

**WYROK**  
z dnia 28 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 grudnia 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 7 grudnia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Unizeto Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Królowej Korony Polskiej 21 i Euler spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Obrońców Tobruku 31A m. 130**

B. w dniu 7 grudnia 2012r. przez **wykonawcę IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Ministra Finansów, Ministerstwo Finansów w Warszawie, ul. Świętokrzyska 12**

przy udziale **wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2704/12 i sygn. akt KIO 2708/12 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2704/12 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała oba odwołania w całości,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Unizeto Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie,**

1

---

**ul. Królowej Korony Polskiej 21 i Euler spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Obrońców Tobruku 31A m. 130 i wykonawcę IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176 i:**

**2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000zł. 00 gr (słownie trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Unizeto Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Królowej Korony Polskiej 21 i Euler spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Obrońców Tobruku 31A m. 130 i wykonawcę IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176 tytułem wpisów od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Warszawie.**

**Przewodniczący: .....**

2

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup Systemu Zarządzania Tożsamością zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Finansów, Ministerstwo Finansów w Warszawie, ul. Świętokrzyska 12 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 września 2012r. za numerem 2012/S 169-279909 W dniu 27 listopada 2012r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116. Drugie miejsce w rankingu ofert zajął wykonawca IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176, trzecie – Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 41G, czwarte wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne Unizeto Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Królowej Korony Polskiej 21 i Euler spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Obrońców Tobruku 31A m. 130.

#### **Sygn. akt KIO 2704/12**

W dniu 7 grudnia 2012r. na piśmie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Unizeto Technologies Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Królowej Korony Polskiej 21 i Euler spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Obrońców Tobruku 31A m. 130 – dalej odwołujący Unizeto.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w związku z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców:

- a) Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (zwanego dalej „Enigma”)

- b) IT Expert Sp. z o. o., al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa (zwanego dalej „IT Expert”)

- c) Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41 G, 31-864 Kraków (zwanego dalej „Comarch”)

z uwagi, iż treść powyższych ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanego dalej „siwz”).

3

---

- i innych przywołanych w uzasadnieniu odwołania

Odwołujący Unizeto wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- dokonanie powtórnej oceny ofert
- odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Enigma
- odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę IT Expert
- odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Comarch
- uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący Unizeto wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę w uzyskaniu zamówienia. W przypadku gdyby zamawiający działał zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, oferta złożona przez odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie brak wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 ustawy skutkuje niemożnością podnoszenia zastrzeżeń zgłaszanych w niniejszym odwołaniu na późniejszym etapie prowadzonego postępowania. Zamawiający uniemożliwił odwołującemu uzyskanie niniejszego zamówienia, poprzez rażące naruszenie ustawy, które może skutkować unieważnieniem postępowania, uchylając jednocześnie zasadzie równego traktowania wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Powyższe dowodzi, według odwołującego Unizeto, naruszeniu interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z rozdziałem XI ust. 3 pkt 5) siwz składana oferta musi

zawierać wskazanie wszystkich komponentów oferowanego systemu. Jednocześnie zamawiający we wzorze umowy zdefiniował system jako cyt. „ogół oprogramowania o którym mowa w § 1 Umowy składającego się na system informatyczny realizujący centralny punkt zarządzania uprawnieniami użytkowników” do systemów biznesowych i infrastrukturalnych.”. Tym samym komponentem systemu jest każde oprogramowanie składające się na system informatyczny zamawiany przez zamawiającego. Jednocześnie zamawiający odpowiedziami z dnia 2 października 2012 r. na pytania nr 41 cyt. „pytanie: Oprogramowanie systemowe i bazodanowe dla Systemu Zarządzania Tożsamością . Pytanie: Prosimy o informację czy Dostawca powinien również dostarczyć licencje na niezbędne do uruchomienia SZT oprogramowanie systemów> operacyjnych oraz baz danych - odpowiedź: TAK” i pytanie nr 48 cyt. „ pytanie: Czy w ramach przetargu Zamawiający wymaga dostarczenia licencji na bazę danych — odpowiedź: Tak. Patrz odpowiedź na pytanie nr 41.” potwierdził, iż

4

---

komponentami systemu są oprogramowanie systemów operacyjnych oraz oprogramowanie baz danych.

Wykonawca Enigma w złożonym wraz z ofertą opisie oferowanego systemu wykazał następujące komponenty systemu:

- CA Identity Minder - wersja 12.6 SP 7
- CA Governance Minder - wersja 12.5. SP 3
- CA SiteMinder Internal User — wersja 12.5
- CA Single Sign-On - wersja 12.1
- CA Directory - wersja 12.0

Wskazane powyżej komponenty w żadnym razie nie zawierają oprogramowania systemów operacyjnych oraz oprogramowania baz danych.

Wykonawca IT Expert w złożonym wraz z ofertą opisie oferowanego systemu wskazał następujące komponenty systemu:

- Novell Identity Manager 4.0 Advanced Edition
  - Novell Identity Manager Integration Module 4.0 for Database
  - Novell Identity Manager Integration Module for Database
  - Novell Identity Manager Integration Module 4.0 for Tools
  - Novell Identity Manager Integration Module for Tools
  - Novell Identity Manager Integration Module 4.0 for RSA
  - Novell Identity Manager Integration Module for RSA
  - Novell Identity Manager Integration Module 4.0 for Linux and Unix
  - Novell Identity Manager Integration Module for Linux and Unix
  - Secure Login 7.0
  - Secure Login
  - Net IQ Access Governance Suite 6
  - Net IQ Access Governance Suite
  - Pakiet polonizacyjny dla Identity Manager 4 Advanced dla User Application Interface
- wraz z asystą techniczną.

Wskazane powyżej komponenty również w żadnym razie nie zawierają oprogramowania systemów operacyjnych oraz oprogramowania baz danych.

W zakresie oferty złożonej przez wykonawcę Comarch, odwołujący z uwagi, iż powyższe informacje zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może ich zweryfikować, jednak zdaniem odwołującego złożony wraz z ofertą przez wykonawcę Comarch opis oferowanego systemu nie zawiera oprogramowania systemów operacyjnych oraz oprogramowania baz danych.

Tym samym żaden z następujących wykonawców Enigma, IT Expert, Comarch w ramach złożonych ofert nie zaoferował zamawiającemu oprogramowania systemów operacyjnych

5

---

oraz oprogramowania baz danych, czyli komponentów systemu wymaganych przez zamawiającego. W tym miejscu należy wskazać zamawiającemu, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, jeśli została ona sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ, z czym mamy do czynienia w przywołanym stanie faktycznym.

W ocenie odwołującego Unizeto, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o wszelkich

nieprawidłowościach oferty wykonawcy, które powodują, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Pojęcie "nie odpowiada" jest pojęciem szerokim obejmuje zarówno:

- sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, czyli sytuację, gdy z oferty wynika wprost zaferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego
- jak również sytuacji, gdy z oferty nie wynika element, czy fragment elementu, którego zaferowania wymagał zamawiający - w przedmiotowej sprawie taka sytuacja zachodzi w odniesieniu do braku zaferowania oprogramowania systemów operacyjnych oraz oprogramowania baz danych, których wykazania w ofercie żądał zamawiający.

Sprzeczność ta nie podlega, zdaniem odwołującego Unizeto, poprawieniu w przedmiotowym postępowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, bowiem ewentualne poprawienie oferty w tym zakresie musiałyby być poprzedzone niedopuszczalnymi negocjacjami z wykonawcą prowadzonymi z nim przez zamawiającego, które sprowadzałyby się de facto do złożenia przez wykonawców nowego opisu oferowanych komponentów systemu. Tymczasem dokument ten jako treść oferty nie podlega uzupełnianiu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Wykonawca składając ofertę, nie może pomijać żadnego z wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ. W przypadku braku spełnienia wymagań określonych w SIWZ zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe stanowisko znajduje, według odwołującego Unizeto, potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i opinii doktryny. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 października 2012r. udzielonego przez lidera konsorcjum i podpisanego przez prezesa zarządu lidera ujawnionego w KRS lidera i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 września 2012r. udzielonego liderowi przez partnera i podpisanego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS partnera i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji partnera. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 7 grudnia 2012r.

W dniu 7 grudnia 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10 grudnia 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną

6

---

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116 wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy wybranego. Zgłaszający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym jego oferty z uwagi na ich bezzasadność. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji zgłaszającego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu Unizeto faksem.

W dniu 10 grudnia 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 176 wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na potrzebie ochrony swojej oferty jako oferty niepodlegającej odrzuceniu i sklasyfikowanej na pozycji drugiej rankingu ofert. Zgłaszający podniósł, że samodzielnie wniósł odwołanie kwestionujące prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem w przypadku korzystnego rozstrzygnięcia jego własnego odwołania i nieuwzględnienia odwołania odwołującego Unizeto ma on szansę na uzyskanie zamówienia. Wskazał na szerokie rozumienie interesu w orzecznictwie Izby. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie dotyczącym jego oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 października 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji zgłaszającego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu Unizeto faksem.

#### **Sygn. akt KIO 2708/12**

W dniu 7 grudnia 2012r. na piśmie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniósł wykonawca IT.expert spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al.

Jerozolimskie 176 – dalej odwołujący IT.expert.

Odwołujący IT.expert wniósł odwołanie od:

1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty Enigma Systemy Informacji Sp. z o.o. („Enigma”) jako oferty najkorzystniejszej.

- względnie na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż zachodziły w sprawie przesłanki do uzupełniania dokumentów przedstawionych przez Enigma w trybie art. 26 ust.3 ustawy (tj. że zachodziły przesłanki do wezwania do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa), także:

2) przez wezwania Enigma do uzupełniania zaniechania zamawiającego pełnomocnictwa dla p. M..... F....., które to uzupełnienie dopiero uzasadniłoby przyznanie Enigma punktów opcjonalnych.

7

3) zaniechanie odrzucenia oferty Enigma, pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego:

1) art. 91 ust.1 ustawy przez wybór oferty Enigma jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że zamawiający nie miał prawa przyznać Enigma dodatkowej liczby punktów (5) w kryterium ocena funkcjonalności opcjonalnych;

2) względnie na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż zachodziły w sprawie przesłanki do uzupełniania dokumentów przedstawionych przez Enigma w trybie art. 26 ust.3 ustawy (tj. że zaszyły w sprawie przesłanki do wezwania do uzupełnienia brakującego pełnomocnictwa), pomimo że zdaniem odwołującego nie zaszyły takie przesłanki, odwołujący zarzucił także zamawiającemu:

- naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy wobec zaniechania wykonania obowiązku wezwania Enigma do uzupełnienia dokumentów uzasadniających przyznanie punktów opcjonalnych, tj. pełnomocnictw Enigma dla CA Technologies Sp. z o.o. oraz pełnomocnictwo CA Technologies Sp. z o.o. dla p. M..... F.....

3) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Enigma, pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie unieważnienia wyboru oferty Enigma oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;

- względnie na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż zachodziły w sprawie przesłanki do uzupełniania dokumentów przedstawionych przez Enigma w trybie art. 26 ust.3 ustawy, także:

3) nakazanie zamawiającemu wezwania Enigma do uzupełniania dokumentów uzasadniających przyznanie punktów opcjonalnych w toku ponownego badania ofert, z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy, tj. pełnomocnictw wymienionych Enigma dla CA Technologies Sp. z o.o. i dla p. M..... F.....;

4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący IT.expert wniósł o przeprowadzenie dowodów z akt postępowania w postaci dokumentów powołanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący IT.expert wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania.

Wskazane wyżej naruszenia zamawiającego przepisów ustawy w braku zastosowania środka ochrony prawnej skutkować będą udzielaniem zamówienia na rzecz Enigma.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania bowiem uwzględnienie zarzutów odwołującego czyni ofertę odwołującego najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, a tym samym umożliwia zamawiającemu udzielenie zamówienia

8

odwołującemu z uwagi na fakt iż oferta odwołującego uzyskała drugie miejsce w rankingu ofert.

W uzasadnieniu wskazał, że oferta Enigmy uzyskała 92,82 pkt w rankingu ofert, natomiast oferta odwołującego IT.expert 84,17 pkt co zapewniło odwołującemu drugie miejsce w rankingu. Enigma oraz odwołujący uzyskali po dodatkowych 5 punktów w kryterium „Ocena funkcjonalności opcjonalnych”. Na dowód czego odwołujący powołał pismo zamawiającego z dnia 27 listopada 2012 roku - w aktach postępowania - na okoliczność daty wyboru oferty

najkorzystniejszej, liczby punktów opcjonalnych uzyskanych przez Enigma i Odwołującego oraz rankingu ofert

Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 3 ppkt 8) siwz każdy z wykonawców w celu ubiegania się o przyznanie punktów opcjonalnych był obowiązany do wskazania w ofercie czy i w jaki sposób oferowany system realizuje funkcjonalność opcjonalną:

a) Repozytorium Systemu posiada funkcjonalność zautomatyzowanego transferu danych z instancji produkcyjnej Systemu do instancji testowych oraz deweloperskich Systemu, w celu wykonania testów oraz rozwoju (ang. development) w oparciu o reprezentatywny wolumen danych. Funkcjonalność umożliwia określenie w procesie transferu, które dane zostaną poddane anonimizacji, a proces anonimizacji zachowuje spójność danych,

b) System posiada funkcjonalność automatycznego optymalnego doboru ról i odpowiadających im uprawnień poprzez zastosowanie zaimplementowanych w systemie rozwiązań dokonujących automatycznych analiz np. eksploracja danych (ang. data mining)

Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 7 ppkt 2 SIWZ od wykonawców wymagano, aby określone w pkt 8 SIWZ zostały przedstawione w ofercie wg wzoru określonego w Załącznik B do SIWZ, przy czym w przypadku nie zastosowania tego wzoru przedstawione w ofercie informacje zawierały wszystkie informacje i dane określone w ww. wzorze. Zgodnie z Rozdziałem XI pkt 6 SIWZ wymagano od wykonawców, aby oświadczenia oraz dokumenty wystawione przez wykonawcę zostały podpisane przez wykonawcę albo osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy (przy czym oryginał pełnomocnictwa lub uwierzytelniona kopia muszą być dołączone do oferty) a kopia pełnomocnictwa nie może być uwierzytelniona przez upoważnionego. Jako dowód odwołujący IT.expert powołał siwz - w aktach postępowania - na okoliczność wymagań SIWZ względem ubiegania się o punkty opcjonalne.

W konsekwencji wykonawca ubiegający o przyznanie punktów opcjonalnych był obowiązany do złożenia oświadczenia o treści określonej w Załączniku B do siwz, a siwz wymagał jednoznacznie złożenia takiego oświadczenia przez przedstawiciela wykonawcy.

Tymczasem oświadczenie o treści przewidzianej w Załączniku B do siwz a załączone do oferty Enigma zostało złożone przez CA Technologies Sp. z o.o. reprezentowaną przez p. M..... F..... W takim stanie rzeczy przedmiotowe oświadczenie zostało złożone

9

---

przez osobę trzecią a nie wykonawcę ubiegającego się o dodatkowe punkty opcjonalne, co powoduje, iż przyznanie przez zamawiającego dodatkowych 5 punktów wykonawcy Enigma nastąpiło z naruszeniem przepisów Rozdziału XI pkt 2, pkt 3 ppkt 8 i pkt 6 siwz, a w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 91 ust.1 ustawy. Na dowód czego odwołujący IT.expert powołał ofertę Enigma - w aktach Postępowania - na okoliczność podmiotu składającego oświadczenie o treści powołanej w Załączniku B do siwz.

Na marginesie odwołujący IT.expert zauważył, iż oświadczenie o treści przewidzianej Załącznikiem B do SIWZ nie jest dokumentem o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy i jako takie nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy. Odwołujący wskazał także, iż ewentualne pełnomocnictwo Enigma dla CA Technologies Sp. z o.o. oraz pełnomocnictwo CA Technologies Sp. z o.o. dla p. M..... F..... także nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy. Na wypadek odmiennego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w tym przedmiocie odwołujący złożył ewentualny zarzut dotyczący zaniechania wezwania Enigma do uzupełnienia dokumentów uzasadniających przyznanie punktów opcjonalnych, tj. ww. pełnomocnictw Enigma dla CA Technologies Sp. z o.o. i dla p. M..... F..... (oraz ewentualne żądanie odwołania w tym zakresie).

Odnosnie naruszenia art. 89 ust. 1 ppkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Enigma, pomimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący IT.expert podniósł, że zgodnie z treścią Załącznika Nr 1 do siwz - Szczegółowy Opis Przedmiotu Umowy - pkt 9. Szczegółowe wymagania dla jednokrotnego logowania - zamawiający postawił wymagania:

„11 Dokumentacja Lokalizacja Dokumentacja użytkownika powinna być standardowo dostępna w polskiej wersji językowej.”

Tymczasem, Enigma zaoferowała rozwiązanie (strona 3 oferty) CA Single Sign ON v 12.1 producenta CA Technologies Inc. Z dostępnych informacji i dokumentacji udostępnionej przez producenta wynika, że dla tego produktu dokumentacja użytkownika nie jest dostępna standardowo w polskiej wersji. Udostępniona jest jedynie standardowa dokumentacja użytkownika w języku angielskim. Na dowód powołał stronę producenta CA Technologies

Inc.:<https://support.ca.com/iri/portal/anonymous?NaViaationTaraet=navurl://ee60822d8a58513f97e5da6c23498494>, gdzie brak jest dokumentacji w polskiej wersji; dokumentacja jest standardowo dostępna w wersji angielskiej. Wskazał, że takim stanie rzeczy odwołanie jest zasadne. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 października 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 7 grudnia 2012r.

10

---

W dniu 7 grudnia 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10 grudnia 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116 wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na ochronie swojej pozycji jako wykonawcy wybranego. Zgłaszający wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na ich bezzasadność. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji zgłaszającego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu IT.expert faksem.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania na rozprawie, wnosząc o odrzucenie odwołania Unizeto na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy z uwagi na brak umocowania osoby podpisującej odwołanie do działania w imieniu obu członków konsorcjum, ewentualnie o oddalenie odwołania Unizeto, a także o oddalenie odwołania IT.expert.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, ofert wykonawców Enigma, IT.expert i Comarch, wezwań zamawiającego kierowanych do wykonawców Enigma, IT.expert, Comarch oraz odpowiedzi na wezwanie Comarch.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła:

W rozdziale I siwz – opis przedmiotu zamówienia zamawiający w pkt 1 określił, że przedmiotem Zamówienia jest:

- 1) wdrożenie przez Wykonawcę Systemu Zarządzania Tożsamością, zwanego dalej Systemem, polegające, w szczególności na:
  - a) wdrożeniu Systemu oraz zaprojektowaniu procesów zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 1 do Wzoru Umowy;
  - b) integracji Systemu z systemami biznesowymi i infrastrukturalnymi oraz implementacją procesów zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 1 do Umowy;

11

---

c) opracowaniu i dostarczeniu Zamawiającemu Dokumentacji;

- 2) świadczenie usługi asysty technicznej na rzecz Zamawiającego.

W ust. 2 rozdziału I wskazał, iż wykonawca w ramach realizacji przedmiotu umowy zobowiązuje się do udzielenia/zapewnienia udzielenia licencji/sublicencji\* dla dostarczonego oprogramowania stanowiącego system oraz przeniesienia praw autorskich do produktów opracowanych i wytworzonych w wyniku realizacji umowy.

Zgodnie z ust. 3 tegoż rozdziału szczegółowy zakres zadań i obowiązków wykonawcy dotyczący realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, o których mowa w niniejszym ustępie i zobowiązań dodatkowych zawierają postanowienia wzoru umowy oraz Załącznik nr 1 do Wzoru Umowy stanowiący Załącznik D do SIWZ

W rozdziale IX SIWZ zamawiający określił sposób przygotowania oferty i wskazał w ust. 3, że oferta musi zawierać:

- 1) pełną nazwę wykonawcy;
- 2) adres siedziby wykonawcy;
- 3) cenę oferty zawierającą wszelkie koszty, wyliczone zgodnie z postanowieniami rozdziału IV oraz cenę jednej roboczogodziny asysty technicznej;
- 4) dokumenty i oświadczenia określone w Rozdziale IX;
- 5) wskazanie producenta, modelu, wersji oferowanego Systemu oraz wszystkich komponentów Systemu;
- 6) oświadczenie producenta Systemu, lub jego prawnego przedstawiciela potwierdzające, iż oferowany System zapewnia skalowalność do co najmniej 60 000 użytkowników, zawierające wskazanie wdrożenia Systemu, z którego korzysta co najmniej 60 000 użytkowników;
- 7) raporty lub wydruki raportów spełniających wymagania określone w tabeli zawartej w Rozdział XVI ust. 2 SIWZ potwierdzające, iż System został wyprodukowany przez Producenta sklasyfikowanego jako lider, o ile wykonawca ubiega się o przyznanie mu punktów w kryterium *Ocena pozycji oferowanego systemu zarządzania tożsamością na rynku IT(informatycznym)*;
- 8) wskazanie czy i w jaki sposób oferowany System realizuje funkcjonalność opcjonalną:
  - a) Repozytorium Systemu posiada funkcjonalność zautomatyzowanego transferu danych z instancji produkcyjnej Systemu do instancji testowych oraz deweloperskich Systemu, w celu wykonania testów oraz rozwoju (ang. development) w oparciu o reprezentatywny wolumen danych. Funkcjonalność

12

umożliwia określenie w procesie transferu, które dane zostaną poddane anonimizacji, a proces anonimizacji zachowuje spójność danych,

- b) System posiada funkcjonalność automatycznego optymalnego doboru ról i odpowiadających im uprawnień poprzez zastosowanie zaimplementowanych w systemie rozwiązań dokonujących automatycznych analiz np. eksploracja danych (ang. data mining)

o ile wykonawca ubiega się o przyznanie mu punktów w kryterium *Ocena funkcjonalności opcjonalnych*.

- 9) termin realizacji przedmiotu zamówienia;
- 10) okres gwarancji;
- 11) jeśli wykonawca zamierza skorzystać z usług podwykonawców przy realizacji przedmiotowego zamówienia, obowiązany jest wskazać w ofercie część zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom – o ile dotyczy;
- 12) potwierdzenie wniesienia wadium;
- 13) zobowiązanie wykonawcy do zawarcia Umowy sporządzonej według Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik D do SIWZ;

Zamawiający w ust. 4 wymagał, że dokumenty muszą być przedłożone w oryginale lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, z zastrzeżeniem ust. 6 niniejszego rozdziału oraz ust. 5 rozdziału X.

W ust. 6 określił, iż oferta, oświadczenia oraz dokumenty wystawione przez wykonawcę muszą być podpisane przez wykonawcę albo osoby uprawnione do jego reprezentowania wykonawcy (przy czym oryginał pełnomocnictwa lub uwierzytelniona kopia muszą być dołączone do oferty). Kopia pełnomocnictwa nie może być uwierzytelniona przez upoważnionego.

W rozdziale XVI regulującym kryteria oceny ofert zamawiający wskazał, że oferty będą oceniane według ceny – 70%, Ocena pozycji oferowanego systemu zarządzania tożsamością na rynku IT (informatycznym) – 20%, Ocena funkcjonalności opcjonalnych – 10%. W ramach trzeciego z kryteriów zamawiający określił, że przyzna 3 pkt za to, iż Repozytorium Systemu posiada funkcjonalność zautomatyzowanego transferu danych z instancji produkcyjnej Systemu do instancji testowych oraz deweloperskich Systemu, w celu wykonania testów oraz rozwoju (ang. development) w oparciu o reprezentatywny wolumen danych. Funkcjonalność umożliwia określenie w procesie transferu, które dane zostaną poddane anonimizacji, a proces anonimizacji zachowuje spójność danych, a 2 pkt za to, że

im uprawnień poprzez zastosowanie zaimplementowanych w systemie rozwiązań dokonujących automatycznych analiz np. eksploracja danych (ang. data mining).  
W wyjaśnieniach treści siwz w odpowiedzi na pytanie 41 o treści „Oprogramowanie systemowe i bazodanowe dla Systemu Zarządzania Tożsamością. Pytanie: Prosimy o informacje czy Dostawca powinien również dostarczyć licencje niezbędne do uruchomienia SZT oprogramowanie systemów operacyjnych oraz baz danych”, zamawiający wyjaśnił, że tak. W odpowiedzi na pytanie 45 o treści „Załącznik 1 SIWZ, rozdział II pkt 1 lp. 31 :Zgodnie z wymaganiem zdefiniowanym w Załączniku 1 SIWZ, rozdział II pkt 1, lp. 28 Zamawiający wymaga aby oferowany system umożliwiał instalację na co najmniej następujących systemach operacyjnych: Microsoft Windows, Linux, UNIX. Jednocześnie w pkt 1 lp. 31 wymaga aby komponenty systemu działały na platformie wirtualnej VMWare, co najmniej na wymienionych platformach serwerowych: Linux (RedHat oraz SUSE) oraz Microsoft Windows 2008 R2. Czy Zamawiający dopuszcza sytuację, gdy oferowany system będzie w całości spełniał wymagania lp. 28 natomiast wśród wspieranych platform serwerowych działających na platformie wirtualnej wspierane będą systemy RedHat oraz Microsoft Windows 2008 R2”, zamawiający odpowiedział System musi wspierać platformy serwerowe wymienione w Załączniku 1 SIWZ, rozdziale II pkt 1 lp. 31

W odpowiedzi na pytanie 48 o treści „Czy w ramach przetargu Zamawiający wymaga dostarczenia licencji na bazę danych?”, zamawiający odpowiedział „Tak. Patrz – odpowiedź na pytanie nr 41.

W odpowiedzi na pytanie 50 o treści „Załącznik 1 SIWZ, rozdział II punkt 9, lp. 11: Zamawiający wymaga, aby cała dokumentacja użytkownika była standardowo zlokalizowana w języku polskim. Czy zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia instrukcji dla użytkowników w języku polskim dołączonej jako osobny dokument – niedostępny z poziomu pomocy programu?”, zamawiający odpowiedział, „Zgodnie z wymaganiami zawartymi w Załączniku nr 1 do Wzoru Umowy, rozdział II pkt 9 lp. 10 i 11 zarówno interfejs, z którego korzystają użytkownicy jak i dostarczona dokumentacja użytkownika powinny być dostępne w wersji polskiej (zlokalizowane w języku polskim). W przypadku spełnienia powyższych wymagań, Zamawiający wyraża zgodę na dołączenie dodatkowej instrukcji użytkownika nie dostępnej w poziomie pomocy programu.”

W ofercie Enigma:

- na stronie 2 znajduje się pełnomocnictwo dla R..... F.....,

- na stronie 3 znajduje się opis oferowanego systemu, gdzie podano, że system składa się z następujących komponentów :

- CA Identity Minder - wersja 12.6 SP 7
- CA Governance Minder - wersja 12.5. SP 3
- CA SiteMinder Internal User — wersja 12.5
- CA Single Sign-On - wersja 12.1
- CA Directory - wersja 12.0

Na stronie 6 znajduje się dokument – opcjonalne funkcjonalności realizowane przez System podpisany przez M..... F..... Managing Director CA Technologies sp. z o.o. oraz opatrzony parafą R..... F.....

W odpisie z KRS do osób uprawnionych do reprezentowania Enigma należą :

A..... K.....,

J..... P.....,

P..... L.....,

M..... W.....,

G..... R..... oraz prokurent W..... C.....

Wykonawca IT Expert w złożonym wraz z ofertą opisie oferowanego systemu strona 8 oferty wskazał następujące komponenty systemu:

- Novell Identity Manager 4.0 Advanced Edition
- Novell Identity Manager Integration Module 4.0 for Database
- Novell Identity Manager Integration Module for Database
- Novell Identity Manager Integration Module 4.0 for Tools
- Novell Identity Manager Integration Module for Tools
- Novell Identity Manager Integration Module 4.0 for RSA
- Novell Identity Manager Integration Module for RSA
- Novell Identity Manager Integration Module 4.0 for Linux and Unix
- Novell Identity Manager Integration Module for Linux and Unix
- Secure Login 7.0
- Secure Login
- Net IQ Access Governance Suite 6
- Net IQ Access Governance Suite

15

---

- Pakiet polonizacyjny dla Identity Manager 4 Advanced dla User Application Interface wraz z asystą techniczną.

W ofercie Comarch w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa podano komponent systemu – str. 29 oferty.

W dniu 2 listopada 2012r. zamawiający wezwał wykonawców Enigma, Comarch i IT.expert do uzupełniania dokumentów (ale w zakresie nie spornym), oraz wykonawców Enigma (nie objęte sporem) i Comarch (objęte sporem) do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie dopuszczalności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Comarch w dniu 9 listopada 2012r. złożył wyjaśnienia powołując się na treść art. 8 ust. 3 ustawy, art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na doktrynalne rozumienie pojęć tajemnica przedsiębiorstwa oraz charakter zastrzeżonej informacji wskazał na orzecznictwo Sądu Najwyższego i podniósł, że zastrzeżone przez niego elementy oferty wypełniają warunki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, w zakresie opisu oferowanego systemu podał, że zastrzeżeniem jest objęty opis sposobu realizacji konkretnych funkcjonalności, który ma charakter rozwiązania autorskiego i w tym kontekście wszelkie informacje zawarte w tym załączniku stanowią nierozdzielne elementy proponowanego rozwiązania i mają charakter technologiczno-handlowy. Wskazał, że poczynił starania co do zachowania ich w poufności i, że dostęp do nich ma ograniczony krąg pracowników i producent systemu oraz Comarch mają wolę, aby pozostały one tajemnicą dla wszystkich odbiorców i konkurentów. Wskazał także, że autor oprogramowania zobligował go do zachowania tajemnicy. Powołał się na orzeczenie Izby.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy z dokumentów przedłożonych przez odwołującego Unizeto na rozprawie wskazując, iż pomiędzy stronami sporna jest treść siwz w zakresie wymagań zamawiającego, a nie to czy określone komponenty, wskazane przez wykonawców są lub nie oprogramowaniem systemów operacyjnych.

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma znaczenie to, czy zamawiający posługując się pojęciem „wskazanie wszystkich komponentów systemu” wymagał wykazania oprogramowania systemów operacyjnych i baz danych, czy też takiego wymogu nie postawił. Dopiero przesądzenie tej okoliczności będzie miało wpływ na uwzględnienie lub nie zasadności stanowiska odwołującego.

Z tego względu Izba postanowiła także oddalić wniosek o przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego, jak również oddalić wniosek IT.expert o przeprowadzanie dowodu z przedłożonego dokumentu.

Izba postanowiła także oddalić wniosek zamawiającego o udzielenie przez odwołującego Unizeto wyjaśnień, co do tego, który z zaoferowanych komponentów zawiera

16

oprogramowanie systemu operacyjnego wskazując na treść art. 179 ust. 1 zgodnie z którym, uprawnionym do wniesienia odwołania jest ten, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również wskazując na to, że istotne dla oceny interesu Odwołującego jest przesądzenie z zakresu wymagań zamawiającego postawionych w siwz.

Izba postanowiła dopuścić dowód przedłożony przez odwołującego IT.expert na rozprawie, oceniła, go jednak jako nie służący wykazaniu braku dostępności dokumentacji użytkownika w języku polskim. Z dokumentu tego wynika jedynie dostępność dokumentacji użytkownika na stronach internetowych support.ca.com w języku angielskim.

Izba postanowiła dopuścić dowód z pełnomocnictwa dla M..... F..... od Enigma, oceniła go jednak jako nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Izba dopuściła dowód z pisma CA Technologies zawierającego oświadczenie o dostępności dokumentacji użytkownika w wersji język polski.

#### **Izba zważyła co następuje :**

Wszystkie zgłoszone przystąpienia spełniają wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem, któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania Unizeto wskazując na to, iż bezspornym pomiędzy stronami jest, że jeden z członków konsorcjum udzielił drugiemu pełnomocnictwa do działania w imieniu tego konsorcjum oraz do udzielania dalszych pełnomocnictw. Do pełnomocnictw mają zastosowanie przepisy art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 k.c., a zatem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak wymagają tego okoliczności, w których zostało złożone, zasady współzycia społecznego i ustalone zwyczaje. Okoliczności, w których zostało złożone pełnomocnictwo od Euler dla Unizeto wyglądają w ten sposób, że Euler i Unizeto postanowiły wspólnie biegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym, nawet jeśli w udzielonym przez siebie pełnomocnictwie przewidują opcje do działania wyłącznie w imieniu jednego z członków konsorcjum, to wykładania tego oświadczenia woli w kontekście udzielonego następnie przez Unizeto pełnomocnictwa do podpisania odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w którym Euler i Unizeto łącznie ubiegając się o jego uzyskanie, nie może być wykładane inaczej, jak wola upoważnienia przez jednego ze współników konsorcjum do działania w imieniu ich obu drugiego ze współników.

17

---

Zamawiający nie wykazał, że istnieją postanowienia umowne konsorcjum obligujące współników do łącznego działania.

Fakt, że w pełnomocnictwie z dnia 5 października 2012r. nie jest wymieniona nazwa partnera konsorcjum Unizeto - Euler nie powoduje w ocenie Izby sytuacji, w której wola Unizeto było działanie wyłącznie w imieniu własnym. Przejawem tej woli jest chociażby informacja zawarta w odwołaniu stanowiąca oznaczenie strony odwołującej. Wynika z niej, że Unizeto działało w imieniu własnym i na rzecz Euler.

W świetle tych okoliczności Izba stoi na stanowisko, że zawarte w obu pełnomocnictwach oświadczenia woli stanowią przejaw upoważnienia B..... D..... do działania w imieniu konsorcjum Unizeto, Euler przy wnoszenia odwołania. Nadto Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że do udzielenia pełnomocnictwa mają zastosowanie przepisy art. 865 i 866 kc w związku z art. 14 ustawy. Przede wszystkim kwestię reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie reguluje art. 23 ustawy, tym samym zastosowanie art. 14 i odesłania do przepisów kodeksu cywilnego jest w tym przypadku wątpliwe. Dodatkowo art. 865 i 866 kc nie są normami bezwzględnie obowiązującymi i mogą być zmienione wolą stron.

Izba uznała, że odwołujący Unizeto na interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, gdyż jego oferta nie została odrzucona, a zamawiający sklasyfikował ją na czwartej pozycji w rankingu ofert, odwołanie zaś zmierza do wyeliminowania wszystkich wykonawców zajmujących wyższe pozycje w rankingu niż odwołujący. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący Unizeto ma szansę na uzyskanie zamówienia. Może

też ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu wykonania zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o oddalenie odwołania z powodu braku interesu prawnego odwołującego Unizeto. Przede wszystkim Izba zwróciła uwagę na fakt, że art. 179 ust. 1 ustawy nie ogranicza interesu w uzyskaniu zamówienia do interesu prawnego. Nadto spełnienie przesłanki materialnoprawnej z art. 179 ust. 1 ustawy badane jest na dzień wniesienia odwołania, natomiast argumentacja zamawiającego zmierza do wykazania, że w przypadku uwzględnienia odwołania Unizeto i nakazania ponownej oceny ofert, odwołujący Unizeto będzie musiał być odrzucony z postępowania, gdyż również nie wskazał w swojej ofercie oprogramowania systemowego jako komponentu systemu. Jednak taka argumentacja wskazuje, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może odpaść w przyszłości, natomiast nie uzasadnia twierdzenia, że na dzień wniesienia odwołania nie istniał.

Izba uznała, że odwołujący IT.expert na interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, gdyż jego oferta nie została odrzucona, a zamawiający sklasyfikował ją na drugiej pozycji w

18

---

rankingu ofert, odwołanie zaś zmierza do wyeliminowania wykonawcy wybranego. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący IT expert ma szansę na uzyskanie zamówienia. Może też ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu wykonania zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

#### **Sygn. akt KIO 2704/12**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Enigma, IT.Expert i Comarch pomimo tego, że nie spełniają one wymagań siwz tj. nie wymieniają wszystkich komponentów systemu, tj. nie wymieniają systemów operacyjnych i oprogramowania baz danych.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że na potrzeby prezentacji wymaganej treści oferty zamawiający określił jednoznacznie, co rozumie pod pojęciem „komponent Systemu”. Zgodnie z rozdziałem XI.3.5. zamawiający wymagał wskazania producenta, modelu, wersji oferowanego Systemu oraz wszystkich komponentów Systemu. Zamawiający na potrzeby siwz nie zdefiniował pojęcia System, ani pojęcia komponent. Za definicję systemu nie można bowiem uznać pkt 1 ust. 1 rozdziału I siwz, gdyż byłaby to definicja idem per idem. Zamawiający definiował System Zarządzania Tożsamością oraz Komponent we wzorze umowy, zastrzegając jednocześnie, że terminy i zwroty w tym wzorze użyte mają zastosowanie do tej umowy, nadto dla pojęć nie zdefiniowanych wskazał załącznik nr 10 do wzoru umowy, który zawiera własne pojęcie tak systemu jak i komponentu. Niewątpliwie definicja Komponentu przewidziana we wzorze umowy jest bardzo szeroka i obejmuje zarówno oprogramowanie jak i licencje, nośniki czy koncepcję i dokumentację, część z tych elementów zostanie wytworzona dopiero w trakcie realizacji umowy. Bezsporne jest, że żaden z wykonawców nie wymienił wszystkich Komponentów w rozumieniu wzoru umowy. Natomiast definicja systemu nie wskazuje w ocenie Izby jakie komponenty powinny być bezwzględnie wymienione. Dodatkowo niejednoznaczności siwz w tym zakresie nie rozwiewają pozostałe dokumenty załączone do siwz, np. w załączniku nr 2 do wzoru umowy pkt. 3lp. 3.3 mowa jest o komponentach aplikacyjnych, w załączniku nr 5 str. 2 pkt 2 mowa jest o systemach informatycznych w resorcie finansów, w załączniku nr 6 pkt 4 str. 2 definiuje się system ze względu na oferowaną użytkownikom funkcjonalność nie odnosi się natomiast tego pojęcia do systemu operacyjnego serwera ani do oprogramowania standardowego na nim instalowanego, w załączniku nr 10 występuje kolejna definicja komponentu, jako części czegoś bardziej złożonego, czy komponentu bloku architektonicznego, zaś występuje wiele definicji systemów – system, system biznesowy, informatyczny. Infrastrukturalny, inwentaryzacji i

19

---

baza zarządzania konfiguracją, system IT, itp. Tym samym zamawiający w całym dokumencie siwz użył wielu różnych znaczeń na określenie pojęć system i komponent. Tym

samym twierdzenia odwołującego Unizeto, że pojęcie komponent oznacza wyłącznie oprogramowanie w szeroki rozumieniu tj. aplikacyjne systemu jak i środowiskowe czy bazodanowe, nie znajduje oparcia w stosowanych przez zamawiającego definicjach. Z drugiej strony w załączniku nr 1 do wzoru umowy przedmiot zamówienia opisany jest przez jego funkcjonalności. Jednoznaczność siwz w zakresie wymagań związanych z pojęciem „wszystkie komponenty Systemu” w ocenie Izby nie może być interpretowana na niekorzyść wykonawców. Skoro zatem zamawiający na potrzeby oceny oferty przyjął, że chodzi tu o komponenty związane z wymaganymi funkcjonalnościami (a więc w wąskim zakresie) i tylko pod tym kątem weryfikował wszystkie oferty nie odrzucając żadnej z nich za brak oprogramowania systemowego czy bazodanowego, to należy uznać, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy. Brak jest także wyraźnego postanowienia siwz nakazującego wymienienie wśród komponentów takiego oprogramowania, stąd nie można mówić, że oferty w tym zakresie nie odpowiadają treści siwz. Zamawiający nie naruszył zatem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ustalenie okoliczności, że nie było w siwz wyraźnego wymogu wskazania oprogramowania bazodanowego jak i systemowego powoduje, że bezprzedmiotowe jest rozstrzygnięcie czy w ofertach wykonawców Enigma, IT.expert, Comarch takie oprogramowanie podano. Nadto w ocenie Izby w tym zakresie nie ma sporu pomiędzy stronami, o czym świadczy tabelka na str. 9 odpowiedzi na odwołanie sporządzona przez zamawiającego. Z tego względu dowodzenie, że wymienione przez wykonawców komponenty nie są oprogramowaniem bazodanowym czy systemowym lub też jak w przypadku dowodu złożonego przez IT.expert nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia. Odpowiedzi na pytania nr 41 i 48 do siwz nie odnosiły się do wymogu określonego w rozdziale XI ust. 3 pkt 5, ale do tego co w ramach umowy mają dostarczyć wykonawcy i odpowiadając na te pytania zamawiający nie wskazywał, że oczekuje dostawy licencji do komponentów Systemu, stąd wyjaśnienia udzielone w ramach tych zapytań nie potwierdzały tezy odwołującego.

#### **Sygn. akt KIO 2708/12**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust 1 ustawy przez wybór oferty Enigma jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że zamawiający nie miał prawa przyznać Enigma dodatkowej liczby punktów (5) w kryterium ocena funkcjonalności opcjonalnych

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że poza sformułowanym wymogiem pisemności w rozdziale XI pkt 1 siwz zamawiający nie wskazał, jak zamawiający spełnienie tego wymogu rozumie i jakiego konkretnego zachowania od wykonawców oczekuje w odniesieniu do innych dokumentów

20

---

niż oferta, oświadczenia lub dokumenty wystawione przez wykonawcę (rozdział XI ust. 6 siwz.) Zamawiający wbrew stanowisku odwołującego IT.expert nie przesądził, że informacja o posiadaniu przez oferowany system właściwości opcjonalnych musi pochodzić od wykonawcy. Wskazywane przez odwołującego IT.expert okoliczności, że chodzi o oferowany system, i o ile wykonawca ubiega się o dodatkowe punkty – rozdział XI.3.8. siwz w ocenie Izby nie przesądza, że informacje te muszą pochodzić od wyłącznie wykonawcy. Z tych postanowień jedno bowiem odnosi się do systemu jako całości, przy czym ze złożonych ofert wynika, że wykonawcy oferowali różne systemy, przy czym w większości nie były to systemy, których są producentami, a zatem słowo „oferowany” w tym przypadku nie przesądza o pochodzeniu od wykonawcy. Co do drugiego ze sformułowań to wskazuje on wyłącznie na nieobowiązkowy charakter przekazania informacji o opcjonalnych funkcjonalnościach i nie przesądza w ocenie Izby, że informacja ta ma pochodzić od wykonawcy. Dodatkowo słusznie powołuje się zamawiający na ust. 7 rozdziału XI wskazując, że zalecił jedynie sposób prezentacji informacji na załączniku B do siwz, ale nie wymagał takiego sposobu przedstawienia informacji oraz, że nie narzucił obowiązku podpisania takiej informacji przez wykonawcę, gdyż na opracowany przez siebie załącznik B do siwz nie wskazał miejsca na podpis oraz informacji od kogo podpis ma pochodzić. Wykonawcy zatem we własnym zakresie ustalali zawartość tego załącznika i sposób jego przedstawienia zamawiającemu. W ocenie Izby zamawiający w tej sytuacji musiałby ocenić i rozważyć przyznanie dodatkowych punktów także w sytuacji, gdyby informacja o funkcjonalnościach opcjonalnych wynikała np. z załączonego folderu opisującego oferowany system, czy wyciągu z dokumentacji takiego systemu. Ponadto do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Ustawodawca nie przewidział zakazu obejmowania jednym podpisem kilku oświadczeń woli czy składania jednego podpisu dla potwierdzenia zarówno oświadczenia woli jak i wiedzy, ani zakazu składania kilku podpisów (mimo braku takiego obowiązku wynikającego ze sposobu reprezentacji) w celu potwierdzenia złożenia oświadczenia. Nie można dokonywać interpretacji wymagań zamawiającego nie wynikających bezpośrednio z literalnego brzmienia siwz, które pogarszałyby sytuację wykonawców. Wobec powyższego podpisanie informacji o funkcjonalnościach nawet przez osobę nieupoważnioną do działania w imieniu wykonawcy nie powodowałoby podstawy do odmowy wykonawcy dodatkowych punktów. Jednakże w przedmiotowej sprawie na str. 6 oferty znajdują się dwa własnoręczne znaki graficzne pochodzące od dwóch różnych osób. Pierwszy bezpośrednio pod informacjami o funkcjonalnościach pochodzący zgodnie z zamieszczoną pieczęcią od M..... F..... (pochodzenia podpisu od tej osoby odwołujący nie kwestionował) oraz podpis skrócony w prawym dolnym rogu. Ten podpis odwołujący kwestionował wskazując, że nie wiadomo od kogo pochodzi, oraz że nawet gdyby pochodził od pełnomocnika wykonawcy umocowanego

21

na str. 2 oferty, to nie jest to podpis zgodny z zamieszczonym w tym pełnomocnictwie wzorem podpisów. W ocenie Izby podnoszone przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w treści oferty – analogiczny podpis znajduje się na każdej stronie tej oferty, w tym jako podpis poświadczający za zgodność z oryginałem, czego już odwołujący nie kwestionuje i nie podnosi, że nie wiadomo czy poświadczeń dokonywała osoba umocowana. Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego potwierdzonym przez przystępującego, że jest to skrócony podpis R..... F..... Odwołujący tych twierdzeń nie zakwestionował. Co do niezgodności podpisu z wzorem, to Izba wskazuje, że siwz nie było wymogu składania wzoru podpisu i następnie składania oświadczeń poprzez podpis zgodny z wzorem. Z treści art. 78 par 1 kc nie wynika uzależnienie przyjęcia dochowania formy pisemnej poprzez podpis zgodny z wzorem. Tym samym taki wymóg jedynie wynika z oczekiwań odwołującego IT.expert, ale nie z obowiązujących przepisów prawa, czy też z postanowień siwz tai wymóg nakładających. W ocenie Izby charakter podpisu i cel jego złożenia wynika z zamiaru wykonawcy ujawnionego w sposób dostateczny, jak również z charakteru dokonywanej czynności. Zatem dla nadania podpisowi założonego przez składającego ten podpis znaczenia należy zanalizować całokształt okoliczności, które doprowadziły do złożenia tego podpisu. W ocenie Izby o zamiarze i woli złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu świadczy cała treść tej oferty oraz podjęte czynności przygotowawcze w postaci zawiązania konsorcjum, ustanowienia pełnomocnika, wyposażenia go w upoważnienie do dokonywania określonych czynności w postępowaniu, zgromadzenie wymaganych dokumentów i w konsekwencji złożenie samej oferty. Nie ma żadnego przepisu określającego położenie podpisu w sposób dokładniejszy niż „na dokumencie obejmującym oświadczenie woli”, tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, że złożenie podpisu w prawym dolnym rogu dokumentu nie spełnia wymagań wynikających z art. 78 §1 kc. W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska, że z faktu położenia podpisu przy numerze strony należy wywieść wolę odwołującego wyłącznie o złożeniu oświadczenia wiedzy o ilości stron oferty, bo wyłącznie w takim celu na innych dokumentach w tym miejscu podpis był składany. W tym zakresie należy zwrócić uwagę strona uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1973 r. III CZP 78/82 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2009 r.; sygn. akt: IV CSK 78/09, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r. IV CSK 78/09, wyrok KIO o sygn. akt KIO 695/11 z dnia 12 kwietnia 2011 r., wyrok KIO o sygn. akt 1291/12 z dnia 2 lipca 2012 r., wyrok KIO o sygn. akt 156/11 z dnia 8 lutego 2011 r., wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 1196/09 z dnia 5 października 2009 r., wyrok KIO o sygn. akt 2585/11 z dnia 20 grudnia 2011 r. czy wyrok KIO o sygn. akt 1797/11 z dnia 9 września 2011 r., wyrok KIO z dnia 8 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO/2317/10, z których wynika, że do zachowania formy pisemnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Przepis nie wskazuje natomiast, że podpis musi być sporządzony

22

czytelnie, czy też, że musi być opatrzony pieczęcią imienną dopuszczalny jest skrót podpisu, także nieczytelny. Dla oceny zachowanie formy pisemnej nie ma także znaczenia, czy podpis został złożony w miejscu do tego wskazanym, czy w innym - wyrok KIO/UZP 1442/07 z dnia 27 grudnia 2007 r. Przyjęty zaś przez pełnomocnika odwołującego model

podpisywania poszczególnych dokumentów składających się na treść oferty, polegający na składaniu podpisu w prawym dolnym rogu każdego z dokumentów, spełnia niewątpliwie wymóg umieszczenia podpisu pod treścią złożonego oświadczenia woli. Nie zachodzi tu zatem sytuacja braku podpisu pod treścią oświadczenia, a tym samym należy uznać, że zamawiający prawidłowo ocenił złożony dokument i prawidłowo przyznał wykonawcy Enigma dodatkowe punkty, nie doszło zatem do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy. Wobec uznania, przez Izbę, że złożony na str. 6 oferty Enigma dokument spełniał wymagania zamawiającego uprawniające do przyznania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert, to również zarzut ewentualny naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Enigma do uzupełnienia pełnomocnictw do złożenia oświadczeń o opcjonalnych funkcjonalnościach nie potwierdził się. Zaś przedłożone przez przystępującego pełnomocnictwo dla M..... F..... nie miało znaczenia dla rozstrzygnięcia, wobec zawarcia na dokumencie podpisu pełnomocnika Enigma, którego umocowanie wynikało wprost z oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Enigma, pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdza, że zamawiający wymagał dokumentacji użytkownika standardowo dostępnej w polskiej wersji językowej. Wymóg ten zamawiający rozumiał w ten sposób – odpowiedź na pytanie 50, że nie musi być ona w tej wersji dostępna z poziomu pomocy programu, ale może być udostępniona jako odrębny dokument. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że komponent CA Single Sign-On - wersja 12.1 nie posiada dostępnej w języku polskim dokumentacji użytkownika. Przedłożony na rozprawie wydruk ze strony internetowej nie może stanowić takiego dowodu, gdyż z jego treści wynika jedynie to, że dokumentacja użytkownika jest dostępna w wersji angielskiej, natomiast nie stanowi dowodu na to, że nie jest dostępna w wersji polskiej. Odwołujący nie wnioskował o przeprowadzenie innych dowodów, zaś trudności z prezentacją dowodu na który powołuje się strona nie stanowią wystarczającej podstawy do uznania za udowodnione okoliczności twierdzonych przez stronę, w sytuacji, gdy przedłożony dowód tych twierzeń nie potwierdza. Izba dała natomiast wiarę dokumentowi przedłożonemu przez przystępującego. W aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy ofercie CA Technologies jest dla do załączone pełnomocnictwo M..... F.....

23

reprezentowania CA Technologies i składania w jego imieniu oświadczeń. W tej sytuacji Izba nie miała wątpliwości, że złożone przez przystępującego na rozprawie oświadczenie CA Technologies zostało podpisane przez osobę upoważnioną do działania w imieniu tej firmy. Z oświadczenia tego wynika, że dokumentacja użytkownika do CA Single Sign jest dostępna w języku polskim, co czyni zadość wymaganiom zamawiającego. Brak jest zatem niezgodności treści oferty Enigma z treścią siwz i zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec tej oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołania zostały oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołujących. Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego wpisy uiszczone przez odwołujących zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....

24