

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26.08.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Komitetu Integracji Europejskiej, 00 – 580 Warszawa, Al. Szucha 23** protestu z dnia **23. 07. 2008 r.**

przy udziale **Konsorcjum: S&T Services Polska Sp. z o.o. TIMSI Sp. z o.o., 01-171 Warszawa, ul. Młynarska 48** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 . oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ComArch S.A., 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx , stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Komitetu Integracji Europejskiej z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie i wdrożenie systemu Bazy Danych Wspólnotowych Aktów Prawnych”. W dniu 21.03.2008r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2008/S 57-077163 zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu. W tym też dniu Zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej.

W dniu 16 lipca 2008r. wykonawca ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie otrzymał od Zamawiającego pismo zawiadamiające o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, złożonej przez Konsorcjum firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. w Warszawie i TIMSI Sp. z o.o. w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum S&T). Oferta ComArch S.A. uzyskała drugą pozycję, a na trzeciej pozycji została sklasyfikowana oferta firmy Rodan Systems S.A.

W dniu 23 lipca 2008r. Odwołujący ComArch S.A. wniósł protest na czynność oceny i wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum S&T oraz na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S&T.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), (zwanej dalej Pzp), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum S&T pomimo, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie oceny ofert w oparciu o kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości przez okres 12 miesięcy, co nie jest elementem przedmiotu zamówienia i nie jest objęte ceną oferty, a ponadto co doprowadziło do wyboru oferty całościowo droższej.

Odwołujący wniósł w proteście o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum S&T na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp
4. wybór oferty złożonej przez ComArch S.A. jako najkorzystniejszej,
5. a także o unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez ComArch S.A. jest ofertą z najniższą ceną. Oferta Konsorcjum S&T została wybrana jedynie dzięki

3

dotadowemu kryterium oceny ofert w postaci kosztów utrzymania systemu przez okres 12 miesięcy w przyszłości. W dłuższym okresie niż 12 miesięcy koszty utrzymania systemu według oferty Konsorcjum S&T mogą być wyższe. W efekcie Zamawiający wybrał ofertę, w której po zsumowaniu ceny oferty i kosztów utrzymania w okresie 12 miesięcy koszt ogółem jest wyższy niż koszt ogółem wskazany w ofercie Odwołującego.

Odwołujący wskazał także, że oferta złożona przez Konsorcjum S&T nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ponieważ:

- a) W ofercie nie podano kosztów wsparcia dla oprogramowania MySQL backup, na co wskazuje porównanie treści tabel z wyszczególnionym oprogramowaniem w pkt 22 i 23 oferty oraz w pkt 24 i 25 oferty. Jak wynika z pkt 22 i 23 oferty Konsorcjum S&T oprogramowanie MySQL backup jest elementem składowym oferowanego oprogramowania.
- b) W ofercie nie wskazano kosztu utrzymania ciągłości działania systemu, natomiast wskazano jedynie koszty utrzymania systemu, zaznaczając, że chodzi o aplikacje oraz oprogramowanie standardowe i definiując ten koszt jako „koszty wsparcia – pomoc świadczoną telefonicznie elektronicznie lub faksem w rozwiązywaniu problemów w użytkowaniu i wdrażaniu aplikacji, pomoc przy problemach łatwych i trudnych do odtworzenia, pomoc przy problemach konfiguracyjnych, wizyty serwisowe oraz koszty odnawiania licencji”, co nie obejmuje jednak kosztów „zaplanowania i zapewnienia prawidłowego działania systemu – w jego obszarach krytycznych – na wypadek awarii, w tym koszt przywrócenia w jak najkrótszym czasie systemu do normalnej aktywności.”
- c) Konsorcjum S&T zaoferowało bazę danych MySQL Enterprise 5.0 nie wspierającą standardu SQL, co jest niezgodne z wymaganiem określonym przez Zamawiającego w pkt VII.5 Zał. Nr 1 do siwz aby zaoferowany system wykorzystywał otwarte standardy np. SQL, XML, HTTP, FTP i Java”.
- d) Konsorcjum S&T zaoferowało bazę danych MySQL Enterprise 5.0 nie zapewniającą wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności szyfrowania danych – nie umożliwia szyfrowania danych na poziomie repozytoriów danych, co jest niezgodne z zał. Nr 1 do siwz w pkt IV.1.4.
- e) Konsorcjum S&T zaoferowało (pkt 22 i 23 oferty) oprogramowanie JBOSS ENTERPRISE PORTAL PLATFORM 2.6.x, które nie jest przeznaczone do działania w systemie operacyjnym AIX, co było wymagane przez Zamawiającego w pkt I.4 zał. Nr 1 do siwz. Producent tego oprogramowania firma Red Hat wymienia na stronie internetowej systemy operacyjne, na które jego oprogramowanie jest certyfikowane i kompatybilne, nie wymieniając w tym systemu

Odwolujący wnosząc o unieważnienie postępowania podniósł w proteście, że Zamawiający dokonał oceny ofert min. w oparciu o kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości przez okres 12 miesięcy – co nie jest elementem przedmiotu tego zamówienia i nie jest objęte ceną oferty, a ponadto doprowadziło to do wyboru jako najkorzystniejszej oferty całościowo droższej. Wykonywanie przez okres 12 miesięcy usługi utrzymania ciągłości działania systemu, serwisowania, jak i wykonanie odnowienia licencji nie jest objęte przedmiotowym zamówieniem, wymaga zawarcia przez Zamawiającego odrębnej umowy w przyszłości. Odwołujący podkreślił także, że kryteria oceny ofert, w tym kryterium ceny, mogą dotyczyć tylko i wyłącznie konkretnego przedmiotu zamówienia, określonego następnie w danej umowie o zamówienie publiczne zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Cena za przedmiot zamówienia - odrębnej przyszłej umowy nie może być oceniana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 25 lipca 2008r. wykonawca Rodan Systems S.A. a w dniu 28 lipca 2008 r. Konsorcjum S&T zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 1 sierpnia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie w zakresie oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum S&T, oraz odrzucił protest w części dotyczącej treści ogłoszenia i siwz jako wniesiony po terminie. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu rozstrzygnięcia, że dopuścił w siwz wykonanie i wdrożenie systemu Bazy Danych w oparciu o oprogramowanie autorskie wykonawców. W ocenie Zamawiającego rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum S&T opiera się w zasadniczej mierze na oprogramowaniu klasy open-source i częściowo na rozwiązaniach autorskich, które są tańsze jeśli chodzi o wykonawstwo, a także koszty eksploatacji i utrzymania. Zamawiający stwierdził, że opisując koszty utrzymania jako, w szczególności, koszt utrzymania ciągłości działania systemu, serwisowania, wsparcie techniczne, licencje oprogramowania, nie wymagał rozbicia kosztów utrzymania na poszczególne elementy. Zamawiający stwierdził, że oferta złożona przez Konsorcjum S&T spełnia wymagania określone w siwz. Bezpośrednie koszty utrzymania MySQL backup zostały ujęte przez Konsorcjum S&T w ramach pozycji „Wsparcie dla aplikacji Baza Danych Wspólnotowych”, a ponadto rozwiązanie to jest realizowane w oparciu o oprogramowanie NetBackup Enterprise Client, którego koszty utrzymania zostały określone. Koszty utrzymania ciągłości działania systemu zostały zawarte w kosztach wsparcia wymienionych w punktach 24 i 25 oferty i wycenione zgodnie z siwz. Zamawiający stwierdził także, że zaoferowane rozwiązanie - baza MySQL spełnia wymaganie NFR10 dla migracji danych i wsparcia SQL, ponieważ jest relacyjnym bazodanowym systemem,

w którym wykorzystuje się język SQL oraz można ją uruchomić w trybie zgodności z ANSI-SQL. Baza danych MySQL posiada możliwość szyfrowania danych przechowywanych w kolumnach, a funkcjonalność ta jest wykonywana przez mechanizmy baz danych, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Dodatkowo oprogramowanie JBOSS ENTERPRISE PORTAL PLATFORM, działa i jest wspierane dla systemu UNIX, dla którego dostępna jest dedykowana wirtualna maszyna Javy, co potwierdza, iż oprogramowanie JBOSS uruchamiane w odpowiedniej konfiguracji tj. wersji wirtualnej maszyny, na systemie AIX jest wspierane.

W zakresie zarzutu dotyczącego sposobu sformułowania kryterium oceny ofert Zamawiający stwierdził, że protest został wniesiony po terminie, który upłynął w czternastym dniu po opublikowaniu ogłoszenia i specyfikacji, a ponadto podkreślił, że zwłaszcza przy dostawach sprzętu uzasadnionym i istotnym kryterium przedmiotowym oceny ofert są koszty eksploatacji oraz warunki serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego. Kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości rozumiane przez zamawiającego i tak też wyjaśniane w toku postępowania w trybie art. 38 ust. 1 Pzp, jako koszty eksploatacji i serwisu, jest samodzielnym kryterium i nie miało być objęte ceną oferty.

W dniu 6 sierpnia 2008r. wykonawca ComArch S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i argumentację zawartą w proteście. Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum S&T jako najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty Konsorcjum S&T, a także o wzięcie pod uwagę przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania tj. naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.7 ust. 1 i art. 91 ust. 2 Pzp.

W dniu 25 sierpnia 2008r. Konsorcjum S&T oraz Rodan Systems S.A. zgłosiły przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystąpienie Rodan System S.A. nie było skuteczne z uwagi na brak posiadania przez tego wykonawcę interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

6

Rozpoznając odwołanie Izba stwierdziła, że Odwołujący ComArch S.A. posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby, Odwołujący wykazał w odwołaniu, iż złożona przez niego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, która została wyżej oceniona przez Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego.

Izba uznała za niezasadny zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum S&T, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie potwierdziły się w toku postępowania okoliczności podnoszone przez Odwołującego, które mogłyby skutkować uznaniem oferty złożonej przez Konsorcjum S&T za nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby nie jest uzasadnione twierdzenie Odwołującego, iż Konsorcjum S&T nie uwzględniło w ofercie (pkt 24 i 25 oferty) kosztów wsparcia dla oprogramowania MySQL backup, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji. Izba stwierdziła, że w pkt X.7 lit. e i f siwz Zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentu obejmującego koszty utrzymania w przyszłości software/aplikacja odpowiadających oprogramowaniu zaproponowanemu do wdrożenia dla rozwiązania spełniającego wszystkie funkcjonalne i нефункционалне wymagania systemu Bazy Danych w wersji podstawowej systemu Bazy Danych Wspólnotowych Aktów Prawnych przez okres 12 miesięcy oraz dokumentu j.w. dla rozwiązania w wersji ostatecznej systemu. Zamawiający wskazał przy tym, że przez koszty utrzymania Zamawiający rozumie w szczególności koszt utrzymania ciągłości działania systemu, serwisowanie, wsparcie techniczne, licencje oprogramowania. Konsorcjum S&T w pkt. 22 i 23 oferty wyszczególniło jako jedną z pozycji kosztów wykonania i wdrożenia systemu Bazy Danych Wspólnotowych Aktów Prawnych w wersji podstawowej i ostatecznej, w wierszu nr 3 tabeli, oprogramowanie MySQL backup. Odpowiednio w tabeli kosztów utrzymania systemu (pkt 24 i 25 oferty) oprogramowanie to, jak i koszty jego wsparcia nie zostały wyszczególnione. W ocenie Izby, na uwzględnienie zasługuje wyjaśnienie przez Przystępującego, iż koszty powyższe zostały zawarte w pozycji nr 4 tabeli w pkt 24 i 25 oferty „Wsparcie dla aplikacji Baza Danych Wspólnotowych Aktów Prawnych” zważywszy, że ww. oprogramowanie wykonawca zaproponował jako własne rozwiązanie autorskie. Pozostałe pozycje tabeli dotyczą oprogramowania i kosztów wsparcia innych producentów. Jednocześnie Izba nie uznała za udowodniony przez Odwołującego fakt, że MySQL backup jest autorskim oprogramowaniem wyłącznie firmy ALBECO Systemy

7

Komputerowe s.c. oraz, że nie jest możliwe, wobec tego, opracowanie przez inną firmę

oprogramowania backup dla MySQL opatrzonego tą samą nazwą. Firma ALBECO w piśmie z dnia 22 sierpnia 2008 r. oświadczyła „posiadamy w naszej ofercie oprogramowanie MySQL backup, będące naszym autorskim oprogramowaniem”. Brak jest podstaw do wywodzenia z treści powyższego oświadczenia, iż nie jest możliwe opracowanie takiego oprogramowania przez inną firmę. Rozpoznając powyższy zarzut, Izba wzięła pod uwagę jako istotną okoliczność, że Zamawiający w siwz nie wymagał podania kosztów utrzymania systemu w rozbiciu na poszczególne składniki tych kosztów, wskazując wyłącznie w jaki sposób koszty powyższe są „rozumiane” przez Zamawiającego.

Niezasadny jest zarzut Odwołującego, że brak jest w ofercie Przystępującego w dokumentach „koszty utrzymania” (pkt 24 i 25 oferty) wskazania kosztu utrzymania ciągłości działania systemu. Wykonawca wskazał koszty utrzymania systemu, zaznaczając, że chodzi o aplikacje oraz oprogramowanie standardowe i definiując ten koszt jako „koszty wsparcia – pomoc świadczoną telefonicznie elektronicznie lub faksem w rozwiązywaniu problemów w użytkowaniu i wdrażaniu aplikacji, pomoc przy problemach łatwych i trudnych do odtworzenia, pomoc przy problemach konfiguracyjnych, wizyty serwisowe oraz koszty odnawiania licencji, zgodnie z odpowiedziami na pytania do siwz. Poszczególne poziomy wsparcia odpowiadają warunkom wsparcia dla aplikacji opisanym w rozdziale XVI Załącznika 1 do siwz.” Zważywszy, że poziomy wsparcia opisane w powyższym rozdziale siwz obejmują m.in. „krytyczny błąd uniemożliwiający pracę aplikacji.” (błąd kategorii A) należało uznać, że wskazane koszty utrzymania systemu określone przez wykonawcę jako koszty wsparcia obejmują koszty zapewnienia, a zatem i wcześniejszego zaplanowania, prawidłowego działania systemu w obszarach krytycznych, w tym koszt przywrócenia w jak najkrótszym czasie systemu do normalnej aktywności, a tym samym koszty utrzymania ciągłości działania systemu, których „wskazania” Zamawiający nie wymagał w siwz.

Nie potwierdziły się także zarzuty, iż Konsorcjum S&T zaoferowało bazę danych MySQL Enterprise 5.0 nie wspierającą standardu SQL oraz nie zapewniającą wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności szyfrowania danych.

W pkt VII.5 Zał. Nr 1 do siwz Zamawiający określił wymaganie, aby zaoferowany system wykorzystywał „otwarte standardy np. SQL, XML, HTTP, FTP i Java”. Natomiast w Załączniku 1 do siwz w pkt IV.1.4 „Wymagania bezpieczeństwa”, identyfikator NFR 10, Zamawiający wymagał, aby system umożliwiał „szyfrowanie danych na poziomie repozytoriów danych”. Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie nr 8 (pismo z dnia 10 kwietnia 2008 r.) Zamawiający wyjaśnił, że oznacza to szyfrowanie „realizowane przez mechanizmy bazy danych”.

Oceniając treść dokumentu przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie – odpowiedzi na pytania ComArch S.A. udzielone przez przedstawiciela producenta oprogramowania firmę SUN MICROSYSTEMS POLAND Sp. z o.o., Izba stwierdziła, że odpowiedź na pytanie 1 wskazuje literalnie, iż uzyskuje się zgodność bazy MySQL ze standardem SQL lecz „bez zapewnienia szybkości pracy i jakości danych”, natomiast odpowiedź na pytanie 2 potwierdza, że baza MySQL posiada funkcjonalność szyfrowania danych mechanizmami bazy danych. Potwierdził tę okoliczność również sam Odwołujący w treści pytania 2 stwierdzając na wstępie, że „Baza danych posiada wbudowane mechanizmy szyfrowania danych.” Wobec nieokreślenia przez Zamawiającego w siwz szczegółowych właściwości i parametrów dotyczących określonych powyżej funkcjonalności brak jest możliwości do uznania, że baza danych zaoferowana przez Konsorcjum S&T nie spełnia wymagań siwz w zakresie posiadania określonych funkcjonalności. W świetle zapisów siwz Zamawiający nie posiada możliwości weryfikowania zaoferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w oparciu o wymagania dodatkowe, nieokreślone w specyfikacji.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum S&T zaoferowało (pkt 22 i 23 oferty) oprogramowanie JBOSS ENTERPRISE PORTAL PLATFORM 2.6.x, które nie działa w systemie operacyjnym AIX, co było wymagane przez Zamawiającego w pkt I.4 Załącznika 1 do siwz. Izba uznała, że przywołane przez Odwołującego fragmenty z treści zawartych na stronach internetowych nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Natomiast z treści pisma firmy Red Hat do ComArch S.A. z dnia 25 sierpnia 2008 r. wynika, iż „oprogramowanie

JBOSS Enterprise Portal Platform 2.6.x jest napisane w języku Java, w związku z czym może współpracować z większością systemów operacyjnych obsługujących technologię Java Virtual Machine (JVM) łącznie z systemem operacyjnym Windows, UNIX oraz Linux.” Powyższe stwierdzenie pozostaje w zgodzie z wyjaśnieniem przez Przystępującego, że system AIX jako członek rodziny UNIX jest wspierany. Okoliczność, iż AIX stanowi rodzinę, system klasy UNIX, została potwierdzona także przez Odwołującego w treści pytania 1, skierowanego pocztą elektroniczną do firmy Red Hat (wydruk z poczty elektronicznej przedłożony do akt sprawy przez Odwołującego). W powyższych okolicznościach zarzut nie został uwzględniony.

Ponadto Izba nie stwierdziła okoliczności skutkujących unieważnieniem przedmiotowego postępowania z urzędu na podstawie art. 191 ust. 3 zdania 2 Pzp.

W odniesieniu do wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu argumentów skutkujących zdaniem Odwołującego koniecznością unieważnienia postępowania,

9

dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 2 Pzp, polegającego na tym, że decydująca o kolejności ofert okazała się ocena przez Zamawiającego ofert według kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości przez okres 12 miesięcy, co nie jest elementem przedmiotu zamówienia i nie jest objęte ceną oferty, a ponadto doprowadziło do wyboru oferty „całościowo droższej” Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Jednocześnie KIO wskazuje, że przepis art. 191 ust. 3 Pzp nie daje podstaw do dokonywania przez Izbę z urzędu kontroli prawidłowości postępowania na wniosek strony odwołującej się, zawarty w odwołaniu jako ewentualny, czy też „z ostrożności procesowej”. Przepis powyższy znajduje zastosowanie jedynie w sytuacjach wyjątkowych, gdy przesłanki skutkujące nieważnością umowy o zamówienie wiążą się z zarzutami zawartymi w proteście i odwołaniu lub mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert zgodnie z ustalonymi i określonymi w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriami oceny ofert i zgodnie z określonym w ww. dokumentach sposobem oceny ofert, w tym m.in. kryterium kosztów utrzymania systemu w przyszłości przez okres 12 miesięcy o wadze 37%.

Izba ustaliła na podstawie treści siwz (pkt III siwz „opis przedmiotu zamówienia”, pkt X 7 lit. e i f siwz) oraz wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie, że kryterium kosztów utrzymania systemu w okresie 12 miesięcy w przyszłości jako kryterium kosztów eksploatacji odnosi się do przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, tzn jest z nim związane. Koszty utrzymania systemu, według wymagań Zamawiającego, odnoszą się do aplikacji i oprogramowania zaproponowanego przez wykonawcę do wdrożenia, a zatem do danego przedmiotu zamówienia. Ustalenie powyższego kryterium nie stanowi naruszenia art. 91 ust. 2 Pzp, który zawiera przykładowy lecz niewyczerpujący katalog kryteriów, w tym m.in. koszty eksploatacji. Zgodnie z treścią Dyrektywy 2004/18 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w art. 53 wskazane zostały także jako przykładowe kryteria: koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w konsekwencji swojego bogatego orzecznictwa sformułował fundamentalne zasady, które muszą być przestrzegane przy formułowaniu kryteriów oceny ofert, a wśród nich m.in. zasadę, że kryteria muszą być związane z przedmiotem zamówienia, podane do wiadomości wykonawców już na początku postępowania i nie mogą być zmieniane w jego trakcie, przesłanki wyboru muszą być obiektywne i mają gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielenia zamówienia i inne (vide: „Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999

10

do 2005 r.”. wyd. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006.) Zamawiający oświadczył, iż ustalił kryterium kosztów utrzymania w celu zapewnienia zakupu przedmiotu zamówienia,

którego koszty utrzymania w przyszłości będą możliwie niskie. W ocenie Izby, powyższe kryterium nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji. Kryterium zostało oparte na przesłankach obiektywnych. Podkreślenia wymaga także możliwość zweryfikowania przez Zamawiającego rzetelności kalkulacji kosztów. Jak wyjaśnił Zamawiający i Przystępujący, koszty wsparcia i serwisu producentów konkretnego oprogramowania są dostępne na rynku według ustalonych cenników. Podobnie jeśli chodzi o koszty odnowienia licencji. Istotną okolicznością, jeśli chodzi o możliwość weryfikacji podanych przez wykonawców kosztów utrzymania systemu, jest w ocenie Izby także fakt, że zakup systemu przez Zamawiającego jest dokonywany wraz z prawami autorskimi do aplikacji – w przypadku rozwiązań autorskich zastosowanych przez wykonawcę, a w związku z tym brak jest kosztów typu „odnowienie licencji” w przypadku rozwiązań autorskich. Podkreślenia wymaga także, że żaden z wykonawców uczestniczących w postępowaniu nie wniósł protestu na treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ustawowym terminie.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania oraz wobec nieuwzględnienia zarzutów wskazanych przez Odwołującego, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

11

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*

12