

Sygn. akt: KIO/UZP 12/07,
KIO/UZP 13/07

WYROK
z dnia 04 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-
Maziarz
Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* **02.01.2008r.** w Warszawie
odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
19.12.2007r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A Unizeto Technologies S.A, Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21,
B. ComArch S.A, Kraków, Al. Jana Pawła II 39A**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zachodniopomorski Urząd Wojewódzki,
Szczecin, ul. Wały Chrobrego 4**

protestów:

**A Unizeto Technologies S.A, Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21 z dnia
15.11.2007r.**

**B ComArch S.A, Kraków, Al. Jana Pawła II 39A z dnia
16.11.2007r.**

przy udziale **xxx** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz

**- Unizeto Technologies S.A, Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21,
- ComArch S.A, Kraków, Al. Jana Pawła II 39A**

po stronie zamawiającego* .

orzeka:

1. Oddala obydwa odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża

**- Unizeto Technologies S.A, Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21,
- ComArch S.A, Kraków, Al. Jana Pawła II 39A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2709 zł
34 gr (słownie: dwa tysiące siedemset dziewięć złotych trzydzieści cztery
grosze) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
A koszty w wysokości 1354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt
cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez
Unizeto Technologies S.A, Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21
B koszty w wysokości 1354 zł 67 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta pięćdziesiąt
cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez
ComArch S.A, Kraków, Al. Jana Pawła II 39A

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero
groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty 1800 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez

Unizeto Technologies S.A., Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21 na rzecz **Zachodniopomorskiego Urzędu Wojewódzkiego, Szczecin, ul. Wały Chrobrego 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego

B kwoty 1800 zł 0 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **ComArch S.A., Kraków, Al. Jana Pawła II 39A** na rzecz **Zachodniopomorskiego Urzędu Wojewódzkiego, Szczecin, ul. Wały Chrobrego 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zastępstwa prawnego

2

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

4) dokonać zwrotu kwoty 37290 zł 66 gr (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt złotych sześćdziesiąt sześć groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 18645 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Unizeto Technologies S.A., Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21**

B kwoty 18645 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **ComArch S.A., Kraków, Al. Jana Pawła II 39A**

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Zachodniopomorski Urząd Wojewódzki w Szczecinie przy ul. Wały Chrobrego 4 zwany dalej "Zamawiającym" reprezentowany przez Wojewódzki Ośrodek Informatyki - Terenowy Bank Danych w Szczecinie Gospodarstwo Pomocnicze Zamawiającego Biuro Projektu "e-Urząd Wojewódzki" z siedzibą w Szczecinie przy ul. Wały Chrobrego 4, którego przedmiotem jest przetarg nieograniczony na "Portal i centralny system wejścia/wyjścia formularzy elektronicznych, zintegrowany system elektronicznego obiegu dokumentów, zintegrowanie repozytorium dokumentów elektronicznych oraz digitalizacji dokumentów na potrzeby realizacji projektu" Zintegrowana platforma obsługi przedsiębiorców przez urzędy wojewódzkie e-urząd wojewódzki (sprawa: TBD-SPO/Z4/2/06)".

Protesty, a następnie odwołania zostały wniesione przez UNIZETO TECHNOLOGIES SA z siedzibą w Szczecinie przy ul. Królowej Korony Polskiej 21, zwany dalej "Unizeto" oraz ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie przy Al. Jana Pawła II 39A, zwany dalej "ComArch".

Unizeto pismem z dnia 15.11.2007r. złożyło protest na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę ComArch, zarzucając naruszenie art. 7 ust. 1, art. 25, art. 26 ust. 3 ustawy z dn.29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.

3

U. j.t. 2007 Dz. U. nr 223 poz. 1655) zwana dalej ustawą, wnosząc o uchylenie zaskarżonej czynności.

Interes prawny do złożenia odwołania został określony dążeniem do przestrzegania ustawowej zasady uczciwej konkurencji i prawidłowego przebiegu postępowania oraz pozyskania w sposób zgodny z prawem przedmiotowego zamówienia, co może być zagrożone w wyniku działań Zamawiającego.

Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący Unizeto otrzymał w dniu 09.11.2007r. za pośrednictwem faksu.

Po zapoznaniu się z załącznikami do protokołu z postępowania, w tym z pismem z dn. 02.11.2007r. skierowanym do ComArch, w którym Zamawiający wezwał do uzupełnienia "opisu oferowanego rozwiązania systemu informatycznego z umieszczeniem

w ofercie nazw własnych każdego oferowanego elementu systemu, w tym: modułów systemu, sprzętu, oprogramowania wraz z określeniem ich ilości i sposobu zastosowania w projekcie". Odwołujący zacytował następujące zapisy Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwana dalej siwz; pkt 9.11.1 (1.1., 1.2., 1.3., 1.4.), pkt 9.11.2. (9.11.2.1., 9.11.2.2., 9.11.3), pkt 9.11.3.1, pkt 9.11.5 .

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując czynności wezwania do uzupełnienia ww. dokumentu, dopuścił się naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 ustawy, ponieważ przepis ten dopuszcza uzupełnienie dokumentów, których katalog został enumeratywnie określony w art. 25 ustawy. Dokumentami tymi mogą być dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i muszą być wskazane w ogłoszeniu lub w siwz.

Odwołujący uważa, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie miał prawa do wezwania wykonawcy ComArch do uzupełnienia dokumentu pt. "Opis oferowanego rozwiązania systemu informatycznego z umieszczeniem w ofercie nazw własnych każdego oferowanego elementu systemu, w tym: modułów systemu, sprzętu, oprogramowania, wraz z określeniem ich ilości i sposobu zastosowania w projekcie".

Zdaniem Odwołującego nie można stwierdzić, iż ww opracowanie stanowi dokument, który potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, ani nie stanowi też dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy i usługi wymagań określonych w siwz.

Przemawiają za tym następujące okoliczności. W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.2.1., 2.2., 2.3. określił warunki jakie muszą spełnić wykonawcy aby wziąć udział w postępowaniu oraz dokumenty i oświadczenia w celu potwierdzenia spełnienia warunków. W pkt III.2.1., w pkt 9.10 Zamawiający wskazał, iż w celu potwierdzenia, że oferowane usługi lub dostawy odpowiadają wymogom Zamawiającego wykonawcy zobowiązani byli przedstawić aktualny

4

certykat ISO 9001: 2001 lub równoważny, obejmujący: projektowanie, wytwarzanie i integrację oprogramowania, usług serwisowych oraz szkolenia, wydany przez niezależną akredytowaną organizację certyfikującą.

Zdaniem Odwołującego osobną kategorię stanowi wymieniony w pkt III.2.1. ppkt 9 obowiązek dołączenia do oferty w zakresie opisu technicznego oferowanych rozwiązań, tj. "Opis oferowanego rozwiązania systemu informatycznego z umieszczeniem w ofercie nazw własnych każdego oferowanego elementu systemu, w tym: modułów systemu, sprzętu, oprogramowania, wraz z określeniem ich ilości i sposobu zastosowania w projekcie". Odwołujący jednocześnie wskazuje, że w siwz żądany opis umieszczono w pkt IX " Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia, że oferowane usługi lub dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego". Niemniej nie zmienia to charakteru ww. opisu, ponieważ w pkt VIII siwz "Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków" nie wymienił warunku podmiotowego lub przedmiotowego, który odnosiłby się do ww. opisu, tj. "Opis oferowanego rozwiązania systemu informatycznego z umieszczeniem w ofercie nazw własnych każdego oferowanego elementu systemu, w tym: modułów systemu, sprzętu, oprogramowania, wraz z określeniem ich ilości i sposobu zastosowania w projekcie". Zdaniem Odwołującego powyższe wskazuje na to, że ww opis nie stanowi dokumentu określonego w art. 25 ustawy, a stanowi treść oferty.

Odwołujący przywołuje art. 82 ustawy, zgodnie z którym treść oferty ma odpowiadać treści siwz. Wskazując w ogłoszeniu i siwz sposób w jaki ma być sporządzony ww. Opis Zamawiający określił warunki jakim ma odpowiadać treść oferty. Opis oferowanego rozwiązania z umieszczeniem nazw własnych poszczególnych elementów ma w sposób szczegółowy przedstawić treść oferty i jako takie nie może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wskazuje również, że w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006r. Nr 87 poz.605) zwane dalej "rozporządzeniem" nie wymienia się opisu oferowanego rozwiązania.

W dniu 21.11.2007r. zgłosił przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego drugi wykonawca ComArch, wnosząc o oddalenie protestu Unizeto w całości. W pierwszej kolejności ComArch podniósł zarzut braku interesu prawnego do wniesienia protestu, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, w myśl którego środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, których interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. ComArch

5

wywodzi, iż skoro oferta Unizeto została wybrana jako najkorzystniejsza, to brak po stronie Unizeto interesu prawnego do zaskarżenia czynności Zamawiającego, dotyczącej wezwania ComArch do uzupełnienia dokumentów, ponieważ ComArch zajął drugą lokatę i przez to nie zagraża Unizeto. Przywołując szereg orzeczeń zespołów arbitrów ComArch zarzuca bezzasadność protestu Unizeto, którego interes prawny nie doznał żadnego uszczerbku, przez to, że Zamawiający wezwał ComArch do uzupełnienia dokumentów. Niemniej z ostrożności ComArch odnosi się do zarzutów merytorycznych protestu Unizeto uznając je za całkowicie bezzasadne. Zdaniem Przystępującego ComArch nie nastąpiło naruszenie przez Zamawiającego art. 25 ustawy, ponieważ nieprawdą jest, że rozporządzenie enumeratywnie wymienia dokumenty jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków, jakie powinny spełniać dostawy lub usługi i przywołuje § 3, zgodnie z którym zamawiający w szczególności może żądać między innymi również opisu. Przystępujący podkreśla, że ww. opis miał za zadanie potwierdzić określone w siwz przez Zamawiającego wymagania przedmiotowe, określone wyraźnie w siwz. W tym celu przywołuje przykładowo treść zał. Nr 1 do siwz pn. szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz treść pisma Zamawiającego wzywającego ComArch do uzupełnienia dokumentów. Zdaniem Przystępującego nieuzasadnione jest twierdzenie Unizeto, że opis ten nie stanowił dokumentu potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy i usługi wymagań określonych w siwz. Cel i charakter dokumentu jasno wynika z jego brzmienia, tj. "Opis oferowanego rozwiązania systemu informatycznego z umieszczeniem w ofercie nazw własnych każdego oferowanego elementu systemu, w tym: modułów systemu, sprzętu, oprogramowania, wraz z określeniem ich ilości i sposobu zastosowania w projekcie". Opis zawiera wyraźne odwołanie do każdego elementu oferowanej usługi dostawy, przez co koresponduje z wymaganiami określonymi wobec tego rozwiązania w siwz, gdyż to specyfikacja określa wiążąco te elementy. Ponadto Przystępujący zaznacza, że sam Unizeto wskazuje, że ww opis znajduje się w części przeznaczony na warunki udziału w postępowaniu. Przy czym ComArch przywołuje orzeczenie zespołu arbitrów, rozstrzygające, iż o tym czy mamy do czynienia z warunkiem udziału w postępowaniu, czy też z wymaganiami w odniesieniu do oferowanych dostaw nie decyduje w jakiej części siwz je zamieszczono, tylko jaka jest rzeczywista treść i charakter warunku. Przystępujący stwierdza, że skoro złożył w ofercie przedmiotowy opis bez wymaganych informacji (bez nazw własnych, bez określenia oferowanych ilości i bez sposobu zastosowania w projekcie) to Zamawiający słusznie go wezwał do uzupełnienia dokumentów wymaganych w pkt 9.11.1. siwz, na podstawie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy.

6

Przystępujący wnosi o oddalenie protestu w całości również z uwagi na niewykazanie przez Unizeto naruszenia przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ustawy.

Zamawiający pismem z dn.26.11.2007r. oddalił protest w całości z uwagi na brak interesu prawnego Odwołującego Unizeto, dzieląc w tym zakresie argumentację Przystępującego ComArch. Z daleko idącej ostrożności oraz mając na względzie znaczną wartość oraz wagę postępowania Zamawiający odniósł się do zarzutów merytorycznych Odwołującego Unizeto, dzieląc również argumentację Przystępującego ComArch. Zamawiający stwierdził, że zastosowanie art. 26 ust. 3 uzasadnił w piśmie z 02.11.2007r., w którym wezwał ComArch do uzupełnienia dokumentów. Zdaniem Zamawiającego w wyniku tegoż wezwania nie doszło do zmiany oferty ComArch.

Pismem z dn. 28.11.2007r. Odwołujący Unizeto złożył odwołanie wnosząc jak w proteście i podtrzymując argumentację zawartą w tymże proteście z dnia 16.11.2007r.

Pismem z dnia 30.11.2007r. do postępowania odwoławczego przystąpił ComArch po stronie Zamawiającego.

Pismem z dn.16.11.2007r. ComArch złożył protest na wybór najkorzystniejszej oferty zarzucając Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy Unizeto z postępowania, zaniechanie odrzucenia jego oferty i wybór oferty Unizeto jako najkorzystniejszej. W związku z tym ComArch wnosi o unieważnienie czynności wyboru oferty Unizeto, wykluczenie Unizeto z postępowania, odrzucenie jego oferty, dokonanie ponownej oceny ofert, prawidłowe obliczenie punktów przyznanych ofercie ComArch, wybór oferty ComArch jako najkorzystniejszej.

ComArch zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy – poprzez zaniechanie wykluczenia Unizeto z postępowania, pomimo iż Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, art.24 ust.1 pkt 10 ustawy – poprzez zaniechanie wykluczenia Unizeto z postępowania, pomimo iż Unizeto nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto, pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej UZNK, art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 387 § 1 Kc - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto, pomimo iż oferta tego Wykonawcy jest nieważna, w związku z tym, że stanowi zobowiązanie o świadczenie niemożliwe.

7

W uzasadnieniu protestu ComArch przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne. Co do argumentacji faktycznej ComArch przedstawił Zamawiający oprócz kryteriów oceny ofert takich jak: cena (waga 70%), dostępność infolinii (10%) ustalił dalsze takie kryteria: czas reakcji na awarie dla lokalizacji centralnej i zapasowej (waga 10%), czas naprawy systemu dla awarii krytycznej (waga 10%) .

Zamawiający wyjaśnił, że przez czas reakcji należy rozumieć czas, który upłynie od zgłoszenia awarii do chwili przybycia na miejsce awarii pracownika serwisu wykonawcy, a przez czas naprawy systemu dla awarii krytycznej należy rozumieć czas, który upłynie od zgłoszenia awarii do momentu naprawy systemu.

W kontekście czasu reakcji rozróżniono lokalizację centralną w Zachodniopomorskim Urzędzie Wojewódzkim w Szczecinie, jak i zapasową w Świętokrzyskim Urzędzie Wojewódzkim w Kielcach.

Przy czym awaria krytyczna systemu to przerwa w świadczeniu usług dla użytkowników zewnętrznych korzystających z narzędzi portalu, uniemożliwiająca skierowanie do systemu e- urząd wojewódzki formularza elektronicznego z bezpiecznym podpisem elektronicznym. Zamawiający określił maksymalny czas naprawy dla awarii krytycznej – nie dłuższy niż 24 godziny od jej zgłoszenia, a także wymagany czas reakcji na zgłoszenie awarii – winien być nie dłuższy niż 8 godzin dla awarii krytycznej.

ComArch w złożonym proteście wskazał, że w zał. Nr 1 do siwz na str 32 Zamawiający podał zasady wykonywania prac serwisowych: Wszelkie zmiany w dostarczonym oprogramowaniu muszą być testowane przed wprowadzeniem do wersji produkcyjnej. W tym celu Zamawiający wymaga od Wykonawcy przeprowadzenia instalacji i konfiguracji testowej instalacji oprogramowania w każdej z lokalizacji. Każda z aktualizacji bądź innych zmian w oprogramowaniu zobowiązuje wykonawcę do uaktualnienia dokumentacji oraz podręczników."

Unizeto zaoferowało następujące czasy: reakcji na awarie dla lokalizacji centralnej i zapasowej – 0,2 h, co wynosi 12 minut i naprawy systemu dla awarii krytycznej w wysokości 0.35 h co daje 21 minut.

ComArch w złożonym proteście podkreślił, że zarówno czas reakcji, jak i naprawa awarii krytycznej w zaoferowanym czasie są niemożliwe do wykonania przez Unizeto.

Z następujących względów. Czas reakcji to jest czas dojazdu zarówno do lokalizacji centralnej w Szczecinie, jak i do lokalizacji zapasowej w Kielcach w ciągu 12 minut jest niemożliwy z uwagi na to, że w tym czasie niemożliwy jest dojazd z siedziby głównej Unizeto

w Szczecinie, jak i z jego oddziałów, które mieszczą się w Katowicach, Lublinie, Warszawie. Jako fakt powszechnie znany w oparciu o zwykłe doświadczenie życiowe – właściwie nie wymaga dowodzenia i dokonywania szczegółowych pomiarów. Niemniej w złożonym proteście ComArch dokonał takich wyliczeń dojazdu i wyniosły one ponad 2 godziny

8

w zależności od miejsc dojazdu (od ponad 2 h do ponad 7 h). Podobnie co do czasu naprawy awarii krytycznej niemożliwe jest jej usunięcie w ciągu 9 minut (21min-12min=9min), bowiem czas reakcji zawiera się w czasie naprawy. Naprawienie awarii krytycznej systemu w oferowanym czasie przy dochowaniu wymaganej procedury wykonywania prac serwisowych nie jest możliwe. Powyższa niemożliwość wynika także z wymaganego uaktualnienia dokumentacji. Naprawa musi się odbyć po wcześniejszym zidentyfikowaniu przyczyny awarii krytycznej, co przy tak szerokim jej rozumieniu jest kwestią złożoną, ponieważ przyczyny awarii krytycznej mogą być wielorakie.

Niemożliwe jest wykonanie w ciągu 9 min. takich czynności m.in. jak: identyfikacja przyczyny usterki, w tym usterki sprzętu i oprogramowania firm trzecich, wykonanie naprawy oprogramowania, identyfikacja skutków awarii w danych systemu, instalacja i konfiguracja testowa oprogramowania, przeprowadzenie standardowych testów potwierdzających poprawne działanie, usunięcie skutków błędów, aktualizacja dokumentacji i podręczników, instalacja produkcyjna, konfiguracja produkcyjna oprogramowania. Reasumując wykonanie naprawy awarii krytycznej w takim czasie jest niemożliwe.

Ponadto ComArch podniósł kwestię oprogramowania firm trzecich, co znacznie wydłuża usunięcie awarii krytycznej. Co prawda oferta Unizeto została utajniona w części opisującej oferowane rozwiązanie, jednakże nie zwalnia to Zamawiającego od konieczności oceny oferty w zakresie spełnienia wymogów określonych w Zał. Nr 1 do siwz (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia). Bowiem usunięcie awarii krytycznej oprogramowania firm trzecich wymaga wiedzy nt oprogramowania posiadanej wyłącznie przez producenta oprogramowania i możliwe jest tylko w ramach usługi serwisowej wykupionej u producenta. Przy założeniu korzystania z oprogramowania firm trzecich tym bardziej nie jest możliwe usunięcie awarii krytycznej w ciągu 9 min.

Protest ComArch zawiera argumentację prawną w następującym zakresie.

Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Unizeto, które złożyło nieprawdziwe informacje co do czasu reakcji i co do czasu naprawy awarii krytycznej, co ComArch wykazał podając stan faktyczny sprawy. Tym bardziej, że nieprawdziwe informacje mają wpływ na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ocenę oferty oraz warunki realizacji oferowanego przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego ComArch budzi zdziwienie postawa Zamawiającego, który przeszedł do porządku dziennego nad tak jaskrawym przykładem nierzetelnego i nieprawdziwego – wobec swej niewykonalności – oświadczenia Unizeto. Zamawiający nie zbadał oferty Unizeto pod kątem rzetelności i realności składanych oświadczeń. Bowiem gdyby to uczynił to by wykluczył Unizeto z postępowania.

9

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Unizeto z postępowania, ponieważ nie dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący wykazał, że Unizeto nie posiada oddziału, ani przedstawicielstwa w Kielcach, ani jego podwykonawcy. Przy czym gdyby nawet posiadali pracowników w Kielcach to i tak zaoferowany czas naprawy nie jest realny.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto, pomimo iż oferta tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez Unizeto spełnia dyspozycje przepisów art. 15 ust. 1 pkt 5 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 UZNK, poprzez bezprawne wymuszanie wyboru Unizeto dzięki przedstawieniu oferty, w której różnica w oferowanym pomiędzy Unizeto a ComArch czasie realizacji obowiązków z tytułu gwarancji jest aż 20 – krotna (dla czasu reakcji) i aż 68 – krotna (dla czasu naprawy), przy jednoczesnej różnicy w cenie jedynie o około 10 %. Zdaniem Odwołującego ComArch tak znaczące różnice

w czasie reakcji i w czasie naprawy w porównaniu z nieznaczną różnicą ceny za oferowane dostawy i usługi wskazuje na nieuczciwą konkurencję ze strony Unizeto i w konsekwencji utrudnianie dostępu pozostałym wykonawcom do uzyskania zamówienia. Odwołujący przywołał szereg orzeczeń zespołów arbitrów i poglądów doktryny określających przestanki wystąpienia i kwalifikowania czynów jako nieuczciwej konkurencji. Według oceny ComArch, Unizeto składając ofertę spełniło warunki zakwalifikowania do czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ działanie podjęte w ramach działalności gospodarczej i działanie to narusza zarówno normy prawne, jak i normy obyczajowe. Przedmiotowy czyn Wykonawcy przeczy rzetelnemu i niezafałszowanemu współzawodnictwu, a to przez nierealność złożonego zobowiązania, zarówno z punktu widzenia zasad doświadczenia życiowego oraz relacji do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Ewidentna różnica pomiędzy ofertą złożoną przez Unizeto, a pozostałych wykonawców świadczy, że miała ona na celu wyłącznie uzyskanie maksymalnej w tych dwóch kryteriach oceny ofert punktów, a nie może to być dowód na wyższą sprawność techniczną i serwisową Wykonawcy Unizeto.

Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 387 § 1 k.c. Poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unizeto, pomimo że oferta jest nieważna, w związku z tym, że stanowi zobowiązanie o świadczenie niemożliwe. Oferowane przez Unizeto niemożliwe do zrealizowania zobowiązanie z tytułu świadczenia usług serwisowych na podstawie udzielonej gwarancji mają charakter obiektywny, co oznacza, że danego świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko zobowiązany, ale w ogóle nikt inny. Nierealne jest również wykonanie

10

zamówienia ze względów ekonomicznych, ponieważ Unizeto zaproponował najniższą cenę, przy jednoczesnych ograniczeniach potencjału ludzkiego i technicznego (brak oddziału w Kielcach).

Pismem z dn. 22.11.2007r. Unizeto przystąpiło do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie żądań protestu ComArch w całości.

Co do czasu reakcji przedstawiono między innymi następujące wyjaśnienia. Pomimo, iż Unizeto nie posiada oddziału w Kielcach to jako profesjonalny Wykonawca, realizujący od szeregu lat zamówienia na terenie całego kraju, tworząc ofertę ujęło w kalkulacji cenowej koszty związane z wykonaniem usługi zgodnie z zaoferowanym czasem reakcji, uwzględniając również konieczność wykonania usługi w Kielcach.

Co do czasu naprawy przedstawiono między innymi następujące wyjaśnienia. Powoływana przez ComArch konieczność wykonania instalacji testowej nie ma jakiegokolwiek związku z wykonywaniem napraw systemu, ponieważ jakakolwiek naprawa systemu nie jest zmianą w oprogramowaniu. W punkcie VII Zał. Nr 1 do siwz "wdrożenie, licencje i opieka serwisowa" Zamawiający zastrzegł, że wszelkie zmiany w oprogramowaniu muszą być uprzednio przetestowane przed wprowadzeniem do wersji produkcyjnej, to jest do wersji aktualnie działającej, czyli uprzednio przetestowanej. Przy czym system podlega podwójnym testom, to jest na etapie produkcyjnym oprogramowania oraz w trakcie wdrożenia, celem uniknięcia błędów powodujących awarie. W związku z tym naprawa awarii krytycznej nie wiąże się ze zmianami w oprogramowaniu. Poza tym, wbrew twierdzeniu Protestującego ComArch nie wchodzi w zakres naprawy krytycznej elementy, które nie podlegają dostawie w ramach przedmiotowego postępowania, co zostało uregulowane w pkt VII Zał. Nr 1 do siwz.

Z kolei zastosowanie oprogramowania firm trzecich w ofercie Unizeto jest to oprogramowanie do wykonania kopii zapasowych, które nie może spowodować wystąpienia awarii krytycznej systemu, ponieważ nie ma ono wpływu na świadczenie usług dla użytkowników zewnętrznych umożliwiających złożenie formularza elektronicznego do urzędu.

Zamawiający w punkcie VI Zał. Nr 1 do siwz "Architektura systemu" zdefiniował swoje wymagania co do koniecznych do zastosowania elementów niezawodnościowych systemu. Zarówno w lokalizacji centralnej jak i zapasowej zlokalizowane są serwery systemu formularzy elektronicznych "e-formularze" skonfigurowane w klastrze niezawodnościowy (po dwa serwery ze zdublowanymi instalacjami na lokalizację). Czyli architektura systemu

softwarowe, umożliwiające automatyczne lub nieautomatyczne sterowanie ciągłością świadczonych usług.

Z uwagi na zakładaną architekturę systemu i posiadane już przez Zamawiającego zaawansowane oprogramowanie do zarządzania infrastrukturą wykonanie wymuszonych przełączeń aktywnych serwerów systemu formularzy elektronicznych jest możliwe w zadeklarowanym w ofercie Unizeto czasie.

Z tych względów, zdaniem Przystępującego do protestu Unizeto, uzasadnienie prawne nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie, ponieważ dotyczy stanów faktycznych nie występujących w związku ze złożoną ofertą przez Unizeto.

Zdaniem Unizeto oferowane rozwiązanie informatyczne ma charakter na tyle niepowtarzalny, że nie można go porównywać z innymi zamówieniami, tym bardziej nie informatycznymi. Zakres przedmiotowego postępowania wiąże się z opracowaniem przez każdego wykonawcę swojej własnej metodologii realizacji usług. Posiadane indywidualne kwalifikacje i doświadczenia poszczególnych wykonawców mają decydujące znaczenie w momencie projektowania, przygotowania i realizacji zaawansowanego technologicznie rozwiązania, jakie obejmuje przedmiotowe zamówienie.

Przystępujący oświadcza, że ma ugruntowaną markę na rynku w zakresie rozwiązań informatycznych. Zatrudnia i współpracuje ze specjalistami o najwyższych umiejętnościach, pozwalających na wytwarzanie, wdrażanie i integrowanie systemów informatycznych o najwyższym standardzie jakościowym. Co przekłada się na gwarantowanie systemu, który zapewnia wysoki stopień bezawaryjności oraz gwarantuje zastosowanie takich narzędzi, które pozwalają na bardzo szybki i niezawodny sposób usuwania awarii krytycznych, w zakresie jaki Zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystępujący w złożonej ofercie dotrzymał wszystkich wymogów siwz, w tym dotyczących zaplecza technicznego, finansowego oraz potencjału ludzkiego, dając gwarancję realizacji zamówienia na warunkach określonych w ofercie.

Zdaniem Unizeto Protestujący ComArch nie wykazał naruszenia norm prawnych wskazanych w jego proteście, a na nim spoczywa obowiązek wykazania ich naruszenia.

Pismem z dn. 26.11.2007r. Zamawiający częściowo oddalił, a częściowo uwzględnił odwołanie.

Uwzględnienie odwołania dotyczyło jedynie zastrzeżeń dotyczących obliczeń oceny punktowej ofert, co w końcowym efekcie nie wpłynęło na to, że nadal oferta Unizeto jest ofertą najkorzystniejszą.

W pozostałym zakresie Zamawiający oddalił protest, przede wszystkim z uwagi na to, że jego zdaniem Protestujący nie udowodnił naruszeń przepisów wskazanych w proteście, a jego zarzuty pod adresem oferty Unizeto mają charakter jedynie hipotetyczny. Poza tym

argumentując swoje zarzuty ComArch w sposób niezgodny z zapisami siwz wywodzi obowiązki wynikające dla wykonawców przy realizacji zamówienia czy to przy spełnieniu warunków czasu reakcji na zgłoszoną awarię, czy to warunków czasu naprawy awarii krytycznej systemu. Zamawiający wskazał w siwz jedynie maksymalne wymagania co do czasu reakcji na zgłoszoną awarię, czy to do czasu naprawy awarii krytycznej, będąc zainteresowanym ciągłością funkcjonowania zamówionego systemu formularzy elektronicznych. Ponadto badając ofertę Unizeto nie stwierdził naruszeń norm prawa wskazanych przez ComArch. Nawet gdyby w trakcie realizacji zamówienia wystąpiły przekroczenia standardu usuwania awarii systemu to na tę okoliczność przewidziane są kary umowne za przekroczenia, a świadczenie Unizeto przez to nie staje się niemożliwe, na co powołuje się w swym proteście ComArch.

Pismem z dn. 30.11.2007. ComArch wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie w jakim nie zostały uwzględnione żądania protestu.

Pismem z dnia 31.12.2007r. do postępowania odwoławczego przystąpiło Unizeto po stronie Zamawiającego .

Skład orzekający Izby oddalając odwołania zarówno Unizeto jak i ComArch ustalił i zważył, co następuje.

W zakresie odwołania Unizeto co do jego żądania odrzucenia oferty ComArch nie uwzględniono odwołania, ponieważ nie stwierdzono by po stronie Odwołującego zachodził interes prawny w zaskarżeniu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty ComArch, ponieważ oferta ComArch nie została zakwalifikowana jako oferta najkorzystniejsza. Najkorzystniejszą ofertą została wybrana oferta Odwołującego Unizeto, więc nie zachodzi przesłanka ustawowa uprawniająca wykonawcę do zaskarżenia w tym wypadku zaniechania czynności odrzucenia oferty ComArch sklasyfikowanej w rankingu ofert na drugiej pozycji. Natomiast nie może być przesłanką do wnoszenia skutecznego prawnie środka ochrony prawnej (protestu i odwołania) interes ogólny, jak podaje Odwołujący w proteście i w odwołaniu, a sprowadzający się do prawa wykonawcy zaskarżania każdej czynności lub braku tej czynności w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy formułują to prawo dla wykonawcy tylko na okoliczność gdy naruszenie prawa przez zamawiającego uniemożliwia uzyskanie wykonawcy zamówienia. W sytuacji wykonawcy wybranego czyli sklasyfikowanego na pierwszej pozycji w rankingu ofert nie zachodzi taka przesłanka prawna. Nie może wybrany wykonawca żądać wykluczenia lub

13

odrzucenia ofert innych wykonawców, którzy zajęli niższe pozycje przy ocenie ofert, ponieważ nawet w przypadku zaniechań zamawiającego co do obowiązku wykluczenia czy odrzucenia ich ofert, to działanie bądź zaniechanie zamawiającego, nie utrudnia wybranemu wykonawcy uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Reasumując interes prawny wykonawcy w zaskarżaniu decyzji zamawiającego bądź braku tych decyzji zamawiającego ograniczony jest do uszczerbku w interesie poszczególnego wykonawcy, a nie w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy. Interes prawny Unizeto również nie powstaje w sytuacji gdy jego wybór zostaje oprotestowany przez innego wykonawcę sklasyfikowanego niżej niż jego oferta. Prawa w tym wypadku Unizeto sprowadzają się do instytucji przystąpienia po stronie Zamawiającego, co zresztą Unizeto uczyniło uczestnicząc w postępowaniu protestacyjnym, jak i odwoławczym.

Do takich wniosków zobowiązuje brzmienie art. 179 ustawy zgodnie z którym środki ochrony prawnej (protest, odwołanie, skarga do sądu) przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku to jest o nie uwzględnieniu odwołania Unizeto, bowiem Unizeto nie wykazał interesu prawnego w złożeniu odwołania.

W zakresie nieuwzględnienia odwołania ComArch, skład orzekający Izby uwzględnił następujące okoliczności faktyczne i prawne w sprawie.

Wszystkie zarzuty, na które powołuje się w proteście i w odwołaniu ComArch, a także przedstawione na rozprawie zostały odparte zarówno przez Zamawiającego jak Przystępującego po jego stronie Unizeto poprzez po pierwsze ich nie uznanie, a po drugie przez ich zaprzeczenie ze stosowną na ich odparcie argumentację faktyczną i prawną zawartą w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego Unizeto, rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego, a następnie podtrzymaną w postępowaniu odwoławczym zarówno przez Zamawiającego jak i Unizeto.

Zasadnicze elementy argumentacji faktycznej i prawnej ComArch i Zamawiającego oraz Unizeto przedstawiono w części wstępnej niniejszego uzasadnienia wyroku.

W myśl obowiązującej reguły kontrydiktoryjności (sporności) postępowania przed Izbą oraz obowiązującej ją reguły art. 6 kodeksu cywilnego zobowiązującego wywodzącego (ComArch) z przedstawianych faktów określone skutki prawne (wykluczenia, odrzucenia oferty Unizeto) do udowodnienia tych faktów, z których wywodzi te skutki prawne.

Podstawową okolicznością do nieuwzględnienia zarzutów podnoszonych przez Odwołującego ComArch jest to, że istotna dla rozstrzygnięcia sporu kwestia realności czasu reakcji na zgłoszoną awarię oraz czasu naprawy awarii krytycznej jest skutecznie prawnie

utajnioną częścią oferty Unizeto, a dotyczącą sposobu realizacji zamówienia oraz osób uczestniczących przy jego realizacji.

W przedmiotowym postępowaniu odwołanie ComArch co do bezprawności utajnienia oferty Unizeto zostało odrzucone, z powodu niedotrzymania terminu do wniesienia protestu na utajnienie części oferty.

W tym stanie faktycznym i prawnym argumentacja ComArch co do nierealności oferty Unizeto w zakresie czasu reakcji na awarię i czasu naprawy awarii krytycznej faktycznie jest hipotetyczna, ponieważ przy tak specjalistycznych usługach nie można opierać się na tzw. doświadczeniu życiowym, nie znając rozwiązań zaproponowanych w ofercie przez Unizeto. Z powyższych względów Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła argumentację obydwu stron, która jest w zasadniczych kwestiach sporna i przyjęła w poczet dowodów złożone następujące dokumenty przez Przystępującego Unizeto:

1. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określający w rys. Nr 5 rozmieszczenie komponentów systemu na serwerach fizycznych w lokalizacji centralnej i zapasowej, gdzie w celu podniesienia niezawodności rozwiązania, każdy z elementów systemu występujący bezpośrednio w procesie obsługi żądań użytkownika musi zostać wyposażony w analogiczny element przejmujący obsługiwane zadań w przypadku awarii pierwszego. Elementy takie muszą zostać połączone w klastry.
2. Wyciąg z oferty Unizeto przedstawiający architekturę niezawodnościową wraz z czterema scenariuszami awarii, gdzie tylko w jednym z wariantów występuje awaria krytyczna. Mechanizm automatycznego przełączania aktywnego serwera w razie awarii, gwarantujący ciągłość pracy aplikacji. Przy czym awaria krytyczna może wystąpić w przypadku awarii mechanizmu automatycznego przełączania aktywnego elementu klastra. Wówczas usunięcie będzie polegało na przełączeniu ręcznym.
3. List referencyjny wystawiony w dniu 02.01.2008r. przez Prezesa ZUS potwierdzający, że Unizeto wykonała i wdrożyła system elektroniczny Urząd Podawczy. System obejmuje terytorium całego kraju. Rozwiązanie autorstwa Unizeto umożliwia klientom ZUS przekazywanie dokumentów drogą elektroniczną przy użyciu formularzy elektronicznych z użyciem bezpiecznego podpisu elektronicznego. Od momentu wdrożenia to jest od II kwartału 2007r. System charakteryzuje się bezawaryjnością. Brak awarii krytycznej jak i niekrytycznej zapewnił ciągłość dostępności rozwiązania dla klientów ZUS.
4. List referencyjny z dn. 28.12.2007r. Wystawiony przez KRUS Centrala w Warszawie potwierdzający, że Unizeto wykonała, wdrożyła i serwisuje następujące systemy: CMAD- Centralny Moduł Agregacji Danych – System został oddany do użytku w grudniu 2003r., korzysta z niego ponad 270 jednostek KRUS. System charakteryzuje się wysoką niezawodnością – w trakcie jego eksploatacji od dnia

oddania do użytku nie wystąpiła przerwa w jego funkcjonowaniu, KRUS Snał – System Składowo – Świadczeniowy obsługujący ponad 270 jednostek terytorialnych KRUS. System charakteryzuje się wysoką niezawodnością i bezawaryjnością w całym okresie użytkowania przez KRUS, tj. od 2001 roku

oraz dowód przedłożony przez Odwołującego ComArch - Opinia Izby Rzecznawców Ocena czasu reakcji i czasu naprawy błędu autorstwa dr Andrzeja Niemca z dn. 27.12.2007r. Wnioski końcowe to stwierdzenie, że oferowany przez Unizeto czas reakcji równy 0,2 godziny (12 minut) jest teoretycznie do zrealizowania, ale wyłącznie w bardzo korzystnych warunkach, których nie można stale się spodziewać. Przy uwzględnieniu warunków zwykłych, typowych, powtarzalnych – czas ten biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe – jest wręcz niemożliwy do dochowania. Uwzględniając doświadczenie, przyjęte procedury działania, stopień skomplikowania systemu wytyczne norm, oraz postanowienia siwz, gwarantowane czasy naprawy awarii krytycznej muszą być znacznie dłuższe niż 21 minut (realnie 9 minut).

Uwzględniając okoliczność, że rzeczoznawca dr. Andrzej Niemiec wydał opinię bez wglądu w część utajnioną oferty Unizeto, a obejmującą rozwiązania systemu oraz osoby

przewidziane do realizacji, to opinia tak jak i stanowisko ComArch ma wartość teoretyczną, hipotetyczną, a nie praktyczną. W związku z tym nie stanowi dowodu na twierdzenie zawarte w odwołaniu ComArch. Tym samym ComArch nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 387 § 1 Kc.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3600 zł.

16

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego
w

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

17