrutacji, złożone na dowolnym nośniku elektronicznym, z fikcyjną bazą danych, w pełni funkcjonalne umożliwiające przetestowanie jego funkcjonalności, zgodnie z kryteriami oceny oferty określonymi w rozdziale XI SIWZ. Wersja testowa powinna umożliwić przeprowadzenie symulacyjnego procesu rekrutacji do wymienionych w dalszej części jednostek. Zaznaczył, że bezsporne pomiędzy stronami jest, że do oferty OTAGO nie została dołączona wymagana wersja testowa oprogramowania, co przyznał odwołujący żądając, aby zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wystosował wezwanie do uzupełnienia braku.

Zamawiający wyjaśniał, że na dołączonej do oferty odwołującego płycie CD znajdują się dwa katalogi:

1. „Dokument,” obejmujący dwustronicowy dokument tekstowy (standard docx) zawierający informacje o drodze i sposobie dostępu do wersji demonstracyjnej oprogramowania zlokalizowanego na serwerze w Krakowie,
2. „Firefox”, w którym jest darmowa wersja programu Firefox Setup 9.0.1.exe, będącego przeglądarką internetową.

Zaznaczył, że odwołujący całkowicie pomija fakt, iż wersja testowa oprogramowania jest niezbędna do przyznania ofertom punktów, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Stwierdził, że odwołujący w sposób wybiórczy cytuje zapisy SIWZ i pomija fakt, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie wypełnił sekcji III.5, w której wymieniane są dokumenty przedmiotowe podlegające ewentualnemu uzupełnieniu, tylko zapisał wymóg złożenia wraz z ofertą wersji testowej oprogramowania w sekcji III.6) pkt 4). Z powyższego zamawiający wywiódł wniosek, że nie żądał oprogramowania w celu weryfikacji, czy spełnia ono wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia, lecz do oceny ofert w oparciu o kryterium „funkcjonalność - 60 %.”

Za funkcjonalność została przyznana punktacja w drodze indywidualnej oceny oferty przez członków komisji przetargowej, na podstawie informacji zawartych w dokumentach wymienionych w Rozdziale V pkt 6 ppkt 4 tj.: wersji testowej oprogramowania rekrutacji złożonym na dowolnym nośniku elektronicznym, z fikcyjną bazą danych, w pełni funkcjonalną, umożliwiającą przetestowanie jego funkcjonalności zgodnie z kryteriami oceny oferty określonymi w rozdziale XI SIWZ.

Zamawiający podnosił, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29

czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1222/10) - nie ma możliwości uzupełnienia wersji testowej oprogramowania rekrutacji w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, gdy kryteriami w przedmiotowym postępowaniu są oprócz ceny także funkcjonalność oferowanego przedmiotu zamówienia, przez co uzupełnienie oferty o próbki i dokumenty określające jakość oferowanego programu miałyby wpływ na ocenę oferty w ww. kryterium, prowadząc do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W ocenie zamawiającego postulowane wezwanie w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów prowadziło do naruszenia art. 87 ust 1 ustawy Pzp oraz fundamentalnej zasady wyrażonej w art. 7 tej ustawy. W prowadzonym postępowaniu wykonawca poprzez to, że nie przedłożył wraz z ofertą wersji testowej oprogramowania rekrutacji, w sytuacji wezwania go do uzupełnienia oferty w trybie art. 26. ust. 3 ustawy Pzp, mógłby zdaniem zamawiającego, w sposób nieskrępowany jakąkolwiek wcześniejszą deklaracją czy dokumentem załączonym do oferty podjąć decyzję przedstawienia funkcjonalnej (skorygowanej) wersji testowej oprogramowania rekrutacji. Dokonałby w ten sposób nie tylko uzupełnienia oferty o dokument potwierdzający spełnienie przez niego wymagań zamawiającego, ale także uzupełnienia jej treści, co doprowadziłoby do naruszenia zakazu określonego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty. Podkreślał, że do podobnych wniosków doszedł Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 28 stycznia 2010 r., sygn. akt II Ca 1211/09. Ponadto wezwanie do uzupełnienia dokumentów i próbek prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż wykonawca mógłby w takiej sytuacji przedstawić wersje testowe oprogramowania rekrutacji po zapoznaniu się z drugą ofertą złożoną w postępowaniu, a tym samym stawiałoby to tego wykonawcę w uprzywilejowanej sytuacji. Z dokumentów oraz próbek wynikać miała deklaracja wykonawcy co do oferowanego oprogramowania, a zatem stanowiła ona element oświadczenia woli wykonawcy. Nie miała ona charakteru wyłącznie informacyjnego - nie podlegała uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, zamawiający przyjął, iż w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty odwołującego, uznając że podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust, 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zaznaczał, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 29 czerwca 2011r. (Sygn. akt KIO 1292/11), sformułowano tezę: „Przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustawa nie ustaliła definicji własnej pojęcia „oferta”, w związku z czym z mocy art. 14 Pzp zastosowanie znajdzie definicja zawarta w art. 66 paragraf 1 Kodeksu cywilnego. Oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli zawiera istotne postanowienia umowy. Zindywidualizowany przedmiot usługi stanowi element przedmiotowo istotny przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jej *essentialia negotii*.” W konkluzji zamawiający stwierdził, że nie skonkretyzowanie przedmiotu oferty - brak wersji testowej oprogramowania rekrutacji,

uniemożliwia weryfikację tej oferty, co do zgodności z SIWZ, a nadto daje dużą dowolność wykonawcy na etapie realizacji umowy, jeśli zważyć na fakt, iż oferta jest integralną częścią umowy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 8 lutego 2012 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołanie zostało wniesione na czynność odrzucenia oferty odwołującego, zatem jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami, oferty odwołującego, protokołu postępowania z załącznikami. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest Organizacja i przeprowadzenie rekrutacji do żłobków, przedszkoli, szkół podstawowych, gimnazjów i szkół ponadgimnazjalnych z wykorzystaniem systemu teleinformatycznego."

1. Wdrożenie we wszystkich jednostkach organizacyjnych przeprowadzających rekrutację kandydatów na lata szkolne 2012/2013; 2013/2014; 2014/2015 oraz organu prowadzącego nadzorującego przebieg naboru (Wydział Oświaty oraz Wydziału Zdrowia i Polityki Społecznej Urzędu Miejskiego w Szczecinie), oprogramowania wspierającego proces rekrutacji do żłobków, przedszkoli, szkół podstawowych, gimnazjów i szkół ponadgimnazjalnych oraz monitoring tego procesu wraz z dokumentacją techniczną i niezbędnymi instrukcjami obsługi w formie pisemnej, umożliwiającego:

1) definiowanie i automatyczne publikowanie w Internecie informatora o wszystkich jednostkach Miasta Szczecin z podziałem na typy, który zawierałby następujące dane do odczytania: a) wykazu jednostek w zależności od typu, b) sposobu postępowania kandydata starającego się o przyjęcie do danego typu jednostki, c) harmonogramu danej rekrutacji, d) zasad punktacji jeżeli ona obowiązuje w rekrutacji do danego typu jednostki, 2.) dostosowanie sposobu punktowania osiągnięć kandydatów do przepisów, które zostaną narzucone przez Zachodniopomorskiego Kuratora Oświaty i Wydział Oświaty Urzędu

Miejskiego w Szczecinie,

3) stosowanie indywidualnych zasad dodatkowej punktacji w poszczególnych jednostkach gwarantujących zachowanie autonomii jednostek zgodnie z zasadami ustalonymi przez komisje rekrutacyjne,

4) wprowadzanie i nieprzerwaną modyfikację: a) danych o kandydatach ubiegających się o przyjęcie do poszczególnych jednostek na terenie Miasta Szczecin, b) danych dotyczących preferowanych przez kandydatów jednostek oraz oddziałów,

5) wprowadzenie: a) wyników testów (wiedzy ogólnej, przedmiotowego) i sprawdzianów umiejętności (predyspozycji językowych lub sportowych) oraz w przypadku rekrutacji do gimnazjów, także ocen za pierwszy semestr klasy VI i ocen ze świadectwa klasy V, b) wyników egzaminu gimnazjalnego oraz ocen ze świadectwa ukończenia gimnazjum w przypadku rekrutacji do szkół ponadgimnazjalnych, c) punktacji za dodatkowe osiągnięcia dla każdego ucznia i dla każdego jego wyboru, d) dodatkowej informacji o uczniu przez szkołę, do której on kandyduje,

6) automatyczne generowanie jednoznacznego przydziału kandydatów do oddziałów na podstawie określonych przez nich preferencji i liczby uzyskanych punktów, 2. Ujednolicenie interfejsu użytkownika tak, aby dla każdego typu jednostki posiadał takie same funkcje podstawowe np.: wyszukiwanie kandydatów po numerze PESEL, 3. Coroczne przeszkolenie w miejscach wskazanych przez Zleceniodawcę, co najmniej 4 pracowników wyznaczonych przez Dyrektora Wydziału Oświaty do nadzorowania procesu rekrutacji oraz po dwóch pracowników wszystkich szkół i żłobków biorących bezpośredni udział w procesie rekrutacji. Szkolenie powinno mieć formę warsztatów z możliwością pracy przy komputerze co najwyżej dwóch pracowników jednocześnie, w grupach nie większych niż 34 osoby. Zakres szkolenia powinien obejmować praktyczną obsługę oprogramowania na wszystkich poziomach dostępu w zależności od uprawnień operatora, próbną symulację, pobieranie odpowiednich raportów oraz sposoby rozwiązywania problemów. 4. Uruchomienie i utrzymanie w gotowości przez cały czas trwania umowy do wszystkich typów jednostek specjalnie wydzielonego serwera zbierającego, przetwarzającego i udostępniającego dane o jednostkach i kandydatach, spełniającego wymogi bezpieczeństwa danych. 5. Wyznaczenie, co najmniej dwóch osób do obsługi rekrutacji do wszystkich typów jednostek w Szczecinie, które będą merytorycznie znały program obsługujący i będą posiadały pełnomocnictwa do podejmowania decyzji w sprawach bezpośrednio związanych z wykonaniem zamówienia dla Szczecina.

W rozdziale I Forma oferty.

Pkt 1. Na ofertę składają się oferta cenowa oraz wszystkie pozostałe wymagane dokumenty (w tym oświadczenia, załączniki itp.) zgodnie z rozdziałem V SIWZ.

Pkt 2. Wykonawcy sporządzą oferty zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Pkt 3. Oferta cenowa musi być sporządzona na formularzu według wzoru zał. nr 1.

Pkt 5. Oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy.

Rozdział V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków Wymagane dokumenty” pkt 6. inne dokumenty wymagane przez zamawiającego: (ppkt 4) wykonawca ma złożyć „wersje testowe oprogramowania rekrutacji na dowolnym nośniku elektronicznym, z fikcyjną bazą danych, w pełni funkcjonalną, umożliwiającą przetestowanie funkcjonalności systemu zgodnie z kryteriami oceny oferty określonymi w rozdziale XI SIWZ. Wersja testowa powinna umożliwić przeprowadzenie symulacyjnego procesu rekrutacji do podanych niżej jednostek.

Pkt 6. Wersja testowa musi zawierać próbną informator elektroniczny o szkołach/ żłobkach. Dokumentacja techniczna musi zawierać opis techniczny programów wraz z opisem użytkowym rozwiązań oraz wzory dokumentów, którymi będzie posługiwał się kandydat.

Pkt 7. Zamawiający wezwie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, lub którzy złożą 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 usługi wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Rozdział XI Wybór oferty najkorzystniejszej.

Cena – 40%,

Funkcjonalność – 60%

Ocena zostanie dokonana na podstawie informacji zawartych w dokumentach wymienionych w Rozdziale V pkt 6 ppkt 4 SIWZ.

W wyżej przedstawionym zakresie postanowienia SIWZ nie stanowiły przedmiotu wyjaśnień (bezsporne).

Odwołujący zamieścił w dokumentacji oferty formularz ofertowy podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentacji podmiotu, płytę CD i inne wymagane dokumenty podmiotowe.

Bezsporne pomiędzy stronami było, że do oferty OTAGO Sp. z o.o. nie została dołączona wymagana wersja testowa oprogramowania. Na dołączonej do oferty odwołującego płycie CD znajdują się dwa katalogi:

1. Dokument," obejmujący dwustronicowy dokument tekstowy (standard docx) zawierający informacje o drodze i sposobie dostępu do wersji demonstracyjnej oprogramowania zlokalizowanego na serwerze w Krakowie,
2. „Firefox”, w którym jest darmowa wersja programu Firefox Setup 9.0.1.exe, będącego przeglądarką internetową,

- co strony przyznały.

W terminie składania ofert, wyznaczonym do dnia 20 stycznia 2012 r. wpłynęły 2 oferty tj. oferta odwołującego ZUI OTAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, cena 225 336,00 zł, oraz oferta Instytutu Chemii Bioorganicznej PAN Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, cena 420 168,00 zł.

Zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2012 r. zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego, „gdyż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; oferta nie spełnia wymogów formalnych. Zgodnie z informacją zawartą w Rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Wymagane dokumenty”, w pkt 6 ppkt 4. Wykonawca, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wskazanym wymaganiom, miał dołączyć do oferty wersje testowe oprogramowania rekrutacji złożone na dowolnym nośniku elektronicznym, z fikcyjną bazą danych, w pełni funkcjonalne, umożliwiające przetestowanie jego funkcjonalności zgodnie z kryteriami oceny oferty określonymi w rozdziale XI SIWZ. Wersja testowa powinna umożliwiać przeprowadzenie symulacyjnego procesu rekrutacji do wymienionych jednostek. Na dołączonym do oferty nośniku (płyta CD) znajdują się dwa katalogi:

- 1) „Dokument”, w którym znajduje się dwustronicowy dokument tekstowy (standard docx) zawierający informacje o drodze i sposobie dostępu do wersji demonstracyjnej oprogramowania zlokalizowanego na serwerze w Krakowie.
- 2) „Firefox”, w którym jest darmowa wersja programu Firefox Setup 9.0.1.exe, będącego przeglądarką internetową.

„Dokumenty przetargowe każdego Wykonawcy powinny umożliwiać zbadanie oferty w każdym czasie, w stanie na dzień jej złożenia. W przypadku dokumentów złożonych przez Firmę OTAGO jest to niemożliwe, gdyż dokumentacja nie zawiera podstawowego dokumentu - testowej wersji oprogramowania rekrutacji, która powinna być oceniana przez komisję przetargową. Sposób wybrany przez Firmę OTAGO, udostępnienia testowej wersji oprogramowania rekrutacji na serwerze podanym przez Wykonawcę nie gwarantuje braku dostępności i ingerencji przez osoby inne niż członkowie komisji przetargowej. W trakcie sprawdzania testowej wersji oprogramowania rekrutacji,

komisja natknęła się na wiele niedociągnięć podczas korzystania, jak również na oznaki logowania się przez inne osoby (spoza komisji), oraz na ślady zmian treści wersji testowej oprogramowania, już po terminie składania ofert. Zgodnie z Rozdziałem II SIWZ „Zmiana, wycofanie i zwrot oferty,” od momentu złożenia oferty każda jej zmiana lub uzupełnienie wymaga odpowiedniej procedury. Po otwarciu kopert z ofertami niemożliwa jest jakkolwiek ingerencja przez wykonawcę w treść oferty. Dlatego też wszystkie złożone dokumenty, w tym nośniki zawierające oprogramowanie będące przedmiotem postępowania przetargowego powinny zawierać pełną ostateczną treść podlegającą ocenie przez zamawiającego, czego brakowało w ofercie przedstawionej przez firmę OTAGO.”

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zamawiający odrzucił ofertę, w przekonaniu odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W przypadku, gdyby zamawiający nie dokonał tej czynności - oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący z uwagi na odrzucenie jego oferty stracił szansę na uzyskanie zamówienia i może ponieść szkodę, a ewentualna szkoda pozostaje w związku z zarzucanym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Podana w ofercie odwołującego cena była najkorzystniejsza, a jednym z 2 kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu została ustanowiona cena. Potwierdzenie się zarzutu naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Na tle wyżej przytoczonych wymagań zamawiającego i oferty odwołującego przypomnienia wymagała definicja treści oferty. Za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w sposób opisany i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, musi przybrać postać oświadczenia osoby umocowanej do reprezentowania wykonawcy - złożonego w formie pisemnej, gdyż taką szczególną formę dla ważności tej czynności wyznacza art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 82 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza złożenie oferty w postaci elektronicznej, lecz dla swej ważności musi być ona opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W odnośnych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający nie wymagał aby żądany przez niego „podstawowy dokument - testowej wersji oprogramowania rekrutacji, na płycie CD, która powinna być oceniana przez komisję przetargową” miał zostać podpisany przez osoby reprezentujące wykonawcę w przewidziany przepisem ustawy sposób. Z wymienionych względów nie mógł statuować treści oferty.

Treść oferty, na gruncie przedmiotowego postępowania, w ocenie Izby, wyznacza zatem podpisany przez wykonawcę dokument, tj.: formularz ofertowy – ogólny.

Z powyższego wynika, że zamawiający - uwzględniając konstrukcję postanowień SIWZ, - w odniesieniu do stawianych zarzutów odwołującemu, bezzasadnie utożsamiał treść oferty, z ogólną jej zawartością, to jest ze wszystkimi wymaganymi dokumentami. Tego rodzaju dokumenty jak: katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy zewnętrzne, certyfikaty, próbki wchodzące nawet w skład dokumentacji oferty, nie tworzą treści oferty w ścisłym tego słowa znaczeniu, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Kategorię tych dokumentów wymienia przepis § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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), w tym dopuszczalne jest żądanie próbek zamawianej dostawy czy usługi, potwierdzających ich zgodność z opisem przedmiotu zamówienia.

W warunkach tego postępowania, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że „wersje testowe oprogramowania rekrutacji,” na nośniku elektronicznym – płycie CD „...umożliwiająca przetestowanie jego funkcjonalności” wpisują się w rozumienie próbki wyrobu, skoro nawet nie zostały opatrzone podpisem.

W przeciwieństwie do zakazu uzupełniania treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 tej normy, dokumenty na wykazanie, iż oferowane (objęte treścią oferty) dostawy, usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego - podlegają uzupełnieniu na obligatoryjne wezwanie zamawiającego z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowiącego, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, lub złożyli dokumenty zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty (...) powinny potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy, usługi (...) wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym

upłynął termin składania ofert.

Obowiązkiem zamawiającego określonym w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jasny, wyczerpujący z podaniem wszystkich wymagań co koniecznej zawartości treści oferty, jak i uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym w odniesieniu do dokumentów. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie (...) przez oferowane dostawy, usługi (...) wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca zobowiązany jest dostosować się do wymagań SIWZ, nie musi się domyślać nie wyrażonych wprost intencji zamawiającego, iż ten za treść oferty będzie pożytywał wszystkie żądane dokumenty dotyczące oferowanego przedmiotu dostawy, czy usługi np. katalogi producenta, instrukcje, ulotki informacyjne, nie pozwalając na uzupełnienie tego rodzaju dokumentów. Ponadto zaistniałe wątpliwości wynikające z nieprecyzyjnych instrukcji zamawiającego, nie mogą powodować negatywnych skutków dla wykonawcy.

Tak niejednoznaczne rozgraniczenie co do zakresu treści oferty i dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań, Izba uznała za uchybienie w dokumentacji przetargowej. Zatem stanowisko, że dołączenie w formie elektronicznej bez nieodzownego podpisu elektronicznego - testowej wersji oprogramowania stanowiło treść oferty, należało uznać za pozbawione uzasadnionych podstaw. Niezależnie od tego, że zamawiający uczynił ten dokument, złożony w formie elektronicznej bez podpisu elektronicznego - dla jego ważności jako treści oferty - podstawą oceny ofert w wyznaczonym kryterium funkcjonalności.

Izba, dokonując oceny kwestionowanej oferty, w odniesieniu do zarzutu, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zobowiązana była ustalić zakres treści oferty wykonawcy OTAGO Sp. z o.o., z rozróżnieniem dokumentów składanych na potwierdzenie wymagań.

Nie można było również pominąć, że odwołujący w formularzu ofertowym podał, że oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i na warunkach płatności określonych w SIWZ za cenę Zamawiający opisał w SIWZ przedmiot i zakres zamówienia w sposób dokładny i nie budzący wątpliwości.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia, Izba uznała w oparciu o materiał dowodowy w sprawie przytoczony jak wyżej, że treść oferty odwołującego odpowiada treści

SIWZ, przy uwzględnieniu dokonanego sposobu tego opisu w SIWZ. Odwołujący złożył dokument opatrzony podpisem własnym statuujący treść oferty - na który składa się formularz ofertowy.

Pozostałe wymagane załączniki, stanowią dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań zamawiającego, według zobowiązania podjętego przez wykonawcę w treści oferty, wykonania zamówienia w żądany sposób. W tym znaczeniu, należy odróżnić treść oferty, od dokumentów składnych na jej potwierdzenie. Zamawiający nie wykazał, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu z innych przyczyn niż przyznany przez odwołującego brak wersji testowej oprogramowania - na potwierdzenie spełnienia wymagań, co w myśl postanowień art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwalniałoby zamawiającego od wyczerpania procedury nakazanej w tej normie.

Izba przyznała rację odwołującemu, iż zachodzą podstawy do nakazania zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwienia uzupełnienia w ofercie odwołującego brakującego dokumentu - wersji testowej oprogramowania jako objętego dyspozycją art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – składanego na potwierdzenie, że oferowane usługi (...) spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Skarżona czynność zamawiającego – odrzucenia oferty odwołującego była co najmniej przedwczesna, wobec braku poprzedzenia jej wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiającym odwołującemu uzupełnienie braków w załączonych do oferty dokumentach.

Zamawiający będzie zobowiązany poddać ofertę odwołującego ponownej ocenie i podjąć decyzję co do spełnienia wymagań jej zgodności z treścią SIWZ, po przeanalizowaniu oferty wraz z dokumentem uzupełnionym. Nawet jeżeli wykonawca w ofercie zaciąga zobowiązanie, w którym deklaruje spełnienie wszystkich istotnych wymagań objętych treścią SIWZ, a okoliczności takich nie potwierdzają złożone dokumenty, zamawiający jest uprawniony, aby ofertę taką odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe ustalenia dowodowe, Izba podzieliła stanowisko odwołującego i uznała, że zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że było możliwe uzupełnienie brakującego dokumentu,
 2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia brakujących dokumentów,
- znalazły potwierdzenie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 i ust 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....