

WYROK
z dnia 28 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] CLOUDWARE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] ASSECO Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni [pełnomocnik] [2] COMPUTEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowa z siedzibą w Warszawie [3] KENBIT Spółka jawna z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2106/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie:
 - 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
 - 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 3) ponownego badania i ponownej oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] ASSECO Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni [pełnomocnik] [2] COMPUTEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowa z siedzibą w Warszawie [3] KENBIT Spółka jawna z siedzibą w Warszawie

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] CLOUDWARE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] ASSECO Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni [pełnomocnik] [2] COMPUTEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowa z siedzibą w Warszawie [3] KENBIT Spółka jawna z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] CLOUDWARE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 1020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa i wdrażanie systemu zarządzania platformą teleinformatyczną«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30.07.2016 r. pod nrem 2016/S 146-264619 [wszczenie i wysyłka 26.07.2016 r.].

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 1020) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 27.10.2016 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] ASSECO Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni [pełnomocnik] [2] COMPUTEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowa z siedzibą w Warszawie [3] KENBIT Spółka jawna z siedzibą w Warszawie (dalej wykonawca Konsorcjum ASSECO).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] QUMAK S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] CLOUDWARE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 7.11.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie na czynności zamawiającego polegające na:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Asseco;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ;
- 3) ocenie oferty Konsorcjum Asseco w sposób nieprawidłowy i niezgodny z kryteriami oceny ofert;
- 4) przeprowadzenie postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco, która nie spełnia wymogów SIWZ dotyczących

oferowanych rozwiązań (Załącznik nr 1 do SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia – OPZ);

- 2) art. 87 ust. 1 Pzp przez bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień Konsorcjum Asseco w zakresie treści złożonej oferty, podczas gdy potwierdzenie spełnienia wymogu SIWZ nie zostało potwierdzone w postępowaniu w trybie wyjaśnień treści oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco;
- 3) art. 91 Pzp, przez wybór oferty niekorzystniejszej w sposób naruszający kryteria oceny ofert określone w SIWZ, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne rozwiązania;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp i o:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz:
 - a) odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco jako oferty nie spełniającej treści SIWZ,
 - b) ponowną ocenę ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia,
 - c) dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Qumak S.A. i Cloudware Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Wnioski:

1. Odwołujący wnosi o przeprowadzenie wniosków dowodowych opisanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane przy okazji powołania każdego z dowodów, a także dalszych dokumentów i dowodów złożonych (lub przeprowadzonych) na rozprawie na okoliczności powołane przy okazji przedstawiania tych dowodów;
2. Odwołujący wnosi również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Izłą, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Argumentacja odwołującego

1. Warunki formalne odwołania

1.1. O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się 27.10.2016 r., kiedy to Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej.

1.2. Wartość zamówienia przekracza wartość, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

1.3. Mając na uwadze powyższe od 27.10.2016 r. rozpoczął się bieg 10-dniowego terminu do złożenia odwołania, określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

1.4. Odwołanie z 07.11.2016 r. składane jest zatem w przepisany terminie.

1.5. Wpis od odwołania, w kwocie stosownej do § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz zasad pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

1.6. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego 07.11.2016 r.

2. Interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej

Odwołujący posiada w interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. Pzp. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Oferta Odwołującego zajmują II pozycję spośród wszystkich złożonych ofert. W ocenie Odwołującego, oferta wykonawcy Konsorcjum Asseco powinna podlegać odrzuceniu. W sytuacji odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco, oferta Odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą w postępowaniu. Interes Odwołującego w złożeniu odwołania jest więc bezsporny.

Dokonane przez Zamawiającego naruszenia i zaniechania zmniejszają możliwości Odwołującego uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania przez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, co uzasadnia złożenie odwołania.

3. Stan faktyczny

27.10.2016 r. Zamawiający doręczył Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Odwołujący wskazuje, że czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum Asseco jako najkorzystniejszej, nie znajduje podstawy w przepisach ustawy Pzp oraz treści Ogłoszenia i SIWZ.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający dokonał błędnego ustalenia stanu faktycznego i dokonał nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco.

Qumak S.A. zarzuca, że oferta Konsorcjum Asseco jest ofertą niezgodną z SIWZ, a zatem nie powinna zostać poddana ocenie przez Zamawiającego.

4. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco jako oferty nieodpowiadającej treści SIWZ

Odwołujący zarzuca, że oferta złożona przez Konsorcjum Asseco nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ w co najmniej kilku istotnych obszarach, przez co powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wskazując konkretne zarzuty odwołania Odwołujący podnosi:

1. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ, w pkt 1.4 Wymagania w zakresie parametrów technicznych i standardów w ostatnim podpunkcie jasno określił systemy operacyjne jakie należało zaoferować w ramach dostarczanych licencji – „(...) Red Hat Enterprise Linux Server wersji 7 lub nowszej lub Windows Serwer 2012 (...)”.

W wezwaniu do wyjaśnienia treści oferty skierowanym przez Zamawiającego do Konsorcjum Asseco z 06.10.2016 r. w pkt 2 lit. b Zamawiający prosił o przedstawienie licencji wchodzących w skład złożonej oferty.

Licencje Microsoft – wskazane w wyjaśnieniach przez Konsorcjum Asseco 11.10.2016 r. – nie spełniają wymagań opisanych w treści SIWZ. Zaoferowane licencje na system operacyjny Microsoft Windows 2016 Standard Core (2 core lic) [Wyjaśnienia z 06.10.2016 r.] nie spełniają stawianych przez Zamawiającego wymagań, co do wersji systemu operacyjnego.

Ponadto Zamawiający dalej pisze w Załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ, w pkt 1.4 Wymagania w zakresie parametrów technicznych i standardów:

– Skalowalność Systemu powinna zapewnić bezproblemowe zwiększanie zasięgu systemu rozumianego jako rozszerzanie ilości i wielkości obsługiwanych jednostek organizacyjnych przez struktury wsparcia / kompetencyjne.

– System musi posiadać wielowarstwową, skalowalną strukturę umożliwiającą rozdzielenie poszczególnych elementów na osobne serwery lub dodanie nowych elementów sprzętowych przez utworzenie klastrów.

– System musi umożliwiać tworzenie klastrów HA i wydajnościowych na poziomie serwerów aplikacyjnych bez żadnych ograniczeń sprzętowych (np. ilość serwerów, cpu).

Powyższe wymagania SIWZ także nie zostały spełnione przez rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum Asseco i przede wszystkim są niezgodne z prawami licencjonowania oprogramowania producenta.

2. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ, w pkt 1.1 Wymagania ogólne – definiuje m.in. wymagania:

– System musi posiadać polskojęzyczny interfejs dla administratorów oraz użytkowników i pracowników struktur wykonawczych wprowadzających zgłoszenia przez interfejs webowy lub podczas asysty telefonicznej.

– System musi posiadać pomoc kontekstową oraz pełną dokumentację techniczną i funkcjonalną w języku polskim.

Według wiedzy Odwołującego, zaoferowane przez Konsorcjum Asseco rozwiązanie HP Service Manager nie zapewnia dostępu do pomocy w języku polskim – wynika to informacji udostępnionych na stronach internetowych producenta oprogramowania HP Service Manager:

Tłumaczenie z j. angielskiego:

Uwaga: Pomoc nie jest dostępna w następujących językach: czeskim, węgierskim i polskim.

Źródło: Strona 19 dokumentacji HP Service Manager Software Version: 9.41

https://s3.amazonaws.com/smhelpcenter/smhelp941/classic/Content/Resources/PDF/sm_language_pack_install_auide.pdf

Odwołujący załączył 6 wydruków ze z stron internetowych – systemowy „grubego klienta”, gdzie jest widoczny ewidentny brak języka polskiego w oferowanej wersji oprogramowania przez Konsorcjum: niżej widok klienta Webowego oraz brak języka polskiego dla oferowanej przez Konsorcjum wersji oprogramowania.

Według Odwołującego nie jest możliwe zapewnienie przez inną firmę niż producenta oprogramowania (w tym przypadku HPE) języka polskiego, gdyż nie będzie to zgodne z warunkami licencyjnymi tego oprogramowania i będzie skutkowało brakiem wsparcia technicznego (tzw. Software Maintenance) ze strony producenta oprogramowania. W tym zakresie zatem oferta Konsorcjum Asseco nie może spełniać wymogu SIWZ.

3. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ, w pkt 1.1 Wymagania ogólne – pisze:

– System powinien być wykonany w technologii umożliwiającej dostęp do systemu każdemu użytkownikowi z poziomu przeglądarki internetowej, bez konieczności instalacji jakichkolwiek komponentów Systemu na stacjach roboczych użytkowników oraz administratorów. Pełna funkcjonalność, wliczając w to konfigurację i dostosowywanie

systemu powinna się odbywać za pośrednictwem przeglądarki internetowej MS Internet Explorer 11.0 lub nowszej oraz Firefox 45.0 lub nowszej.

- System musi mieć zaimplementowany interfejs webowy dla wszystkich stron wykorzystujących system o zakresie informacyjnym adekwatnym do realizowanych zadań.

- System musi posiadać narzędzia administracyjne obsługiwane za pośrednictwem przeglądarki internetowej.

Według wiedzy Odwołującego, zaoferowane przez Konsorcjum Asseco rozwiązanie HP Service Manager nie dysponuje systemem w pełni w wersji webowej. Część funkcjonalności i działań administracyjnych dostępna jest tylko przez interfejs tzw. „grubego klienta” i emuluje pewne funkcjonalności w trybie terminalowym, co faktycznie nie jest pracą w technologii cienkiego klienta przez wskazaną przeglądarkę internetową.

4. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ, w pkt 1.2 Wymagania funkcjonalne podrozdział Raportowanie – definiuje:

- System musi posiadać wbudowany silnik raportów.

- System musi posiadać możliwość definiowania prostych raportów ad-hoc przez użytkowników końcowych wprost z interfejsu z możliwością ich zapisania do kolejnego użycia. Raportowanie ad-hoc powinno umożliwiać wybór kolumny raportu, kolumn do grupowania i sortowania.

- System musi posiadać mechanizm do uruchamiania raportów na bazie zadanego harmonogramu i przesyłania wyników pocztą elektroniczną. Wysyłane maile muszą mieć możliwość pełnego ustalania treści, formatowania i dynamicznego wypełniania pól adresatów, tematu i treści na podstawie danych pobieranych do generowania raportów

Według informacji posiadanych przez Odwołującego, rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum Asseco HP Service Manager nie dysponuje wbudowanym silnikiem raportowym pozwalającym np. na tworzenie własnych raportów *ad hoc* ze wskazanymi możliwościami czy też z możliwością harmonogramowania raportów wraz z definiowaniem treści lub formatu.

5. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ, w pkt 1.6 Wymagania na integrację z systemami zewnętrznymi podrozdział Integracja z systemem Lotus Notes

Zaoferowane przez Konsorcjum Asseco według informacji Odwołującego, rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum Asseco HP Service Manager nie posiada komponentu do integracji z Lotus Notes i prawdopodobnie wykorzystywany jest do tego komponent Connect.IT – ale w nim brak jest wsparcia dla języka polskiego.

Źródło: Strona 3 dokumentacji :

<https://community.hpe.com/hDeb/attachments/hpeb/itrc-695/47867/1/363640.Pdf>

6. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ, w pkt 1.2 Wymagania funkcjonalne podrozdział Zarządzanie bazą użytkowników – pisze:

– System powinien zapewnić ewidencjonowanie wszystkich użytkowników na podstawie dynamicznego mechanizmu pozyskiwania danych:

– – usługi katalogowej Active Directory,

– – zewnętrznych baz danych (co najmniej MySQL, MS SQL Server).

Zaoferowany przez Konsorcjum Asseco nie posiada możliwości ewidencjonowania użytkowników z bazy MySQL, przez co nie spełnia powyższego wymagania SIWZ.

Ponadto w tym samym punkcie i podrozdziale Zamawiający stawia kolejno wymagania, których nie spełnia rozwiązanie producenta HPE:

– System powinien zapewnić możliwość eksportowania danych do plików w formacie MS Excel, MS Word, XML, CSV.

W ofercie Konsorcjum Asseco brak możliwości eksportowania danych do MS Excel, MS Word, XML. Jedynym eksportowanym formatem danych jest Pdf.

– System powinien zapewnić możliwość importowania danych z plików w formacie MS Excel, XML, CSV.

W ofercie Konsorcjum Asseco brak możliwości importowania danych z MS Excel, XML.

7. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ, w pkt 1.2 Wymagania funkcjonalne podrozdział Raportowanie - stawia wymagania:

– Podsystem raportowania musi być „elastyczny” tzn. pozwalać na filtrowanie, sortowanie i grupowanie danych w wygenerowanych raportach bieżących i historycznych.

Raporty są mało „elastyczne”, brak grupowań, sortowań danych w zaoferowanym rozwiązaniu przez Konsorcjum Asseco.

– Musi istnieć możliwość umieszczenia serwera raportów na osobnym serwerze tak, aby wykonywanie raportów nie miało wpływu na czas odpowiedzi interfejsu użytkownika.

W ofercie Konsorcjum Asseco brak możliwości instalacji modułu raportowego na osobnym serwerze w rozwiązaniu producenta HPE.

– System musi umożliwiać umieszczanie dowolnych elementów (tekstów statycznych, grafik z plików (co najmniej jpg, bmp), wartości dowolnych pól baz danych lub wartości obliczonych na ich podstawie) w dowolnych miejscach w generowanym szablonie raportu.

W ofercie Konsorcjum Asseco brak możliwości dodawania do raportu elementów graficznych w zaoferowanym przez Konsorcjum rozwiązaniu.

– Aplikacja musi zawierać możliwość eksportu (generowania raportów) w formacie MS Excel, MS Word, XML, CSV, Pdf.

W ofercie Konsorcjum Asseco brak możliwości generowania raportu w formatach: MS Word, MS Excel, XML, CSV dla oferowanego przez Konsorcjum Systemu.

8. Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – OPZ, w pkt 1.2 Wymagania funkcjonalne podrozdział Administracja systemu – stawia wymagania:

– System musi umożliwić administrację systemem bez konieczności ingerencji Wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że przy integracji licencji dwóch niezależnych producentów – HPE oraz IBM – nie jest możliwe spełnienie powyższego postanowienia przy automatycznym uaktualnieniu systemu, gdyż producenci nie są w stanie równocześnie potwierdzić kompatybilność systemów (integracja z systemem Lotus Notes) bez jego wcześniejszego przetestowania w warunkach laboratoryjnych. Taka integracja będzie wymuszała ingerencję Wykonawcy do poprawnego działania całości systemu.

Odwołujący składając we wstępie wniosek o przeprowadzenie dowodów, z ostrożności dodaje także w tym miejscu, że dowody na okoliczności podniesione w pkt 1-8 powyżej, potwierdzające, że oferta Konsorcjum Asseco nie spełnia wymogów SIWZ – ze względu na swoją specyfikę – zostaną przedstawione na rozprawie.

Przechodząc do uzasadnienia prawnego postawionych zarzutów Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Zgodność treści oferty z treścią SIWZ jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, że istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się, w swej treści od postanowień zawartych w SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych minimalnych parametrów technicznych wyrobu.

Odwołujący wskazuje, że skoro Zamawiający postawił w treści SIWZ konkretne, wyraźne wymagania co do parametrów rozwiązania (opisanych przez Odwołującego w pkt 1-8 powyżej), na etapie badania ofert powinien następnie zweryfikować, czy wykonawcy spełnili ww. wymogi i zaoferowali kompletne, identyczne z wymogami Zamawiającego rozwiązanie.

W ocenie Odwołującego w przeprowadzonym postępowaniu Zamawiający – biorąc pod uwagę treść oferty i wyjaśnień złożonych 06.10.2016 r. przez Konsorcjum Asseco nie zweryfikował czy rozwiązanie tego oferenta spełnia wymogi postawione w treści SIWZ. Zarzut ten jest tym bardziej uzasadniony, że już z treści wyjaśnień wybranego wykonawcy wynikała rozbieżność co do wersji oferowanego przez Konsorcjum Asseco systemu, biorąc pod uwagę wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ. Skoro Zamawiający postawił w SIWZ w tym zakresie konkretne, precyzyjne wymogi, nie mógł następnie na etapie badania ofert pominąć weryfikacji czy oferenci spełnili ww. wymóg. Gdyby rodzaj i parametry systemu operacyjnego nie miały dla Zamawiającego znaczenia, wymóg w tym zakresie nie powinien być w ogóle stawiany.

Nie jest zatem prawidłowe przyjęcie – jak uczynił to Zamawiający wybierając ofertę Konsorcjum Asseco – że zaoferowanie innego systemu spełnia wymogi Zamawiającego określone w treści SIWZ. Oferta niezgodna z treścią SIWZ powinna być bowiem odrzucona.

Odwołujący wskazuje, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie przesłanki w nim wymienionej, tj. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, musi skutkować odrzuceniem oferty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco, zawierającej wskazane powyżej niezgodności.

Odwołujący wskazuje także, że treść SIWZ wiąże także Zamawiającego, który na etapie składania ofert nie może stwierdzić, że dopuści rozwiązanie inne niż wynika to z wcześniej postawionych wymogów.

Czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert nie można przypisać przymiotu kompletności i rzetelności, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Asseco jako najkorzystniejszej, podczas, gdy oferta tego podmiotu nie spełniała oczekiwań Zamawiającego wskazanych w SIWZ.

Konsorcjum Asseco nie złożyło oferty, która swoją treścią odpowiada treści SIWZ. Wskazują na to liczne błędy, które Odwołujący podniósł w treści odwołania.

5. Zarzut naruszenia art. 7 ust 1 Pzp

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp jest przede wszystkim konsekwencją naruszeń wyżej opisanych. W tym miejscu jedynie należy zauważyć, że w praktyce tak dowolne i nie oparte na konkretnych zapisach SIWZ działania Zamawiającego stwarza bardzo istotne ryzyko nierównego traktowania wykonawców. Wobec jednych bowiem Zamawiający może postępować w sposób bardziej liberalny. Szczególnie, że Zamawiający nawet nie motywuje swojej decyzji w sposób umożliwiający rzeczywistą obronę Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków. W sposób bezkrytyczny przyjął treść zawartą w

ofercie i wyjaśnieniach Konsorcjum Asseco, przyjmując niekompletną ofertę, podczas gdy podmiot ten nie zaoferował Zamawiającemu rozwiązań spełniających wymogi SIWZ.

Odwołujący podkreśla, że „Wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ, jest dopełnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców” (wyrok Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych z 16 stycznia 2006 r. sygn. UZP/ZO/0-49/-06). Wskutek naruszenia przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych i nie odrzuceniu oferty podlegającej odrzuceniu z mocy prawa, interes prawny wykonawcy Qumak S.A. doznał uszczerbku.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie należy uznać za uzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 07.11.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 08.11.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

10.11.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] ASSECO Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni [pełnomocnik] [2] COMPUTEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowa z siedzibą w Warszawie [3] KENBIT Spółka jawna z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 08.11.2016 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego 22.11.2016 r. (art. 186 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego (dowody 1-7) oraz dowodów złożonych przez uczestnika postępowania (P1-P32), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym [VI] dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Izba także postanowiła dopuścić dowody złożone przez:

(A) odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) oficjalny dokument Microsoft dotyczący zasad użytkowania produktu Microsoft Windows Server 2016, z którego odwołujący wywodzi, że taka licencja na serwer fizyczny zapewnia maksymalnie utworzenie 2 serwerów wirtualnych na 1 serwerze fizycznym; w związku z tym pozwoli to na utworzenie 6 serwerów wirtualnych, a w konsekwencji nie zostanie spełnione wymaganie zamawiającego, bo będą istniały ograniczenia w zakresie liczby serwerów aplikacyjnych oraz klastrów HA;
- 2) (dowód nr 2) zrzuty ekranu [print screen] z interfejsu oprogramowania użytkownika, z których odwołujący wywodzi, że komunikaty są przeważnie w języku angielskim, bądź również w języku angielskim nie tylko w języku polskim, a powinny być wyłącznie w języku polskim;
- 3) (dowód nr 3) w postaci porównania funkcjonalności możliwych do uzyskania przez klientów webowych i terminalowych (grubych), z których odwołujący wywodzi, że to program pokazuje różne funkcjonalności dla użytkowników webowych i grubych;
- 4) (dowód nr 4) zrzut ekranu [print screen] oprogramowania »Nowy harmonogram raportu«, z którego odwołujący wywodzi w programie nie ma możliwości edycji maila z wygenerowanym raportem, a tylko można wysyłać pliki z rozszerzeniem »pdf«;
- 5) (dowód nr 5) zrzut ekranu [print screen] dotyczący ograniczonych możliwości w zakresie eksportu danych do pliku, z którego odwołujący wywodzi, że brak możliwości uzyskania tych formatów, o których mowa w SIWZ (Excel, Word, xml,...);
- 6) (dowód nr 6) zrzut ekranu [print screen] prezentuje możliwości raportowe, gdzie do wyboru są jedynie 3 rodzaje raportów (lista, wykres i tabela przestawna), z którego odwołujący wywodzi, że te 3 opcje nie dają możliwości dodawania własnych materiałów, np. zdjęć, które były wymagane przez zamawiającego;

- 7) (dowód nr 7) korespondencja prowadzona z wytwórcą Microsoft i z dystrybutorem Microsoft, z którego odwołujący wywodzi dostępność Windows Serwer 2012 r., co też odwołujący zaoferował w swojej ofercie;
- (B) uczestnika postępowania, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego:
- P1) (dowód nr P1) streszczenie licencji wolumenowej, z którego uczestnik postępowania wywodzi, że licencja Windows Server zapewnia możliwość zainstalowania systemu Windows Serwer 2016 (dalej WS) lub niższej wersji czyli WS 2012 r.;
- P2) (dowód nr P2) dokumentacja producenta HP SM, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość wielowarstwowej skalowalnej architektury umożliwiającej rozdzielanie poszczególnych elementów na oddzielne serwery lub dodanie nowych elementów sprzętowych;
- P3) (dowód nr P3) rysunek z dokumentacji HP, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość zwielokrotnienia serwerów, możliwość wykorzystania wieloprocesorowych serwerów i pokazuje wielowarstwową architekturę serwera;
- P4) (dowód nr P4) dokumentacja producenta HP, zrzut z ekranu pomocy deweloperskiej, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość uruchomienia jednego lub więcej procesorów, co pozwala zaoferować wysoką dostępność „HA”;
- P5) (dowód nr P5) dokumentacja producenta HP, z której uczestnik postępowania wywodzi możliwość wykonywania konkretnych zadań na dedykowanym serwerze;
- P6) (dowód nr P6) zrzut ekranu z systemami HPSM 9.41 z polskim interfejsem, z którego uczestnik postępowania wywodzi, że odwołujący przedstawił zrzuty ekranu przedstawiające interfejs angielski, który jest tylko jednym z dostępnych języków dla tego systemu HP SM, a w systemie jest również interfejs polski;
- P7) (dowód nr P7) instrukcja instalacji pakietu językowego dla HP SM, z którego uczestnik postępowania wywodzi, że informacja o braku dostępności języka polskiego dotyczy nie pomocy kontekstowej tylko pomocy deweloperskiej, a wymóg zamawiającego dotyczył tylko pomocy kontekstowej;
- P8-P11)(dowody nr P8-P11) zrzuty ekranu, przedstawiające pomoc kontekstową w języku polskim, z których uczestnik postępowania wywodzi, że liczba komunikatów pomocy w języku polskim jest taka sama jak liczba komunikatów w języku angielskim (dowody nr 8 i 9), w dowodzie 10 przedstawiona jest lista skrótów klawiaturowych, a dowód P11 pokazuje wyświetlaną pomoc kontekstową w języku polskim dla pola kontakt;
- P12) (dowód nr P12) oświadczenie producenta HP, z którego uczestnik postępowania wywodzi o podobnych funkcjonalnościach klientów grubego i webowego;

- P13) (dowód nr P13) zrzut z ekranu dokumentacji producenta HPSM, z którego uczestnik postępowania wywodzi, że oferowany system posiada możliwość definiowania raportów ad hock wprost z interfejsu z możliwością kolejnego zapisania, raportowanie ad hock umożliwia wybór kolumn raportu, wybór kolumn do grupowania i sortowania;
- P14) (dowód nr P14) zrzut ekranu z systemu HPSM, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość wyboru kolumn do raportu;
- P15) (dowód nr P15) zrzut ekranu z systemu HPSM, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość grupowania kolumn do raportu;
- P16) (dowód nr P16) oświadczenie producenta HPEP, z którego uczestnik postępowania wywodzi spełnienie wymogów zamawiającego;
- P17) (dowód nr P17) macierz kompatybilności narzędzia HP Connect-It 9.50, z którego uczestnik postępowania wywodzi, że oznaczenie w zakresie języka polskiego zostało zmienione z „wyłączone” na „wspierane”;
- P18) (dowód nr P18) »Przewodnik po konektorach HP« wyciąg str. 18, z którego uczestnik postępowania wywodzi posiadanie przez zaoferowany przez przystępującego system możliwości pozyskiwania danych z bazy danych MSQl;
- P19) (dowód nr P19) »Dokumentacja Crystal Reports« str. 9, z której uczestnik postępowania wywodzi możliwość eksportowania danych do formatu Word i Excel;
- P20) (dowód nr P20) »Przewodnik po Konektorach HP« wyciąg str. 329, 330, z którego uczestnik postępowania wywodzi eksportu do formatów xml i csv;
- P21) (dowód nr P21) »Przewodnik po Konektorach HP« wyciąg str. 258, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwości eksportu do csv;
- P22) (dowód nr P22) »Przewodnik po Konektorach HP« wyciąg str. 329, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość eksportu do csv;
- P23) (dowód nr P23) »Przewodnik po Konektorach HP« wyciąg str. 25 i 26, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość importu z formatu Excel;
- P24) (dowód nr P24) zrzut ekranu z systemu HPMS, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość wyboru kolumn do raportu;
- P25) (dowód nr P25) zrzut ekranu z systemu HPMS, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość grupowania, sortowania i filtrowania raportów;
- P26) (dowód nr P26) oświadczenie producenta HPEP, z którego uczestnik postępowania wywodzi że razem z systemem HPSM przewidziane zostało dostarczenie systemu raportowego Crystals Manager i ten system raportowy daje możliwość osadzenia na osobnym, dedykowanym serwerze, przez co wykonywanie raportów nie wpływa na czas odpowiedzi interfejsów użytkowych;

- P27) (dowód nr P27) zrzut ekranu przykładowego raportu HPSM, z którego uczestnik postępowania wywodzi że system oparty na Crystals Reports, którego dostarczenie zostało przewidziane przez przystępującego daje możliwość umieszczania dowolnych elementów, w dowolnych miejscach generowanych w szablonie raportów;
- P28) (dowód nr P28) wyciąg z dokumentacji narzędzia Crystals Reports, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość generowania raportu we wszystkich 4 formatach (Excel, Word, xml, csv);
- P29) (dowód nr P29) instrukcja użytkownika systemu Crystals Reports Dokument, z którego uczestnik postępowania wywodzi, że jest to domyślny format;
- P30) (dowód nr P30) zrzut ekranu użytkownika Crystals Reports Dokument, z którego uczestnik postępowania wywodzi możliwość eksportu danych do csv;
- P31) (dowód nr P31) macierz kompatybilności HP Connect 9.50, z którego uczestnik postępowania wywodzi, że wraz ze zmianami w programach dostarczany jest dokument o zmianach, jakie zaszły w nowej wersji i jakie zmiany należy wykonać podczas aktualizacji systemu, a takie zmiany mogą być dokonywane są bez udziału wykonawcy;
- P32) (dowód nr P32) oświadczenie HPE Polska, z którego uczestnik postępowania wywodzi, że w ramach udzielonej licencji użytkownik ma prawo zainstalować dowolną wspieraną wersję oprogramowania, a więc np. MS 2012 czy Service Menager.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Asseco, która nie spełnia wymogów SIWZ dotyczących oferowanych rozwiązań (załącznik nr 1 do SIWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, OPZ) – zasługuje na uwzględnienie oraz, w ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień Konsorcjum Asseco w zakresie treści złożonej oferty, podczas gdy potwierdzenie spełnienia wymogu SIWZ nie zostało potwierdzone w postępowaniu w trybie wyjaśnień treści oferty złożonej przez Konsorcjum Asseco – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający miał (m.in.) wątpliwości czy spełnia wymagania zamawiającego treść oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] ASSECO Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni [pełnomocnik] [2]

COMPUTEX Sp. z o.o. Sp. Komandytowa z siedzibą w Warszawie [3] KENBIT Spółka jawna z siedzibą w Warszawie (dalej wykonawca Konsorcjum Asseco). Z tego względu zamawiający zażądał od wykonawcy Konsorcjum Asseco wyjaśnień, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Konsorcjum Asseco cyt. »[...] o złożenie wyjaśnień, z których jednoznacznie i bez żadnych wątpliwości będzie wynikało, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego«. Ponadto zamawiający powołał się w piśmie na art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający wyznaczył termin na przygotowanie wyjaśnień od 6.10.2016 r. do 11.10.2016 r., a więc 5 dni. Żądania wyjaśnień dotyczyły:

- 1) kwestii dostępności pomocy kontekstowej w języku polskim dla oferowanego HPSM (pytanie 1);
- 2) przedstawienia w jaki sposób jest planowana integracja zaoferowanego produktu z innymi programami w razie zmian oprogramowaniu (pytanie 2 lit. a);
- 3) określenia jakie licencje, jakiego systemu operacyjnego i baz danych wchodzi w skład złożonej oferty (pytanie 2 lit. b);
- 4) określenia czy proponowane rozwiązanie posiada ograniczenia w generowaniu raportów ad hoc (pytanie 2 lit. c);
- 5) określenia czy proponowane rozwiązanie posiada ograniczenia w dostępie przez przeglądarki internetowe (pytanie 2 lit. d).

Wzywany do złożenia wyjaśnień wykonawca Konsorcjum Asseco złożył bardzo szkiecowe odpowiedzi w 32 wersach [statystycznie około 6 wersów na odpowiedź] i dwóch mało czytelnych zrzutów ekranu. Wyjaśnienia nie zostały poparte żadnymi szerszymi rozważaniami ani wskazaniem źródłowych materiałów. Mimo to zamawiający początkowo zadowolony był z tych wyjaśnień, jednak reagując na odwołanie, zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu«. Jednak uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości zarzutów, co wpłynęło na konieczność rozpoznania przez Izbę,

zgodnie z art. 186 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie« – brzmienie wg obowiązującego w postępowaniu stanu prawnego na dzień wszczęcia postępowania przez zamawiającego, czyli na 26.07.2016 r. – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 1020).

Izba stwierdza, że wykonawca udzielając wyjaśnień na żądanie określone w art. 87 ust. 1 Pzp musi się dostosować po pierwsze – do wymagań zamawiającego. Ale także po drugie – we własnym interesie wykonawcy taki wykonawca powinien udzielić możliwie jak najbardziej jednoznacznych odpowiedzi, które będą rozwiewać wszelkie wątpliwości zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie Izba stwierdza, że wykonawca na etapie postępowania odwoławczego mógł się zmobilizować i złożyć 32 dokumenty jako dowody, co w porównaniu z 32 liniami odpowiedzi pokazuje stosunek wykonawcy do szansy, którą wykonawca ten otrzymał na wyjaśnienie swojej oferty. Izba też musi stwierdzić, że brak tych dowodów złożonych przez uczestnika postępowania nie zmieniłoby sytuacji, gdyż pierwotnie złożone z ofertą dokumenty i oświadczenia wzbudziły wątpliwości zamawiającego, a schematyczne odpowiedzi nie mogły doprowadzić do jednoznacznego i bez żadnych wątpliwości wyjaśnienia sytuacji.

Mimo złożenia obszernego pliku dowodów przez przystępującego – Izba, a także zamawiający, nie może wziąć pod uwagę tych dowodów złożonych na rozprawie, gdyż zostały one złożone po terminie składania ofert, a także po terminie wyznaczonym przez zamawiającego na złożenie wyjaśnień, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 84 ust. 1 Pzp wykonawca może dokonywać zmian czy nawet wycofać ofertę, ale tylko do upływu terminu składania ofert. Przepis art. 84 ust. 1 Pzp brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«. Pewnego rodzaju odstępstwo od tej reguły wynika z ustawowych uregulowań art. 87 ust. 1-2 Pzp i art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, ale są to wyjątki, które należy stosować bardzo ściśle, bez możliwości rozszerzania ich stosowania poza precyzyjnie sytuacje określone w tych przepisach.

Natomiast z drugiej strony inni wykonawcy mają prawo odnosić się do ofert oraz wzbudzać do nich wątpliwości już po upływie terminu otwarcia ofert, a także po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego na reakcję, np. wyjaśnienia, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 czy art. 87 ust. 1-2 Pzp. Wynika to z jawności protokołów postępowania, a szczególnie z jawności ofert od chwili ich otwarcia, co wynika z art. 96 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia

się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu«.

W związku z tym Izba musi uznać, że uczestnik postępowania wykonawca Konsorcjum Asseco nie dowiódł w odpowiedni sposób, że jego oferta spełnia wymogi SIWZ dotyczące oferowanych rozwiązań (załącznik nr 1 do SIWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia, OPZ) i jego oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Dlatego zarzut pierwszy zasługuje na uwzględnienie. Również Izba musi stanąć na stanowisku, że lakoniczne odpowiedzi nie powinny rozwiązać wątpliwości zamawiającego do spełnienia wymogów zawartych w SIWZ przez ofertę wykonawca Konsorcjum Asseco. Zresztą doszedł do tego również sam zamawiający, który w rozpoznawanym postępowaniu uwzględnił odwołanie w całości, a procedura odwoławcza toczy się ze względu na wniesiony przez uczestnika postępowania sprzeciw do uwzględnienia odwołania w całości.

Dlatego, zdaniem Izby, zarzuty pierwszy i drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 87 ust. 1 Pzp musi zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 91 Pzp, przez wybór oferty niekorzystniejszej w sposób naruszający kryteria oceny ofert określone w SIWZ, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne rozwiązania – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że art. 91 Pzp zamawiający wybiera ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert, jednak wybór ten dotyczy tylko ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie m.in. przytoczonego wyżej art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. W związku z tym zamawiający nie może dokonać wyboru oferty, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wynika to nie tyle z samego przepisu art. 89 ust. 1 Pzp, ile z chronologii postępowania zamawiającego podczas wyboru najkorzystniejszej oferty, która to chronologia jest uregulowana w art. 20 ust. 1 Pzp, a przepis ten brzmi »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do [2] badania i [3] oceny ofert«. W związku z tym zamawiający najpierw dokonuje wykluczeń wykonawców ([1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), następnie odrzuca ofert ([2] badanie ofert) i wreszcie spośród

pozostałych ofert niepodlegających dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert ([3] ocena ofert). Taka kolejność działań podczas wyboru najkorzystniejszej oferty wynika również z kolejności przepisów samej ustawy, gdzie najpierw jest wskazanie odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), a następnie dopiero jest uregulowane zagadnienie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 91 ust. 1 Pzp).

W związku z taką kolejnością działań zamawiającego w procedurze wyboru najkorzystniejszej oferty i niedopuszczeniem oferty przystępującego do fazy oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty – zdaniem Izby – zarzut jest zasadny.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – zasługuje na uwzględnienie.

W związku z pierwotnym wyborem oferty wykonawcy Konsorcjum ASSECO i związanego naruszeniem przytoczonych wyżej przepisów art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp odwołujący wykazał również naruszenie przez zamawiającego zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnego z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, która została zawarta w art. 7 ust. 1 Pzp o brzmieniu »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony za wyjątkiem dowodów nr P1-P32.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: