

Sygn. akt KIO/UZP 860/09

Sygn. akt KIO/UZP 925/09

WYROK
z dnia 22 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków

B. Accenture Sp. z o.o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa** protestów z dnia 10 i 15 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawców:

- **Accenture Sp. z o.o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych oznaczonych **sygn. akt: KIO/UZP 860/09** po stronie zamawiającego;
- **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego **sygn. akt: KIO/UZP 925/09** po stronie zamawiającego;

orzeka:

1.1 oddala odwołanie ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO/UZP 860/09)

1.2 uwzględnia odwołanie Accenture Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO/UZP 925/09) i nakazuje Zamawiającemu ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej

2. kosztami postępowania obciąża ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków i Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**
 - B** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Accenture Sp. z o.o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 887 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa** na rzecz **Accenture Sp. z o.o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zwrotu kwoty kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z wpisu uiszczonego przez Odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) na rzecz **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**

B kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Accenture Sp. z o.o., ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę systemu przetwarzania danych (SPD) dla jednostek organizacyjnych PSP”, którego dotyczą odwołania wniesione przez ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO/UZP 860/09) oraz Accenture Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO/UZP 925/09), zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 25 listopada 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 229 - 304707). Postępowanie to prowadzi Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej, zwany dalej: „Zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Przedmiotem złożonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań i poprzedzających ich protestów była czynność Zamawiającego oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej podjęta w wyniku wcześniejszego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 359/09). O czynności wyboru oferty ComArch S.A. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Accenture Sp. z o.o. z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający poinformował wykonawców w piśmie z dnia 5 czerwca 2009 r. (wpływ do wykonawców w tej samej dacie).

Zamawiający wskazał, że podstawą czynności odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. było nieudzielenie przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści oferty, skierowanych do niego przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z wyrokiem KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 359/09). W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 9 kwietnia 2009 r. (znak: BF-IV-2370/16-196/08) wykonawca ten udzielił odpowiedzi przesyłając pismo w dniu 14 kwietnia 2009 r. drogą faksową, a treść tego pisma – jak wskazał Zamawiający - była zgodna co do zasady z żądaniami Zamawiającego i odpowiadała sentencji przywołanego wyroku KIO. Z uwagi jednak na to, że w dniu następnym (15 kwietnia 2009 r.) wykonawca ten dostarczył do Zamawiającego oryginał pisma, które nie zawierało już treści objętej sentencją wyroku,

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia udzielone w dniu 14 kwietnia 2009 r. wyłącznie drogą faksową, niespełniające waloru pisemności, są nieważne. Wyjaśnił też, że na ponowne jego zapytanie (pismo wykonawcy z dnia 16 kwietnia 2009 r.; znak: BF-IV-2370/16-212/08/09) przesłał on odpowiedź, że wyjaśnienia dotyczące załącznika nr 3, zgodnie z wyrokiem KIO zostały zawarte w jego piśmie z dnia 14 kwietnia 2009 r. i w tym zakresie wykonawca nie dokonuje i nie zamierzał dokonywać jakichkolwiek zmian, modyfikacji, czy też uzupełnień. Z uwagi – w ocenie Zamawiającego – na nie do końca jasne stanowisko Accenture Sp. z o.o., a przede wszystkim ze względu na złożenie wskazanych wyjaśnień drogą faksową, Zamawiający odrzucił wskazaną ofertę i dokonał wyboru oferty firmy ComArch S.A.

Sygn. akt: KIO/UZP 860/09

Biorąc pod uwagę powyższe czynności Zamawiającego firma ComArch S.A. w piśmie z dnia 10 czerwca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) złożyła protest. ComArch S.A. wskazał na czynności i zaniechania objęte protestem, tj.:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w związku z niezgodnościami pomiędzy treścią tej oferty, a treścią SIWZ, innymi niż wskazane przez Zamawiającego, których nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z niezgodnościami pomiędzy tą ofertą, a ustawą Pzp;
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z faktem, iż oferta zawiera rażąco niską cenę,
- 4) zaniechanie odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w związku z faktem, iż zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

Wskazując na powyższe ComArch S.A. podniósł, iż Zamawiający tym samym naruszył następujące przepisy ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 7 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 4 poprzez dopuszczenie, aby w wyniku złożonych wyjaśnień została dokonana zmiana w treści oferty Accenture Sp. z o.o.

W związku z podniesionymi zarzutami ComAch S.A. w proteście wniósł o:

1. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
2. odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o.
3. wybór oferty ComArch S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu firma ComAch wskazała przede wszystkim na to, że pomimo podjętej przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Accenture Sp. z o.o. z powodu nie przedłożenia przez tę firmę wyjaśnień dotyczących załącznik nr 3 w wymaganej formie pisemnej, istniały również inne podstawy do odrzucenia tej oferty, których Zamawiający nie wymienił. Odnośnie tych podstaw ComArch S.A. podjął informację w związku z tym, że niezależnie od wyjaśnień treści oferty Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wystąpił do Accenture Sp. z o.o. o uzupełnienie dokumentu „Opis oferowanego systemu przetwarzania danych”. Przedmiotowy „Opis” został przez Accenture Sp. z o.o. zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, dlatego też – jak podniosła firma ComArch S.A. - mogła się ona zapoznać z nieprawidłowościami w ofercie Accenture Sp. z o.o. na podstawie treści „Opinii dotyczącej zgodności wybranych zapisów oferty firmy Accenture Sp. z o.o. z wymaganiami SIWZ” oraz „Opinii dotyczącej zgodności wyjaśnień udzielonych przez firmę Accenture Sp. z o.o. w odpowiedzi na pismo BF-IV-2370j16-289/08/09”, sporządzonych przez biegłego powołanego przez Zamawiającego. Z treści tych opinii jednoznacznie – jak podniósł ComArch S.A. - wynika, że oferta Accenture Sp. z o.o. nie spełnia wymagań SIWZ. Firma ComArch S.A. wskazała na następujące niezgodności oferty Accenture Sp. z o.o.:

I.1. Niezgodność Załącznika Nr 3 z SIWZ

ComArch S.A. zgodził się z argumentacją Zamawiającego, iż Accenture Sp. z o.o. nie udzieliła w sposób skuteczny wyjaśnień dotyczących treści Załącznika Nr 3, a tym samym nie uzupełniła braku, na który wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 kwietnia 2009 r. Jednakże z ostrożności procesowej ComArch S.A. odniósł się również do merytorycznej treści udzielonych wyjaśnień wskazując, że wyjaśnienia te dokonały niedopuszczalnej zmiany formularza ofertowego, a zatem zgodnie z brzmieniem przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia te powinny zostać pominięte. W przedmiotowych wyjaśnieniach Accenture Sp. z o.o. stwierdziła, iż kwota 1.171.200 złotych brutto obejmuje wyłącznie całkowity koszt doposażenia 16 Komend Wojewódzkich PSP, a jednocześnie brak jest doposażenia w sprzęt i standardowe oprogramowanie Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej. Tymczasem Zamawiający w SIWZ wyraźnie postawił wymaganie dostarczenie do Komendy Głównej pewnej minimalnej ilości sprzętu (na stronie 266 SIWZ

Zamawiający wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest dostarczyć zarówno sprzęt dla 16 węzłów wojewódzkich, jak i 1 węzeł testowy, tj. – w ocenie ComArch S.A. - węzeł testowy powinien zostać umiejscowiony w Komendzie Głównej). Ponadto na stronie 264 SIWZ w rozdziale 10.1.: „*Centralny węzeł systemu*” Zamawiający określił, iż: „*Centralny węzeł systemu będzie zbudowany w oparciu o infrastrukturę sprzętową będącą w dyspozycji Zamawiającego, z wyjątkiem modułu HSM*”. Z powyższego zapisu SIWZ wynikało, iż moduł HSM jest elementem sprzętowym, który ma być dostarczony do Komendy Głównej -zaś Accenture Sp. z o.o. w swojej ofercie nie przewidziała jego dostawy. Ponadto – jak podniósł ComArch S.A. - w wyjaśnieniach z dnia 14 kwietnia 2009 r. Accenture Sp. z o.o. wyraźnie stwierdziła, że Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej nie będzie wyposażona w sprzęt i standardowe oprogramowanie w żadnym z trzech etapów realizacji systemu SPD. Z powyższego wynika, że Accenture Sp. z o.o. nie ma zamiaru dostarczyć do Komendy Głównej sprzętowego modułu kryptograficznego HSM.

I.2. Brak zaoferowania dostawy sprzętowego modułu kryptograficznego HSM.

Accenture Sp. z o.o. w trakcie postępowania złożyła oświadczenie, iż nie ma zamiaru dostarczać żadnego sprzętu do Komendy Głównej, w tym nie ma też zamiaru dostarczać modułu kryptograficznego HSM.

ComArch S.A. podniósł, iż pomimo kilkakrotnych wezwań Zamawiającego o wyjaśnienia, firma Accenture Sp. z o.o. nie była w stanie podać konkretnego modelu urządzenia HSM - nie została podana nazwa i model urządzenia HSM, co uniemożliwia Zamawiającemu stwierdzenie, czy HSM, który zamierza zaoferować Accenture Sp. z o.o. spełnia postawione w SIWZ wymagania. Podkreślono, że na rynku istnieje przynajmniej kilka modeli urządzeń spełniających te wymagania SIWZ, a różniących się ceną, a ponadto wskazano, że moduł ten (HSM) zgodnie z wymaganiami SIWZ, jest odpowiedzialny za komunikację z systemem ePUAP, będącym własnością Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Ponadto w uzupełnieniu oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Accenture Sp. z o.o. oświadczyła, że nie zamierza dostarczyć modułu HSM w ramach realizacji niniejszego zamówienia, co zostało potwierdzone w opinii przez biegłego.

ComArch S.A. podkreślił, że uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp opis oferowanego systemu przetwarzania danych nie może zostać zmieniony, czy uzupełniony w jakimkolwiek trybie, ponieważ dopuszczalne jest jednokrotne uzupełnienie tego samego dokumentu.

Accenture Sp. z o.o. w udzielonych wyjaśnieniach wskazała również, że dopiero po projekcie technicznym zostanie określony konkretny model HSM. Zamawiający nie powinien być – w ocenie ComArch S.A. - przyjąć takich wyjaśnień jako wystarczające, ponieważ urządzenie HSM nie zostało przewidziane do dostarczenia do Komendy Głównej PSP (do węzła centralnego systemu).

Ponadto podkreślono, że Accenture Sp. z o.o. w ostatniej odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego zmieniła treść swojej oferty podając ilość urządzeń HSM (sztuk I), ponieważ wcześniej taka informacja nie znalazła się w ofercie.

I.3. Brak zaoferowania odpowiedniego oprogramowania standardowego w zakresie systemu Windows.

Wskazano, że pierwotnie Accenture Sp. z o.o. zaoferowała system operacyjny MS Windows 2008 - produkt, który nie istnieje na rynku, a następnie w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego dokonała zmiany treści oferty w zakresie oferowanego oprogramowania standardowego i oświadczyła, że oferuje MS Windows 2008 Server. Zdaniem ComArch S.A. narusza to art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zatem takie wyjaśnienie powinno zostać pominięte.

Podkreślono także, że MS Windows 2008 Server nie jest precyzyjną nazwą produktu i nie można na jej podstawie określić, jaki dokładnie produkt zostanie dostarczony Zamawiającemu, ponieważ występuje on w 10 wskazanych przez ComArch S.A. wariantach.

I.4. Brak zaoferowania oprogramowania standardowego wymaganego w SIWZ.

Firma ComArch S.A. podniosła, że zgodnie z rozdziałem 9.4.2.1 załącznika nr 1 do SIWZ (strona 254), w ramach oprogramowania standardowego należało dostarczyć:

- 1) oprogramowanie systemowe i narzędziowe dla węzłów wojewódzkich;
- 2) oprogramowanie baz danych, serwerów aplikacyjnych, narzędzi integracyjnych - zgodnie z zaproponowaną architekturą;
- 3) oprogramowanie narzędziowe pozwalające na przygotowywanie wersji wykonywalnej i uruchomienie oprogramowania SPD oraz na dokonywanie zmian w kodzie SPD (klasy IDE -Integrated Developer Environment);
- 4) oprogramowanie standardowe niezbędne do eksploatacji i utrzymania systemu;
- 5) oprogramowanie niezbędne do przeprowadzenia testów systemu automatycznych zgodnie z opisem w Załączniku C - licencja na 6 stanowisk;
- 6) oprogramowanie typu CASE wykorzystywane w trakcie projektu przez Wykonawcę - licencja na cztery stanowiska;
- 7) oprogramowanie narzędziowe do testów automatycznych;
- 8) oprogramowanie potrzebne dla zabezpieczenia systemu, w tym oprogramowanie antywirusowe dla węzłów wojewódzkich.

Z treści opinii biegłego wynika, że w ramach dostawy oprogramowania standardowego Accenture Sp. z o.o. zamierza dostarczyć jedynie: MS Windows 2008 Server oraz oprogramowanie antywirusowe na serwery w komendach wojewódzkich PSP. W opisie

zatem nie ma informacji o użyciu jakiegokolwiek innego oprogramowania standardowego narzędziowego, czy serwerowego.

W ofercie Accenture Sp. z o.o., jak i w wyjaśnieniach nie podano, jaką bazę danych zaoferował ten wykonawca do utworzenia Systemu Przetwarzania Danych. W zakresie pozostałego oprogramowania zaklasyfikowanego przez Zamawiającego jako standardowe można próbować dostarczyć swoje narzędzia - o ile one istnieją w chwili składania oferty. ComArch S.A. podniósł, że w zakresie bazy danych nie ma możliwości, aby Accenture Sp. z o.o. przekazała majątkowe prawa własności do bazy danych, gdyż takiej bazy danych po prostu nie posiada. Baza danych jest oprogramowaniem standardowym, które ma być zainstalowane w komendach wojewódzkich i stanowi jeden z podstawowych i krytycznym elementów systemu SPD. Nie jest możliwa realizacja systemu SPD zgodnie z SIWZ bez zaoferowania bazy danych (tzn. przekazania odpowiedniej liczby licencji dla komend wojewódzkich do oprogramowania standardowego bazy danych).

Ponadto – zdaniem ComArch S.A. - Accenture Sp. z o.o. oświadczając, że w zakresie oprogramowania standardowego zaoferuje tylko oprogramowanie antywirusowe oraz MS Windows 2008 kolejny raz dopuściła się zmiany treści oferty, naruszając przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z pierwotnym zapisem na stronie 17 oferty (rozdział „Opis oferowanego systemu przetwarzania danych” punkt 4 Harmonogram) Accenture Sp. z o.o. zaoferowała oprogramowanie z rodziny IBM Rational - oświadczając, że „Zarządzanie projektem prowadzone będzie m.in. przy wykorzystaniu narzędzi IBM Rational”: Accenture Sp. z o.o. nie sprecyzowało, jakie produkty zamierza dostarczyć, zaś rodzina IBM Rational obejmuje aż 38 produktów, które ComArch S.A. wymienił w swoim proteście.

W przypadku oprogramowania standardowego Accenture Sp. z o.o. proponuje użycie MS Windows 2008 oraz systemu antywirusowego (po 1 sztuce dla każdego z serwerów wojewódzkich oraz dla serwera testowego). Biegły wskazał, że w opisie nie ma informacji o użyciu jakiegokolwiek innego oprogramowania standardowego narzędziowego, czy serwerowego, co sugeruje, że wykonawca we własnym zakresie wykona takie oprogramowanie, co jest praktyką niezwykle rzadką i ryzykowną, szczególnie w tak krótkim projekcie. Podniósł też, że taki zapis nie powoduje niezgodności opisu z zapisami SIWZ. ComArch S.A., odnosząc się do tego stwierdzenia podniósł, że stworzenie takiego oprogramowania z racji definicji oprogramowania standardowego zawartej w SIWZ (nie jest tworzone przez wykonawcę, a dostarczane na potrzeby realizacji projektu) nie jest możliwe bowiem Accenture Sp. z o.o. nie posiada takiego oprogramowania, a dodatkowo w krótkim czasie nie byłaby w stanie go stworzyć.

Accenture Sp. z o.o. w swojej ofercie na stronie nr 13 na schemacie części centralnej SPD (Komenda Główna PSP) przedstawiło oprogramowanie IBM Websphere Portal Serwer, jako oprogramowanie, które zostanie wdrożone podczas projektu. W/w oprogramowanie

zgodnie z SIWZ i wyjaśnieniami jej treści należało dostarczyć, jednakże Accenture Sp. z o.o. w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego dotyczącego oprogramowania standardowego oświadczyło, że Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej nie będzie wyposażona w sprzęt i standardowe oprogramowanie w żadnym z trzech etapów realizacji SPD.

I.5. Niezgodność w zakresie zaoferowanego (zaprojektowanego) systemu SPD

W opinii nr 1 biegłego w punkcie 2.3. jasno stwierdzono niezgodność oferty Accenture Sp. z o.o. z wymaganiami SIWZ przedstawionymi w rozdziale 3 i 10 Załącznika nr 1 do SIWZ. Na stronie 12 oferty Accenture Sp. z o.o. w diagramie przedstawiającym architekturę systemu SPD, błędnie przedstawiono system SPD, gdyż ograniczono jego funkcjonalność tylko do warstwy centralnej bez węzłów wojewódzkich oraz adapterów do systemów dziedzinowych umieszczonych w jednostkach terenowych PSP. Jest to – zdaniem ComArch S.A. - niezgodność zaoferowanego systemu SPD z wymaganiami SIWZ przedstawionymi w rozdziale 3, 9.3, 10 Załącznika nr 1 oraz w Załączniku nr A do SIWZ. Według rysunku na stronie 12 oferty Accenture Sp. z o.o. utożsamia system SPD tylko i wyłącznie z systemem centralnym wyłączając poza system SPD węzły wojewódzkie i adaptory do systemów dziedzinowych.

I.6. Niezgodność oferty Accenture Sp. z o.o. z rozdziałem II SIWZ

W rozdziale VI SIWZ pt. „OFERTA” w pkt. 2.1 ppkt. 13 (strona 9 SIWZ) Zamawiający wymagał, aby w ofercie przedstawić opis oferowanego systemu przetwarzania danych (SPD), o którym mowa w rozdziale II SIWZ. Rozdział ten natomiast precyzuje, że wykonawca do oferty winien dołączyć opis oferowanego systemu przetwarzania danych (SPD), pozwalający stwierdzić spełnienie wymagań określonych w Rozdziale I oraz w załączniku nr 1 do SIWZ. Jednocześnie też w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 9 stycznia 2009 r. Zamawiający uszczegółowił wyżej wymieniony zapis określając, że opis oferowanego systemu zostanie uznany za spełniający wymagania Zamawiającego, jeśli z zawartych w nim informacji będzie wynikało spełnienie przez wykonawcę wszystkich wymagań wskazanych zarówno w Rozdziale I SIWZ, jak i w Załączniku nr 1 do SIWZ. Tym niemniej opis systemu powinien dawać Zamawiającemu możliwość poznania koncepcji realizacji prac stanowiących przedmiot oraz komponentów mających zostać użytych w trakcie jego realizacji.

Tymczasem, jak podniósł ComArch S.A., w ofercie Accenture Sp. z o.o. zawarty tam „Opis oferowanego systemu przetwarzania danych (SPD)” nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Na podstawie dokumentu umieszczonego w ofercie Zamawiający nie mógł w ogóle zweryfikować, co zostało zaoferowane, w jakiej ilości oraz jakie parametry techniczne posiada. Firma ComArch S.A. wskazała w tym zakresie niezgodności pomiędzy SIWZ w zakresie Rozdziału II, a treścią oferty Accenture Sp. z o.o.

I.6.a) Z opisu oferowanego rozwiązania przedstawionego przez Accenture Sp. z o.o. nie wynika, że oferowany system spełni wymaganie zawarte w punkcie 3.3. Rozdziału I SIWZ o zgodności systemu z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie bezpieczeństwa ze szczególnym uwzględnieniem ochrony danych osobowych. W ofercie tej znalazło się jedynie stwierdzenie, że wykonawca będzie stosował metodykę realizacji projektu zgodnie z ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, co nie jest tożsame z wymaganiem Zamawiającego. ComArch S.A. podniosło, że obowiązujące przepisy prawa w zakresie bezpieczeństwa systemów informatycznych oraz w zakresie ochrony danych osobowych to szeroki katalog przepisów prawa, których w ofercie Accenture Sp. z o.o. nie uwzględnia się (przykładowo ComArch S.A. wskazał m.in. na przepisy: rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 sierpnia 2005 r. w sprawie podstawowych wymagań bezpieczeństwa teleinformatycznego (Dz. U. z 2005 r. Nr 171, poz. 1433), rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 listopada 2006 r. w sprawie sporządzania i doręczania pism w formie dokumentów elektronicznych).

I.6.b) Z opisu oferowanego rozwiązania przedstawionego przez Accenture Sp. z o.o. nie wynika, że oferowany system spełni wymaganie zawarte w punkcie 3.4. Rozdziału I SIWZ, tj. iż dostarczony sprzęt komputerowy (komputery, monitory, urządzenia do przetwarzania obrazu) musi być zgodny z przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 106/208 z dnia 15 stycznia 2008 r. w sprawie wspólnego znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych.

I.6.c) Z opisu oferowanego rozwiązania przedstawionego przez Accenture Sp. z o.o. nie wynika, że oferowany system spełni wymaganie zawarte w punkcie 3.5. Rozdziału I SIWZ, tj. że dostarczony sprzęt musi być fabrycznie nowy, nieużywany i pochodzący z legalnego kanału dystrybucyjnego.

I.6.d) Z opisu oferowanego rozwiązania przedstawionego przez Accenture Sp. z o.o. nie wynika, że oferowany system spełnia wymaganie zawarte w punkcie 3.7. Rozdziału I SIWZ oraz wymagania zawarte w Rozdziale 11 Załącznika nr 1 do SIWZ dotyczące integracji z oprogramowaniem dziedzinowym. W szczególności przedstawiony opis nie pozwala na stwierdzenie, czy oferowany System zapewni integrację ze wskazanymi w punkcie 3.7. Rozdziału I SIWZ oraz Rozdziale 11 Załącznika nr 1 do SIWZ systemami dziedzinowymi. Ponadto w zamieszczonym opisie nie wynika, czy System będzie pozwalał na spełnienie wymagań odnośnie inicjalnego zasilenia danymi ze wskazanych przez Zamawiającego systemów.

I.6.e) Opis oferowanego rozwiązania przedstawiony przez Accenture Sp. z o.o. w żaden sposób nie daje możliwości poznania komponentów jakich zamierza użyć wykonawca do realizacji projektu. W szczególności – zdaniem ComArch S.A. - nie istnieje możliwość poznania jakiego oprogramowania wykonawca zamierza użyć w zakresie wymaganym SIWZ, tj.:

- oprogramowania baz danych, serwerów aplikacji, oprogramowania antywirusowego,
- oprogramowania monitorowania do budowy wojewódzkich serwerów komunikacyjnych,
- oprogramowania zapewniającego funkcjonalność monitorowanie pracy systemu,
- oprogramowania zapewniającego realizację kopii zapasowych,
- oprogramowania pozwalającego na przygotowywanie wersji wykonywalnej i uruchomienie oprogramowania SPD oraz na dokonywanie zmian w kodzie SPD (klasy IDE -Integrated Developer Environment);
- oprogramowania niezbędnego do eksploatacji i utrzymania systemu;
- oprogramowania niezbędnego do przeprowadzenia testów systemu automatycznych zgodnie z opisem w Załączniku C;
- oprogramowania typu CASE, które będzie wykorzystywane w trakcie projektu przez wykonawcę.

Opis oferowanego rozwiązania nie daje również w ocenie ComArch S.A. możliwości stwierdzenia, jakiego sprzętu zamierza użyć Accenture Sp. z o.o. do realizacji projektu, w tym jakich serwerów w węzłach wojewódzkich, jakich serwerów w węzle centralnym, jakiego modułu HSM.

I.6.f) Z opisu oferowanego rozwiązania przedstawionego przez Accenture Sp. z o.o. nie wynika, że oferowany system spełnia cały szereg wymagań zawartych w Załączniku nr 1 do SIWZ, takich jak:

- Realizacja kluczowych procesów biznesowych w PSP -Załącznik nr 1-Rozdział 4;
- Wymagań funkcjonalnych w zakresie zasilania SPD -Załącznik nr 1-Rozdział 5;
- Wymagań нефункциональных w zakresie zasilania SPD -Załącznik nr 1 -Rozdział 5;
- Wymagań w zakresie funkcjonalnych i нефункциональных co do integracji między systemami dziedzinowymi - Załącznik nr 1-Rozdział 5;
- Wymagań funkcjonalnych i нефункциональных w zakresie obsługi niezgodności Załącznik nr 1 - Rozdział 5;
- Wymagań funkcjonalnych i нефункциональных w zasilanie hurtowni danych - Załącznik nr 1 -Rozdział 5;

- Wymagań funkcjonalnych i нефункциональных w zakresie Zarządzanie SPD (w tym zarządzanie operacjami, zarządzanie hurtownią, zarządzanie integracją, zarządzanie niezgodnościami, zarządzanie zadaniami, Archiwizacją, Bezpieczeństwem, Komunikacją) - Załącznik nr 1 - Rozdział 5;
- Wymagań odnośnie wsparcie procesów przez system informatyczny SPD - Załącznik nr 1 -Rozdział 7;
- Wymagań odnośnie modelu danych systemu - Załącznik nr 1 -Rozdział 9;
- Wymagań odnośnie architektury systemu - Załącznik nr 1 -Rozdział 9;
- Wymagań odnośnie Podsystemu bezpieczeństwa - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań odnośnie Podsystemu integracyjnego - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań odnośnie Podsystemu hurtowni danych - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań odnośnie Podsystemu raportowego - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań odnośnie Podsystemu wyjaśniania danych - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań odnośnie Podsystemu danych referencyjnych - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań odnośnie Podsystemu Portalu SPD - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań odnośnie Podsystem zarządzania SPD - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań dotyczących Komponentów technicznych - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań dotyczących oprogramowania dostarczonego przez Wykonawcę - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań dotyczących Baz Referencyjnych - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań dotyczących interfejsów (interfejsów pomiędzy komponentami, interfejsów do systemów zewnętrznych, Interfejsów użytkownika) - Załącznik nr 1 - Rozdział 9;
- Wymagań dotyczących infrastruktury sprzętowej systemu - Załącznik nr 1 - Rozdział 10;
- Wymagań odnośnie integracji z systemami dziedzinowymi PSP - Załącznik nr 1 - Rozdział 11;
- Wymagań odnośnie organizacji projektu - Załącznik nr 1 - [Załącznik C] Rozdział 2;
- Wymagań dotyczących pilotażowego wdrożenia systemu - Załącznik nr 1 - [Załącznik C] Rozdział 3;
- Wymagań dotyczących wdrożenia systemu - Załącznik nr 1 - [Załącznik C] Rozdział 4;
- Wymagań w zakresie zasilania danymi Systemu SPD - Załącznik nr 1 - [Załącznik C] Rozdział 5;
- Wymagań w zakresie utrzymania systemu - Załącznik nr 1 - [Załącznik C] Rozdział 6;
- Wymagań w zakresie odbiorów produktów oraz testów - Załącznik nr 1 - [Załącznik C] Rozdział 7;
- Wymagań w zakresie szkoleń - Załącznik nr 1 - [Załącznik e] Rozdział 8.

I.7. Niezgodność z załącznikiem nr 1 do SIWZ - [załącznik C] pkt 7.1.2, ppkt. 3.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ procedura odbioru oprogramowania standardowego i odbioru ilościowego polega na zweryfikowaniu liczby dostarczonych licencji na oprogramowanie standardowe z liczbą licencji zadeklarowaną w ofercie wykonawcy. Wymaganiem obligatoryjnym dla każdego wykonawcy było zatem – zdaniem ComArch S.A. - zamieszczenie w ofercie deklaracji liczby licencji na oprogramowanie standardowe. W ofercie Accenture Sp. z o.o. nie znajduje się natomiast informacja o ilości oferowanych licencji. Brak deklaracji liczby licencji oprogramowania standardowego uniemożliwia przeprowadzenia odbioru zgodnie z wymaganiami SIWZ i stanowi o sprzeczności z treścią SIWZ złożonej oferty.

I.8. Niezgodność z załącznikiem nr 1 do SIWZ [Załącznik C] pkt 7.1.5, ppkt 3

Zgodnie z wymaganiami SIWZ procedura odbioru sprzętu i odbioru ilościowego polega na zweryfikowaniu ilości i parametrów technicznych dostarczonego z ilością i parametrami technicznym; sprzętu zadeklarowanego w ofercie wykonawcy. Wymaganiem obligatoryjnym dla każdego wykonawcy było zatem – zdaniem ComArch S.A. - zamieszczenie w ofercie informacji o ilości oferowanego sprzętu oraz parametrach technicznych tego sprzętu. W ofercie Accenture Sp. z o.o. natomiast nie znajduje się taka informacja. Brak powyższej informacji w zakresie oferowanego sprzętu uniemożliwia zweryfikowanie przez Zamawiającego zgodności oferty z wymaganiami SIWZ oraz uniemożliwia Zamawiającemu przeprowadzenia odbioru zgodnie z wymaganiami SIWZ.

I.9. Niezgodność z załącznikiem nr 1 do SIWZ - pkt 10.2.

Zamawiający wymagał, aby wszystkie węzły wojewódzkie SPD były identyczne, co oznacza, że niedopuszczalne jest dostarczenie rozwiązania, w którym poszczególne węzły wojewódzkie będą się od siebie różniły, jak to zostało zaoferowane – zdaniem ComArch S.A. - przez firmę Accenture Sp. z o.o.

I.10. Niezgodność z wymaganiami przedstawionymi w rozdziale VI SIWZ pt. „OFERTA” w pkt 2.1 ppkt 10 dotyczący Harmonogramu

Załączony przez Accenture Sp. z o.o. Harmonogram określa produkty podlegające odbiorom w Etapach 1, 2 oraz 3, którymi są Oprogramowanie realizujące funkcjonalność SPD wyszczególnione z Planu Projektu. ComArch S.A. podniósł, że produkt, którym jest Oprogramowanie realizujące funkcjonalność SPD, nie może zostać odebrane bez elementów, którymi są sprzęt oraz oprogramowanie standardowe, które powinien dostarczyć wykonawca w ramach realizacji umowy. Zgodnie z procedurami odbioru określonymi w SIWZ

warunkiem koniecznym przeprowadzenia odbioru poszczególnych etapów jest przeprowadzenie testów dopuszczeniowych oraz testów akceptacyjnych, które muszą wykorzystywać testy automatyczne. W punkcie 9.4.2.1 Załącznika nr 1 do SIWZ zostało jednoznacznie określone, że oprogramowanie narzędziowe do testów automatycznych jest przedmiotem zamówienia. Zgodnie z harmonogramem przedstawionym przez Accenture Sp. z o.o. testy automatyczne powinny zostać przeprowadzone w pierwszym etapie realizacji projektu, natomiast w „Wykazie płatników wynagrodzenia” dla pierwszego etapu nie znajduje się żadna kwota za oprogramowanie standardowe, co jednoznacznie sugeruje, że Accenture Sp. z o.o. nie ma zamiaru takiego oprogramowania dostarczyć. W Harmonogramie – zdaniem ComArch S.A. - nie został uwzględniony produkt podlegający odbiorowi, jakim jest szkolenia dla zespołu projektowego, a powinny one być dostarczone w pierwszym etapie realizacji projektu.

I.11. Zaoferowanie rozwiązania technicznego nie istniejącego na rynku informatycznym

Accenture Sp. z o.o. w swojej ofercie w zakresie zaoferowanego rozwiązania technicznego oświadczył, że proponowane przez niego rozwiązanie wykorzystywać będzie platformę serwerową PC z zainstalowanym systemem operacyjnym MS Windows 2008.

Zamawiający natomiast określił w SIWZ w Załączniku 1, pkt 9.4.2.1 Oprogramowanie standardowe str. 255, że za oprogramowanie standardowe może być uznane tylko oprogramowanie powszechnie dostępne, które podlega modyfikacjom na potrzeby SPD. Jak podniósł ComArch S.A. nie jest powszechnie znane i dostępne oprogramowanie o nazwie MS Windows 2008, jak również nie znana jest na rynku informatycznym platforma serwerowa PC. Domniemanie o jakie oprogramowanie chodzi – w ocenie ComArch S.A. – w tym przypadku jest niedopuszczalne, a oferta produktów firmy Microsoft zawierających w nazwie słowa „Windows” i „2008” jest bardzo duża (10 różnych edycji różniących się ceną i funkcjonalnością, czyli parametrami technicznymi). Jeśli zaś chodzi o określenie parametrów platformy serwerowej PC, to użyty skrót należy rozumieć jako „personal komputer”, czyli „komputer osobisty” - mikrokomputer przeznaczony przede wszystkim do użytku osobistego. Konstruowanie w oparciu o taki sprzęt profesjonalnej oferty, zgodnej z SIWZ w zakresie 16 serwerów wojewódzkich dla systemu przetwarzania danych SPD o tej skali co wymagana przez Zamawiającego, jest dalece niepoważne i świadczy o braku stosowania najlepszych praktyk biznesowych w tym zakresie, jak i elementarnego podejścia do jakości w projekcie.

I.12. Niezgodność oferty w zakresie warstwy transportowej

W ofercie Accenture Sp. z o.o. - załącznik II, str. 13 - przedstawiony został opis oferowanego rozwiązania w postaci modelu. Z modelu tego wynika, że warstwa transportowa (Websphere MQ Broker) bezpośrednio komunikuje się z „Systemami dziedzicznymi klienta”. Rozwiązanie

takie jest – w ocenie ComArch S.A. - niezgodne z wymaganiami SIWZ, gdyż w Załączniku nr 1 do SIWZ zostało jednoznacznie wskazane, że komunikacja z systemami dziedzinowymi PSP może być realizowana tylko i wyłącznie za pośrednictwem Wojewódzkich Serwerów Komunikacyjnych.

I.13. Niezgodność z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - [załącznik C] pkt 8 „Szkolenia”

Zgodnie z wymaganiami przedstawiony w punkcie (rozdziale) 8 „Szkolenia” przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie szkoleń, które powinny spełnić określone wymagania. Szkolenia te miały także dotyczyć oprogramowania Cognos 8 BI. Tymczasem z treści oferty Accenture Sp. z o.o. wynika, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia firma ta zamierza dostarczyć oprogramowanie firmy IBM: IBM WebSphere Portal Server, IBM Rational. Wobec czego realizując umowę firma ta – zdaniem ComArch S.A. - powinna skorzystać z podwykonawcy, który jest uprawniony do przeprowadzenia certyfikowanego przez firmę IBM szkolenia. Firma Accenture Sp. z o.o. nie jest w stanie przeprowadzić takich szkoleń samodzielnie i musiałaby skorzystać z podwykonawcy, gdy tymczasem w załączniku nr 4 oświadczyła że przedmiot zamówienia zamierza zrealizować bez udziału podwykonawców.

Firma ComArch S.A. wskazała też na konieczność odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. z innych przesłanek art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

II. Odrzucenie oferty Accenture Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Accenture Sp. z o.o. w swojej ofercie oświadczyła, że z racji na konieczność określenia podczas tworzenia projektu technicznego szczegółów dotyczących transformacji danych nie jest możliwe na etapie koncepcji określenie dokładnej ceny takiego węzła. Pochodną instalowanego oprogramowania są wymagania sprzętowe, które nieznacznie będą się różnić w zależności od wybranego wariantu końcowego. Z tego powodu oferta tego wykonawcy zawiera cenę całkowitą, bez rozbicia na standardowy sprzęt i oprogramowanie dostarczane w ramach węzłów wojewódzkich.

Zgodnie z SIWZ warunkiem koniecznym oferty jest uwzględnienie wszystkich kosztów wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umowy. Czynnikiem powodującym odrzucenie oferty – zdaniem ComArch S.A. - jest wskazanie w ofercie, że określenie ceny jest niemożliwe oraz określenie, że cena będzie się różniła w zależności od wybranego wariantu. Accenture Sp. z o.o. potwierdza zatem – w ocenie ComArch S.A. - wariantowość swojej oferty i możliwość zmiany oferty cenowej w zależności od ostatecznie wybranego wariantu.

III. Odrzucenie oferty Accenture Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W wyjaśnieniach z dnia 14 kwietnia 2009 r., złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Accenture Sp. z o.o. wyraźnie wskazała, że oszacowany koszt doposażenia każdej z placówek wynosi 73.200 zł brutto. Z zapisów SIWZ natomiast (strona 165 i następne) wynika, że system SPD ma posiadać 16 identycznych wojewódzkich węzłów, zaś wykonawca zobowiązany jest dostarczyć sprzęt i oprogramowanie niezbędne do budowy węzłów wojewódzkich - przy czym wykonawca zobowiązany jest dostarczyć co najmniej określony przez Zamawiającego sprzęt. ComArch S.A. podniósł, powołując się na ceny katalogowe kilku producentów tego wymaganego przez Zamawiającego sprzętu, że nie jest możliwe dostarczenie go za cenę wynikająca z wyjaśnień Accenture Sp. z o.o., tj., że całość sprzętu musi kosztować mniej niż 73.200 zł brutto.

Dodatkowo ComArch S.A. zwrócił uwagę, iż Accenture Sp. z o.o. była już uprzednio wzywana w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny - zatem wykonawca ten miał świadomość, iż Zamawiający ma wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny.

IV. Odrzucenie oferty Accenture Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

Accenture Sp. z o.o. podała w ofercie, że cena brutto przedmiotu zamówienia wynosi: 7.319.988,00 zł i zawiera w sobie podatek VAT w wysokości 1.319.998,00 zł. ComArch S.A. podniósł, że przy założeniu, że prawidłowa jest wartość brutto oferty i wynosi 7.319.988,00 zł, kwota podatku VAT liczona od kwoty brutto powinna wynosić 1.319.997,84 zł, a nie 1.319.998,00 zł. Z kolei przyjmując, że prawidłowa jest kwota netto - tj. kwota brutto minus podany podatek VAT, to cena netto wynosi 5.999.990 złotych, a podatek VAT liczony od tej kwoty netto wynosiłby 1.319.997,80 złotych. Tym samym oferta Accenture Sp. z o.o. – w ocenie ComArch S.A. - zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić, gdyż nie jest wiadomo, jaka właściwie powinna być wysokość podatku VAT.

Informację o złożonym proteście Zamawiający przekazał wykonawcom, w tym firmę Accenture Sp. z o.o. w dniu 10 czerwca 2009 r., wzywając ją jednocześnie do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu przez ComArch S.A.

Accenture Sp. z o.o. w dniu 12 czerwca 2009 r. złożyła swoje przystąpienie do protestu ComArch S.A., wskazując, że protest winien być oddalony.

Zamawiający pismem z dnia 23 czerwca 2009 r. doręczonym ComArch S.A. w dniu 24 czerwca 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego częściowe oddalenie i częściowe odrzucenie.

W zakresie pkt I Zamawiający, oddalając protest, podtrzymał swoje stanowisko, że udzielone przez Accenture Sp. z o.o. w dniu 14 kwietnia 2009 r. wyjaśnienia treści oferty przekazane drogą faksową nie mogą być uznane za niezłożone ponieważ nie zostały złożone w formie pisemnej. Wskazał dodatkowo, że zakres wyjaśnień został szczegółowo określony w wyroku KIO i tylko w takim zakresie Zamawiający wymagał wyjaśnień, zatem Accenture Sp. z o. o. w swoich wyjaśnieniach, o których mowa powyżej, zawarła treści zgodnie z wyrokiem KIO i oczekiwaniami Zamawiającego. Pozostałe informacje mówiące m.in. o kosztach wyposażenia komend wojewódzkich Państwowej Straży Pożarnej dotyczą opisu przedmiotu zamówienia (opis), który to był poddany szczegółowemu badaniu przez biegłego na podstawie oferty, dokumentów dostarczonych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oraz wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, a także wyjaśnień w zakresie załącznika nr 3. Tak szczegółowe badanie opisu pozwoliło biegłemu – według Zamawiającego - uznać, że w zakresie dostaw sprzętu, a w szczególności modułu HSM Accenture Sp. z o.o. dostarczy sprzętowy moduł HSM, a wyboru konkretnego modelu wykona na podstawie projektu technicznego. Takie wyjaśnienie jest zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego co do dostarczonego sprzętu. Zamawiający w takich okolicznościach nie zgodził się, iż mamy do czynienia ze zmianą formularza ofertowego i z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego też protest w tej części oddalił.

W zakresie zarzutów z pkt 2 i 3, tj. że Accenture Sp. z o. o. w ofercie nie zaoferował dostawy sprzętowego modułu kryptograficznego HSM oraz odpowiedniego oprogramowania Zamawiający stwierdził, że Zamawiający w Rozdziale II SIWZ zawarł warunek dołączenia do oferty opisu oferowanego systemu przetwarzania danych (SPD), pozwalającego stwierdzić spełnienie wymagań określonych w Rozdziale I oraz załączniku nr 1 do SIWZ. Tak postawiony warunek pozostawiał wykonawcom całkowitą swobodę co do zakresu treści jakie będą zawarte w opisie, zastrzegając, że na ich podstawie będzie możliwe dokonanie oceny spełnienia wymagań przez oferowany przedmiot zamówienia. Zatem każdy opis – w ocenie Zamawiającego - mógł zawierać treści w zależności od rodzaju zastosowanych rozwiązań, technologii, praktyk, a także posiadanego doświadczenia, bazy sprzętowej, potencjału ludzkiego, czy też względów techniczno – organizacyjnych. Z powyższego wynika, że Accenture Sp. z o. o. pomimo, że w opisie dołączonym do oferty nie uwzględniła i nie opisała tych elementów, które uwzględnili i opisali pozostali wykonawcy nie oznacza, że firma ta nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia ponieważ np. nie podała konkretnego modelu urządzenia HSM. Zamawiający podkreślił, że wszelkie braki w ofercie,

Accenture Sp. z o. o. potwierdziła w dokumentach wymaganych przez Zamawiającego w oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a powyższe znalazło swoje potwierdzenie w opiniach biegłego. Podnoszony zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 26 ust. 3 i 4 jest również niezasadny według Zamawiającego. Zmiany treści oferty, które rzekomo mają dotyczyć: określenia urządzeń HSM w ilości 1 sztuki i zaoferowania systemu operacyjnego MS Windows 2008 Server w miejsce MS Windows 2008, które to informacje zawarte zostały w wyjaśnieniach z zakresu opisu przedmiotu zamówienia, zdaniem Zamawiającego nie nastąpiły. Według Zamawiającego wyjaśnienia złożone w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zmierzają tylko do ustalenia, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zatem informacje te można oceniać tylko w trybie tego przepisu. Oznacza to, że informacje zawarte w wyjaśnieniach uzyskanych w tym trybie nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Dlatego też protest w tym zakresie Zamawiający oddalił.

Co do zarzutu dotyczącego oprogramowania standardowego (pkt 4 protestu) Zamawiający stwierdził, że powyższe było już podnoszone jako zarzut w proteście ComArch S.A. z dnia 30 marca 2009 r., od rozstrzygnięcia którego wykonawca ten odwołał się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a następnie odwołanie wycofał (postanowienie z dnia 29 kwietnia 2009 r.; sygn. akt: KIOIUZP 503/09). Zatem w tej części, zgodnie z art. 180 ust. 7 ustawy Pzp w związku z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający protest odrzucił. Zamawiający co do zarzutów dotyczących oprogramowania standardowego (MS Windows 2008 Server i oprogramowanie antywirusowe Zamawiający protest oddalił i odwołał się do wcześniejszego uzasadnienia. Podobnie uczynił co do zarzutów z pkt 5 protestu.

Co do okoliczności wskazanych w pkt 6-13 oraz pkt II i III protestu Zamawiający podniósł, że były one już podnoszone w proteście ComArch S.A. z dnia 30 marca 2009 r., od rozstrzygnięcia którego wykonawca ten odwołał się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a następnie odwołanie wycofał (postanowienie z dnia 29 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 503/09). W związku z powyższym Zamawiający zarzuty te odrzucił.

Co do zarzutu z pkt IV protestu Zamawiający oddalił go wskazując, że oferta Accenture Sp. z o.o. nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, a nawet gdyby przyjąć, że błąd ten jest, to ComArch S.A. winno w tym zakresie postawić zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem nawet gdyby wskazany błąd był popełniony, to należałoby go poprawić w trybie przewidzianym we wskazanym przepisie ustawy Pzp.

Od rozstrzygnięcia protestu firma ComArch S.A. w dniu 25 czerwca 2009 r. (złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego) złożyła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopia w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu. W odwołaniu zostały podtrzymane te same zarzuty, żądania i argumentacja co w proteście.

W dniu 17 lipca 2009 r. (wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych) w piśmie z dnia 16 lipca 2009 r. firma Accenture Sp. z o.o. zgłosiła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wskazując przede wszystkim na konieczność oddalenia odwołania z uwagi na brak interesu prawnego po stronie odwołującego się ComArch S.A.

Sygn. akt: KIO/UZP 925/09

W związku z czynnościami Zamawiającego odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. i wyboru jako oferty najkorzystniejszej – oferty firmy ComArch S.A., Accenture Sp. z o.o. w piśmie z dnia 15 czerwca 2009 r. (wpływ w tej samej dacie) złożyła do Zamawiającego protest. W proteście tym wskazano na:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Accenture Sp. z o.o. z uwagi na jej rzekomą niezgodność z SIWZ, mimo iż brak było przesłanek do tego, jako że firma ta w terminie udzieliła wyjaśnień dotyczących załącznika nr 3 do projektu umowy.
2. naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 27 ust 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca nie złożył żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień pomimo, iż wyjaśnienia zostały złożone w terminie, w dopuszczanej przez ustawę Pzp oraz przewidzianej przez Zamawiającego formie;
3. podjęcie decyzji o wyborze oferty ComArch S.A. bez uprzedniego uzupełnienia braków dokumentów dołączonych do tej oferty, polegających m.in. na dołączeniu do niej prawidłowego pełnomocnictwa, które nie upoważniało do działania w imieniu tego wykonawcy wszystkich wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ czynności, w tym w szczególności do podpisania „Wykazu płatników wynagrodzenia” oraz „Harmonogramu realizacji wraz z produktami, które będą podlegały odbiorom podczas poszczególnych etapów”, co stanowiło naruszenie art. 26 ustawy Pzp.
4. zaniechanie odrzucenia oferty ComArch S.A. mimo, iż oferta ta jest sprzeczna z treścią SIWZ z uwagi na zaoferowanie sprzętu nieposiadającego oznaczenia EnergyStar lub równoważnego, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
5. wybór oferty ComArch S.A., która nie stanowi oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów opisanych w SIWZ, co narusza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;
6. zaniechanie wyboru oferty Accenture Sp. z o.o. mimo, iż jest ona ofertą najkorzystniejszą, co stanowi naruszenie art. 91 ust.1 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione naruszenia firma Accenture Sp. z o.o. wniosła o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia swojej oferty;
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty ComArch S.A jako najkorzystniejszej;
- 3) potworzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem konieczności wezwania ComArch S.A. do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa oraz ewentualnej konieczności odrzucenia tej oferty z uwagi na jej sprzeczność z zapisami SIWZ;
- 4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty Accenture Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu złożonego protestu Accenture Sp. z o.o. wskazała na następujące okoliczności:

Po pierwsze firma stwierdziła, że Zamawiający odrzucił jej ofertę z uwagi na jej rzekomą sprzeczność z SIWZ, gdyż bezpodstawnie uznał, że wykonawca nie złożył w określonym terminie wyjaśnień dotyczących Załącznika nr 3 do propozycji umowy. Podniósł, że przedmiotowe wyjaśnienia zostały przesłane Zamawiającemu faksem w dniu 14 kwietnia 2009 r.. Zamawiający natomiast bezpodstawnie uznał, że czynność ta jest bezskuteczna z uwagi na brak zachowania wymaganej prawem formy pisemnej, gdyż - jak stwierdził - *„wszystkie wyjaśnienia uzyskane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy muszą być dołączone do oferty oryginał, gdyż dotyczą bezpośrednio oferty”*. W ocenie protestującego wykonawcy argumentacja Zamawiającego w tym zakresie jest całkowicie bezzasadna. Podniósł, że żaden przepis ustawy Pzp nie przewiduje bezwzględnego wymogu zachowania formy pisemnej dla takich wyjaśnień, a zatem dopuszczalne jest ich złożenie w takiej formie w jakiej przewidział to Zamawiający w SIWZ, zgodnie z wymogiem art. 27 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu w rozdziale III pkt 2.3 SIWZ dopuścił możliwość składania wszelkich oświadczeń, zawiadomień, wniosków oraz informacji drogą faksową. Skoro zatem firma Accenture Sp. z o.o. w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na złożenie wyjaśnień udzieliła ich we wskazanej formie powinny być one uznane przez Zamawiającego jako skuteczne i spełniające jego wymagania, a oferta tej firmy nie powinna być z tego powodu odrzucona.

Protestujący wykonawca Accenture Sp. z o.o. wskazał również na to, że Zamawiającemu niemal dwa miesiące czasu zajęło ustalenie, że złożone przez Accenture Sp. o.o. wyjaśnienia zostały złożone w nieprawidłowej formie.

Po drugie firma Accenture Sp. z o.o. w swoim proteście wskazała, że Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa dla Pana Łukasza W. z dnia 5 lutego 2009 r. znajdującego się w ofercie firmy ComArch S.A. W ocenie

protestującego wykonawcy wskazana osoba na podstawie udzielonego mu pełnomocnictwa upoważniona jest do reprezentacji spółki ComArch w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie posiada natomiast umocowania do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem Pan W. podpisał dokumenty, które zgodnie z rozdziałem VI pkt 2 ppkt 9 i 10 SIWZ mają w przyszłości stanowić załączniki będące integralną częścią umowy (wykaz płatników wynagrodzenia oraz Harmonogram realizacji wraz produktami, które będą podlegały odbiorom podczas poszczególnych etapów). Do czynności tej – zdaniem Accenture Sp. z o.o. – Pan Łukasz W. działający w imieniu ComArch S.A nie był upoważniony. Powoływał się przy tym protestujący na treść art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis wskazuje na alternatywne przedłożenie pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy. Podniósł, że w tym zakresie Zamawiający zaniechał wezwania firmy ComArch S.A. do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o czym firma Accenture Sp. z o.o. uzyskała informację dopiero w dniu 5 czerwca 2009 r. po otrzymaniu informacji od Zamawiającego o wyborze oferty ComArch S.A. jako najkorzystniejszej.

Po trzecie firma Accenture Sp. z o.o. wskazała na okoliczność, iż z treści protestu firmy ComArch S.A. złożonego do Zamawiającego w dniu 10 czerwca 2009 r. podjęła informację, że prawdopodobnie oferta ComArch S.A. jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie wymogu posiadania przez oferowany sprzęt oznaczenia EnergyStar lub równoważnego. Protestujący wykonawca przywołał pkt III uzasadnienia protestu firmy ComArch S.A., gdzie wskazane zostały przykładowe konfiguracje dostarczanego sprzętu, w tym cztery modele serwerów z których żaden nie przeszedł wymaganych testów i nie posiada oznaczenia EnergyStar, ani też nie przeszedł równoważnych testów. Protestujący wskazał, że nie miał możliwości weryfikacji oferty ComArch S.A. pod tym względem na wcześniejszym etapie bowiem oferta w tej części została przez wykonawcę zastrzeżona klauzulą poufności.

Po czwarte firma Accenture Sp. z o.o. wskazała, że skoro nie było podstaw do odrzucenia jej oferty Zamawiający dokonał wyboru oferty, która zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert nie jest ofertą najkorzystniejszą. Podniósł, że oferta Accenture Sp. z o.o. jest o ponad 8 mln tańsza od oferty ComArch S.A., a oferowany okres gwarancji jest porównywalny. Tym samym w ocenie Accenture Sp. z o.o. naruszone zostały również przepisy ustawy o finansach publicznych (art. 35 ust. 3 pkt 1), wskazujące na konieczność dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, co w niniejszej sprawie może być uznane za popełnienie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Zamawiający o złożonym proteście poinformował innych wykonawców, w tym firmę ComArch S.A., przekazując jej wezwanie w dniu 15 czerwca 2009 r. Firma ComArch S.A w dniu 17 czerwca 2009 r. złożyła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Accenture Sp. z o.o., wskazując na niezasadność tego protestu i wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający protest Accenture Sp. z o.o. rozstrzygnął pismem z dnia 23 czerwca 2009 r., doręczonym tej firmie w dniu 24 czerwca 2009 r. W rozstrzygnięciu protestu częściowo go oddalił, częściowo odrzucił. Oddaleniu - w ocenie Zamawiającego - podlegał zarzut dotyczący odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. z powodu nie przedłożenia w wymaganym terminie wyjaśnień dotyczących treści oferty tej firmy. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w informacji o wynikach postępowania o konieczności uwzględniania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty udzielanych wyłącznie w formie pisemnej. Żądanie złożenia wyjaśnień skierowane przez Zamawiającego do protestującego wykonawcy wynikało z wyroku KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 359/09). Zamawiający podkreślił, że firma Accenture Sp. z o.o., składając drogą faksową w wyznaczonym terminie wyjaśnienia dotyczące załącznika nr 3, dokonała modyfikacji swojego oświadczenia woli zawartego pierwotnie w ofercie. Z treści oferty wynikało bowiem, że płatnikiem za realizację przedmiotu zamówienia byłby jedynie Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej, natomiast złożone drogą faksową w dniu 14 kwietnia 2009 r. oświadczenie wskazuje na rozbić płatności na poszczególne Komendy Wojewódzkie. Tym samym w ocenie Zamawiającego wskazana modyfikacja oświadczenia woli dotycząca istotnych elementów umowy stanowi część składową oferty. Powoła się przy tym na orzecznictwo KIO, iż stosowanie do art. 66 § 1 Kc, stosownie do którego oświadczenie woli stanowi ofertę, jeśli określa istotne elementy umowy.

Odnosząc się do argumentacji zawartej proteście, a dotyczącej dopuszczonej przez Zamawiającego w SIWZ faksowej formy kontaktów z wykonawcami Zamawiający podniósł, że ta kompetencja Zamawiającego nie ma nieograniczonego charakteru, gdyż w określonych w ustawie Pzp przypadkach wskazuje się na ściśle określoną formę czynności, w tym też pisemną formę dla oferty. Z powyższego Zamawiający wywodzi, że skoro ofertę na podstawie art. 82 ust. 2 ustawy Pzp składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej, a przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązującego przepisu, powyższe oznacza, że Zamawiający nie może dopuścić na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp innej formy kontaktów niż pisemna co do oferty, jak i składanych do jej treści wyjaśnień. Skoro niezachowanie formy pisemnej w zakresie oferty skutkuje jej nieważnością, tym samym Zamawiający uznał, że wyjaśnienia należało uznać za nieważne, a więc za ich brak.

Zamawiający wskazał również, że w piśmie z dnia 16 kwietnia 2009 r. wskazał firmie Accenture Sp. z o., że początkowo uznał dołączone do pisma tej firmy wyjaśnienia za złożone w terminie, a ich zakres za zgodny z żądaniami Zamawiającego, ponieważ oczekiwał, że pismo z dnia 14 kwietnia 2009 r. zostanie niezwłocznie potwierdzone na piśmie przez tę firmę. Tymczasem w dniu 15 kwietnia 2009 r. firma Accenture Sp. z o.o. dostarczyła oryginał pisma z dnia 15 kwietnia 2009 r., w którym brak było wyjaśnień dotyczących załącznika nr 3, a nie dostarczyła oryginału pisma z dnia 14 kwietnia 2009 r. zawierającego te wyjaśnienia. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, wskazuje, że oczekiwał on wyjaśnień dotyczących treści oferty na piśmie.

Za bezpodstawne Zamawiający uznał rozważania Accenture Sp. z o.o. co do czasu dwóch miesięcy procedowania przez Zamawiającego w odniesieniu do tej kwestii, wskazując, że nie było to zdarzenie nagłe, a skoro o pewnych faktach protestujący wykonawca powziął wiedzę wcześniej, mógł się do nich ustosunkować.

Zamawiający odrzucił protest Accenture Sp. z o.o. na podstawie art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, co do zarzutów dotyczących oferty ComArch S.A. Odnośnie braku prawidłowego pełnomocnictwa dla Pana Łukasza W. podniósł, że firma Accenture Sp. z o.o. podnosiła już raz ten zarzut w proteście z dnia 27 marca 2009 r., od rozstrzygnięcia którego złożone zostało odwołanie do Prezesa UZP i zapadł wyrok z dnia 29 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 509/09, KIO/UZP 521/09).

Odnośnie zarzutów dotyczących niezgodności oferty ComArch S.A. z SIWZ Zamawiający wskazał, że protestujący wykonawca nie przytoczył na te okoliczność żadnych okoliczności faktycznych i prawnych. Podniósł, że nie może rozstrzygać co do zarzutów prawdopodobnych i opierać się wyłącznie na domniemaniach wykonawcy. Podkreślił też, że co do wymogu EnergyStar Zamawiający określił w SIWZ (rozdział VI), że wystarczającym dokumentem potwierdzającym spełnianie wskazanych wymagań było dołączenie do oferty wydruku ze strony internetowej www.eu-energystar.org oraz adres odpowiedniego miejsca na stronie internetowej potwierdzający, że oferowany sprzęt pozytywnie przeszedł wymagane testy i posiada odpowiednie oznaczenie EnergyStar, a te wymagania zostały wypełnione przez firmę ComArch S.A.

Od rozstrzygnięcia protestu Accenture Sp. z o.o. wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, składając je w dniu 3 lipca 2009 r. w urzędzie pocztowym operatora publicznego. Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

W odwołaniu Accenture Sp. z o.o. pottrzymała zarzuty, żądania i argumentację ze swojego protestu. Dodatkowo odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej w

rozstrzygnięcie protestu wskazał, że Zamawiający częściowo odrzucając jego protest naruszył przepisy ustawy Pzp. Podkreślił, że zarzut dotyczący pełnomocnictwa dla Pana Łukasza W. dołączonego do oferty ComAch S.A. nie jest spóźniony, bowiem firma Accenture Sp. z o.o. powzięła o nim informację dopiero w dniu 5 czerwca 2009 r. w tym to dniu wykonawca dopiero dowiedział się, że Zamawiający nie wypełnił swojego obowiązku i nie wezwał do uzupełnienia tego dokumentu przez ComArch S.A. Podkreślił, że okoliczność, iż zarzut ten już był raz podnoszony przez Accenture Sp. z o.o. w toku postępowania protestacyjnego i odwoławczego nie ma znaczenia, bowiem zarzut nie był merytorycznie rozpatrzony przez Izbę, gdyż odwołanie zostało oddalone z uwagi na brak interesu prawnego po stronie wykonawcy.

Co do zarzutu dotyczącego braku oznaczenia EnergyStar przez oferowany przez ComArch S.A. sprzęt Accenture Sp. z o.o. wskazała, że Zamawiający stara się uniknąć merytorycznego rozstrzygnięcia tego zarzutu, domagając się wskazania konkretnych faktów, których Accenture Sp. z o.o. nie jest w stanie wskazać, ponieważ oferta ComArch S.A. została w tej części utajniona, a Odwołujący wykonawca ma podstawy, aby domniemywać, że ten wymóg nie jest w ofercie ComArch S.A. wypełniony.

W piśmie z dnia 10 lipca 2009 r. (wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w tej samej dacie) firma ComArch S.A. zgłosiła swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie w całości jako oczywiście bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowań odwoławczych wyrażone w protestach, przystąpieniach do postępowań toczących się w efekcie ich wniesienia, odwołaniach, rozstrzygnięciach protestów i zgłoszeniach przystąpień do postępowań odwoławczych oraz złożone w pismach procesowych i trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Rozpatrywane przez Izbę dwa odwołania zostały rozpoznane łącznie w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2009 r., wydanego w tym przedmiocie.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia w całości żadnego z rozpatrywanych odwołań, gdyż co najmniej jeden z zarzutów w każdym z nich podlegał merytorycznemu rozpoznaniu. Niemniej jednak skład orzekający Izby, posiłkując się treścią art. 187 ust. 4 pkt 4, 5 i 6 ustawy Pzp, nie rozpatrzył niektórych zarzutów podniesionych przez obydwu odwołujących się, z uwagi na ich złożenie po terminie, bądź podniesienie z uwzględnieniem tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tych samych odwołujących się, w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także dotyczą czynności, które zostały wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby, co do odwołania, złożonego przez firmę ComArch S.A., oznaczonego sygn. akt: KIO/UZP 860/09 nie rozpatrzył następujących zarzutów:

1. brak zaoferowania odpowiedniego oprogramowania, standardowego w zakresie WIDOWS (oznaczenie zarzutów z odwołania I.3);
2. brak zaoferowania oprogramowania, standardowego wymaganego w siwz (oznaczenie zarzutów z odwołania I.4);
3. niezgodność w zakresie zaoferowania (zaprojektowanego) systemu SPD (oznaczenie zarzutów z odwołania I.5);
4. niezgodność oferty z rozdziałem II siwz (oznaczenie zarzutów z odwołania I.6, litery a do f);
5. niezgodność z załącznikiem nr 1 do siwz [zał. C] pkt 7.1.2 ppkt. 3 (oznaczenie zarzutów z odwołania I.7);
6. niezgodność z załącznikiem nr 1 do siwz [zał. C] pkt 7.1.5 ppkt. 3 (oznaczenie zarzutów z odwołania I.8);
7. niezgodność z załącznikiem nr 1 do siwz pkt 10.2 (oznaczenie zarzutów z odwołania I.9).
8. niezgodność z wymaganiami przedstawionymi w rozdziale VI siwz pt. „oferta” w pkt. 2.1 ppkt. 10 dot. harmonogramu (oznaczenie zarzutów z odwołania I.10);
9. zaoferowanie rozwiązania technicznego nieistniejącego na rynku informatycznym (oznaczenie zarzutów z odwołania I.11);
10. niezgodność oferty w zakresie warstwy transportowej (oznaczenie zarzutów z odwołania I.12)'
11. niezgodność z załącznikiem nr 1 do siwz – [zał. C] pkt 8 szkolenia (oznaczenie zarzutów z odwołania I.13);
12. odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy pzp (oznaczenie zarzutów z odwołania II);

13. odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy pzp (oznaczenie zarzutów z odwołania III);
14. odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy pzp (oznaczenie zarzutów z odwołania IV).

Podstawą takiego rozstrzygnięcia jest okoliczność, iż zarzuty te, wszystkie oprócz oznaczonego w odwołaniu punktem IV, były przedmiotem protestu i odwołania ComArch w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 503/09, protest w sprawie tych zarzutów został ostatecznie rozstrzygnięty na podstawie postanowienia KIO z dnia 29.04.2009 r. poprzez umorzenie postępowania odwoławczego, wobec cofnięcia odwołania przez ComArch, zatem wskazane zarzuty mogły być i były podniesione na wcześniejszym etapie postępowania. Czynności podjęte przez Zamawiającego w dniu 05.06.2009 r. w żaden sposób w ocenie Izby nie wpłynęły na zakres podnoszonych zarzutów, o powyższym świadczy identyczny sposób sformułowania zarzutów przez ComArch, tak w proteście z dnia 30.03.2009 r., jak i w odwołaniu z dnia 15.04.2009 r. oraz w piśmie do Zamawiającego z dnia 15.05.2009 r., w proteście z dnia 10.06.2009 r. oraz w odwołaniu z dnia 25.06.2009 r. Przywoływanie w aktualnie rozpatrywanym odwołaniu opinii biegłego jest czynnością pozorną, niemającą wpływu na zakres powielonych zarzutów, które zostały ostatecznie rozstrzygnięte. Zarzuty te również są zgłoszone z uchybieniem ustawowych terminów, o których mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Co do zarzutu oznaczonego w odwołaniu punktem IV, Odwołujący, mógł powziąć wiedzę o cenie oferty i ewentualnym w niej błędzie w momencie dokonywania przez Zamawiającego pierwszej czynności oceny ofert, w marcu 2009 r., zatem zarzut ten jest spóźniony.

Jednocześnie też, co do odwołania, złożonego przez firmę Accenture Sp. z o.o., oznaczonego sygn. akt: KIO/UZP 925/09 skład orzekający Izby - stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 4, 5 i 6 ustawy Pzp - nie rozpatrzył zarzutu dotyczącego nieprawidłowego pełnomocnictwa w ofercie ComArch S.A., udzielonego Panu Łukaszowi W. w dniu 5 lutego 2009 r., zarzut ten był już bowiem przedmiotem odrębnego protestu, a także odwołania rozpatrzonego przez Izbę wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 509/09 i KIO/UZP 521/09. Oddalenie tych odwołań i wskazanego zarzutu przez KIO, ze względu na brak interesu prawnego również wskazuje na ostateczne rozstrzygnięcie protestu i tego zarzutu, jak również powoływanie się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez firmę Accenture Sp. z o.o. bowiem Odwołujący nie składał w tym zakresie skargi na orzeczenie KIO do właściwego sądu okręgowego. Zarzut ten złożony jest również po terminie, o okolicznościach związanych z pełnomocnictwem w ofercie ComArch, Odwołujący mógł bowiem powziąć i

powziął wiedzę na wcześniejszym etapie postępowania, wobec wcześniejszej czynności oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego w marcu 2009 r.

Skład orzekający Izby, co do zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu w przypadku obydwu rozpatrywanych odwołań stwierdził, iż została wypełniona przesłanka wynikająca z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wskazująca na interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Co do odwołania ComArch S.A. podnoszone przez niego zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. z innych powodów niż wskazane przez Zamawiającego wskazuje na szeroko pojmowany interes prawny w uzyskaniu zamówienia i jest uzasadnione z uwagi na zasadę koncentracji postępowania o zamówienie publiczne i brak możliwości podnoszenia tych zarzutów na późniejszym etapie postępowania.

Co do odwołania Accenture Sp. z o.o. podnoszone zarzuty związane z odrzuceniem oferty tego Odwołującego oraz z zaniechaniem odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w sposób bezpośredni wskazują na naruszenie interesu prawnego tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniach zarzutów, które podlegają merytorycznemu rozpoznaniu, Izba dopuściła dowody z: dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowień SIWZ oraz treści oferty wykonawcy Accenture Sp. z o.o. wraz z uzupełnieniem dokumentów i udzielonymi wyjaśnieniami treści oferty oraz złożonych wyjaśnień, jak również z akt spraw odwoławczych o sygn.: KIO/UZP 359/09, KIO/UZP/503/09, KIO/UZP 509/09, KIO/UZP 521/09.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 860/09

Skład orzekający Izby oddalił przedmiotowe odwołanie, uznając, że podnoszone w nim zarzuty nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Co do zarzutu, iż złożone przez Accenture Sp. z o.o. wyjaśnienia oferty co do załącznik nr 3 do umowy doprowadziły do niedopuszczalnej zmiany treści oferty oraz do niezgodności oferty z treścią SIWZ, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Złożone przez Accenture Sp. z o.o. wyjaśnienia w piśmie z dnia 14 kwietnia 2009 r. zostały przedłożone Zamawiającemu w związku z jego wezwaniem z dnia 9 kwietnia 2009 r., które było wynikiem wyroku KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 359/09). Skład orzekający Izby nie uznał argumentacji ComArch S.A., aby owe wyjaśnienia doprowadziły do zmiany treści oferty po pierwsze z uwagi na to, że rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zostało

podjęte przez KIO we wskazanym wyroku. Izba dopuściła bowiem możliwość wyjaśnień treści załącznika nr 3 do umowy pierwotnie nie wypełnionego przez Accenture Sp. z o.o. co do płatności dla wszystkich Komend Wojewódzkich Straży Pożarnej, wskazując jednocześnie w uzasadnieniu tego wyroku, że owe wyjaśnienia nie doprowadzą do zmiany treści oferty tego wykonawcy. Wyrok ten nie został zaskarżony przez strony postępowania odwoławczego i jego uczestników, a czynności Zamawiającego zostały wykonane zgodnie z dyspozycją zawartą w tym wyroku. Uwzględniając powyższe wskazane orzeczenie KIO uzyskało walor prawomocności.

Po drugie wskazane wyjaśnienia – zdaniem Izby - nie doprowadziły również do zmiany treści oferty co do wskazywanego przez ComArch S.A. oświadczenia Accenture S.A. o braku doposażenia w sprzęt i standardowe oprogramowanie Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej. Zgodzić należy się z Odwołującym, że postanowienia SIWZ wskazywały na konieczność dostarczenia sprzętu dla 16 komend wojewódzkich, jak i dla 1 węzła testowego. Powyższego wymogu SIWZ nie kwestionuje również Przystępujący do postępowania odwoławczego Accenture Sp. z o.o. tak w treści oferty, jak i w treści złożonych w piśmie z dnia 14 kwietnia 2009 r. wyjaśnień. Udzielone wyjaśnienia w pkt 1 lit a)-c) dotyczą załącznika nr 3 do umowy, który odnosi się wyłącznie do sposobu płatności wynagrodzenia i rozłożenia jej na poszczególne komendy wojewódzkie i Komendę Główną Państwowej Straży Pożarnej. Wyjaśnienia te wskazują na płatności w pierwszym etapie realizacji zamówienia określonej kwoty wynagrodzenia w rozbiciu na 16 komend wojewódzkich natomiast w trzecim etapie realizacji zamówienia płatności na rzecz Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej również określonej w wyjaśnieniach kwoty. Stwierdzenie zawarte w wyjaśnieniach Accenture Sp. z o.o., że Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej nie będzie doposażona w sprzęt i standardowe oprogramowanie w żadnym z trzech etapów realizacji zamówienia nie może być podstawą uznania – w ocenie Izby – że wykonawca nie dostarczy wymaganego postanowieniami SIWZ wyposażenia węzła testowego. Zamawiający nie wymagał bowiem w SIWZ wyodrębnienia kosztów wyposażenia tego węzła, stąd też należy przyjąć, że wykonawca Accenture Sp. z o.o. wycenił te koszty również w ramach ceny ofertowej, bądź to w cenie poszczególnych komend wojewódzkich, bądź też w ramach płatności za trzeci etap realizacji zamówienia na rzecz Komendy Głównej. Można jedynie przypuszczać z postanowień SIWZ, że ów węzeł testowy mógłby być usytuowany w Komendzie Głównej Państwowej Straży Pożarnej, jednak wobec braku wyraźnego wskazanie w tym zakresie przez Zamawiającego oraz braku wymogu wyszczególnienia tych kosztów nie można domniemywać tego faktu i twierdzić, że Accenture Sp. z o.o. nie będzie dostarczała wymaganego sprzętu do węzła testowego, skoro nie było obowiązku wyodrębnienia sprzętu dla tego węzła.

W wyniku udzielonych przez Accenture Sp. z o.o. wyjaśnień nie doszło - w ocenie Izby – do pozbawienia Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej przymiotu płatnika z tytułu realizacji zamówienia, co podnosił Odwołujący ComArch S.A. Zgodnie bowiem z oświadczeniem Accenture Sp. z o.o. zawartym w pkt 1 lit. c) wyjaśnień z dnia 14 kwietnia 2009 r. Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej, omyłkowo nazwana przez tego wykonawcę Komendą Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej (do czego skład orzekający Izby odniósł się poniżej, rozpatrując zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. rozpatrywanego w ramach odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 925/09), będzie płatnikiem w zakresie pozostałych kosztów realizacji systemu w trzecim etapie realizacji zamówienia poza kosztami wyszczególnionymi co do komend wojewódzkich.

Co do wymogu SIWZ wskazanego przez Odwołującego ComArch S.A. (str. 264 rozdz. 10 zał. nr 1 SIWZ) stwierdzić należy, że Zamawiający faktycznie wskazał, że nie dysponuje sprzętowym modułem kryptograficznym (HSM), mającym stanowić wyposażenie centralnego węzła systemu, zatem stanowi on również przedmiot zamówienia. Zamawiający jednak nie wymagał w postanowieniach SIWZ, na co również nie wskazał ComArch S.A., wymogu wyszczególnienia w jakikolwiek sposób sprzętu do staczanego dla centralnego węzła systemu, czy to w wykazie oferowanego sprzętu, czy to poprzez jego odrębną wycenę. Jak wskazano powyżej wyszczególnionym przez Accenture Sp. z o.o. płatnikiem w niniejszym zamówieniu będzie również Komenda Główna Straży Pożarnej zgodnie z wymogiem SIWZ jak również w postanowieniach wzoru umowy (§ 1 ust. 5, czy § 7 ust 6). Natomiast brak w wyjaśnieniach Accenture Sp. z o.o. oświadczenia odnośnie braku deklaracji dostarczenia modułu sprzętowego HSM co do węzła centralnego.

Po drugie, odnosząc się do argumentacji ComArch S.A., że wyjaśnienia udzielone przez Accenture Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, tj. wyjaśnienia treści oferty, jak też uzupełnianie dokumentu (opis sposobu realizacji systemu) doprowadziły do niezgodności treści oferty z SIWZ, skład orzekający Izby nie stwierdził wskazanego naruszenia. Wskazanie w wyjaśnieniach Accenture Sp. z o.o. z dnia 1 czerwca 2009 r., iż oferuje 1 szt. HSM nie są w żaden sposób sprzeczne z wyjaśnieniami udzielonymi w piśmie z dnia 14 kwietnia 2009 r., wskazującymi na brak wyposażenia w sprzęt Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej. Jak wskazano powyżej Zamawiający w żaden sposób nie wymagał wyszczególnienia oferowanego w postępowaniu sprzętu. W odniesieniu do wymaganego przez niego opisu sposobu realizacji zamówienia, na który powołuje się ComArch S.A., Zamawiający również nie określił konkretnych wymogów. Zawarte sformułowanie, iż wskazany opis ma zawierać informacje niezbędne do oceny oferty pod kątem jej zgodności z zapisami SIWZ, ma charakter na tyle ogólny, że nie można z niego wywodzić, że wykonawcy zobowiązani byli w ofercie wyszczególnić takie elementy, jak

rodzaj oferowanego sprzętu ze wskazaniem konkretnego modelu, producenta, czy innych oznaczeń, w tym też wskazania konkretnego modelu urządzenia HSM. Powołanie się przez Accenture Sp. z o.o. na to, że wskazanie to nastąpi dopiero w projekcie technicznym, nie narusza żadnych wymogów SIWZ. Postanowienia SIWZ nie zakazują bowiem sporządzenia przez wykonawcę wybranego do realizacji zamówienia szczegółowego projektu technicznego wykonania systemu, oczywiście opartego na projekcie technicznym przygotowanym na etapie SIWZ przez Zamawiającego. Nie ma też przeszkód, w świetle wymogów SIWZ, aby ów szczegółowy projekt techniczny wykonawcy, który będzie realizował zamówienie, przewidywał skonkretyzowanie parametrów modułu HSM.

Tym samym skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutów związanych z odrzuceniem oferty Accenture Sp. z o.o. z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), a także z powodu niedopuszczalnej zmiany treści oferty w drodze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Skład orzekający Izby nie znalazł też podstaw do rozpatrzenia pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu ComArch S.A., uznając – jak wskazano na wstępie uzasadnienia niniejszego orzeczenia – że wykonawca mógł w tym zakresie podnosić te zarzuty na wcześniejszym etapie o czym dobitnie świadczy identyczne co aktualnie sformułowanie tych zarzutów już w kwietniu 2009 r. Natomiast złożone przez Accenture Sp. z o.o. wyjaśnienia dotyczące treści oferty oraz uzupełniania dokumentu (tj. opisu wykonania systemu) dokonane po powołaniu przez Zamawiającego biegłego i sporządzeniu przez niego opinii, nie wpływają w żaden sposób na treść oferty Accenture Sp. z o.o. W ocenie Izby stawianie tych zarzutów z powoływaniem się na udzielone wyjaśnienia i uzupełniania dokumentów jako nowych okoliczności w sprawie – przy identycznym opisie tych zarzutów aktualnie i na wcześniejszym etapie postępowania - jest niezasadne i powyższe możnaby oceniać również w kontekście art. 5 Kc.

Uwzględniając powyższe ustalenia składu orzekającego Izby stwierdzić również należy, że w oparciu o zgłoszone w odwołaniu zarzuty nie stwierdzono również naruszenia w postępowaniu przywołanych przez ComArch S.A. przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 4 i 5 oraz art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 i 4.

Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 925/09

Skład orzekający Izby uwzględnił przedmiotowe odwołanie, uznając, że jeden z podnoszonych w odwołaniu zarzutów znalazł potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym. Potwierdził się – zdaniem Izby – zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. z powodu jej rzekomej sprzeczności z treścią SIWZ, z uwagi na nie złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, czyli naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby uznał po pierwsze, że wyjaśnienia dotyczące treści oferty złożone przez odwołującego się wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp na żądanie Zamawiającego, będące wynikiem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu dokonanego wyrokiem KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 359/09) zostały formalnie przez tego wykonawcę złożone. Ustalono, że Zamawiający pismem z dnia 9 kwietnia 2009 r. (znak: BBBF-IV-2370/16-196/08/09), wykonując przywołany wyrok KIO wezwał wykonawcę Accenture Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących załącznika nr 3 do umowy, wprowadzając zastrzeżenie, iż wyjaśnienia te nie mogą stanowić uzupełnienia oferty. Zamawiający wyznaczył też czas potrzebny na udzielenie wyjaśnień, tj. do dnia 14 kwietnia 2009 r.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, tj. w dniu 14 kwietnia 2009 r., co jest bezsporne pomiędzy stronami postępowania i jego uczestnikiem, Accenture Sp. z o.o. skierowała do Zamawiającego drogą faksową pismo, w którym m.in. udzieliła wyjaśnień dotyczących rzeczowego załącznika nr 3 do umowy.

Skład orzekający Izby nie uznał stanowiska Zamawiającego co do konieczności złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty wyłącznie w formie pisemnej za słuszne. Zgodzić się należy w tym miejscu z Accenture Sp. z o.o., że dopuszczona przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ (Rozdział II pkt 2.3 i 2.4 SIWZ) faksowa forma korespondencji w postępowaniu dotyczy również wyjaśnień udzielanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem zastrzegł w art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, na który to przepis powołuje się Zamawiający, formę pisemną pod rygorem nieważności wyłącznie dla treści oferty, składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w określonym przez Zamawiającego terminie składania ofert. Jednocześnie też ustawodawca przewidział w przepisach ustawy Pzp instytucję wyjaśnień treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), nie zastrzegając dla tej czynności jakiegokolwiek formy. Tym samym – w ocenie Izby – wobec braku szczególnej regulacji w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących treści oferty, w odróżnieniu do złożenia samej treści oferty, zastosowanie znajdzie przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, znajdujący się w dziale II ustawy Pzp, który zawiera normy ogólne dotyczące

sposobu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Łącznie ze wskazanym przepisem w niniejszej sprawie mają również zastosowanie postanowienia SIWZ w tym zakresie, a więc dotyczące dopuszczonej przez Zamawiającego w danym postępowaniu formy kontaktów. Skoro zatem Zamawiający w przywołanych postanowieniach SIWZ dopuścił na równi z formą pisemną faksową formę składania przez wykonawców oświadczeń, zawiadomień, wniosków i informacji, nie może wymagać od jakiegokolwiek wykonawcy złożenia w toku postępowania wyjaśnień, w tym dotyczących treści oferty, wyłącznie w formie pisemnej, a na pewno nie może to wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w postaci odrzucenia oferty z powodu niewłaściwej ich formy. Powyższe (żądanie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie w formie pisemnej pod rygorem nieważności) dopuszczalne byłoby jedynie w sytuacji, gdyby przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zawierał odpowiednie zastrzeżenie o konieczności składania wyjaśnień drogą pisemną pod rygorem nieważności, a także w sytuacji gdyby Zamawiający w SIWZ nie dopuścił możliwości składania oświadczeń w postępowaniu drogą faksową. Takie sytuacje nie miały miejsca w niniejszym postępowaniu zatem Zamawiający powinien był przyjąć udzielone przez Accenture Sp. z o.o. w piśmie z dnia 14 kwietnia 2009 r. wyjaśnienia dotyczące sposobu wypełnienia załącznika nr 3 do umowy co do wykazu płatników wynagrodzenia.

Po drugie skład orzekający Izby, odnosząc się również do treści złożonych wyjaśnień uznał, że odpowiadają one wymogom tak przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak i żądaniu Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 9 kwietnia 2009 r., którego podstawą był wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 359/09). Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie nie może oceniać na tym etapie postępowania dopuszczalności złożenia wyjaśnień w odniesieniu do sposobu określenia przez wykonawcę płatności wynagrodzenia (załącznik nr 3 do umowy) w kontekście możliwości przekroczenia dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w tym zakresie zostało wydane wiążące strony postępowania i jego uczestników (w tym Zamawiającego) orzeczenie KIO, które jako nie zaskarżone w trybie przewidzianym w art. 194 i następne ustawy Pzp, uzyskało przymiot prawomocności. Tym samym Izba, uznając stanowisko KIO zawarte w wyroku z dnia 3 kwietnia 2009 r. za wiążące, stwierdziła, że udzielone przez firmę Accenture Sp. z o.o. wyjaśnienia nie doprowadziły do niedopuszczalnej, w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zmiany treści oferty. Powyższe stanowisko zresztą potwierdził sam Zamawiający, uznając w piśmie z dnia 16 kwietnia 2009 r., że udzielone przez Accenture Sp. z o.o. wyjaśnienia wypełniają wymogi ustawy Pzp oraz wskazanego wyroku KIO.

Zwrócić również należy uwagę na treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stał się podstawą odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. Wskazany przepis obliguje

Zamawiającego do odrzucenia oferty, jeśli jej treści jest sprzeczna z treścią SIWZ. Przepis ten odnosi się zatem do treści oferty, a nie treści wyjaśnień dotyczących oferty. Uznanie przez Zamawiającego, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących oferty w niewłaściwej – jego zdaniem – formie świadczy o sprzeczności oferty z SIWZ jest daleko idącym uproszczeniem. Zamawiający mógłby bowiem odrzucić ofertę na podstawie wskazanego przepisu, w sytuacji gdyby udzielone wyjaśnienia w jakikolwiek sposób świadczyły o niezgodności samej oferty z treścią SIWZ. Zatem Zamawiający, dokonując oceny ofert pod kątem zastosowania wskazanej ustawowej przesłanki do odrzucenia oferty, powinien brać pod uwagę przede wszystkim treść samej oferty; wyjaśnienia udzielone w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą co najwyżej potwierdzać ewentualną sprzeczność oferty z SIWZ samodzielnie zaś nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego do postępowania odwoławczego – ComArch S.A., iż w udzielonych wyjaśnieniach Accenture Sp. z o.o. doprowadziła do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, prowadząc jednocześnie do jej niezgodności z treścią SIWZ co do braku wyceny dostawy jakiegokolwiek sprzętu i oprogramowania w żadnym z trzech etapów realizacji zamówienia na rzecz Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej i złożonego przez wykonawcę w tym zakresie oświadczenia, skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Przystępującego. Oceniając udzielone wyjaśnienia należy przede wszystkim interpretować je kompleksowo, biorąc pod uwagę zarówno pkt 1 lit a) pisma z dnia 14 kwietnia 2009 r., jak i pozostałe punkty, tj. pkt 1 lit. b) i lit. c). Słusznie - w ocenie Izby – Zamawiający odczytał wyjaśnienia udzielone przez Accenture Sp. z o.o. w pkt 1 lit. b) pisma z dnia 14 kwietnia 2009 r., iż w trzecim etapie realizacji zamówienia płatnikiem określonej w wyjaśnieniach kwoty będzie w całości Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej, a nie, jak omyłkowo wskazano, Komenda Wojewódzka. O popełnionej oczywistej omyłce pisarskiej przez Accenture Sp. z o.o. we wskazanym piśmie świadczy liczba pojedyncza sformułowania „Komenda Wojewódzka” (podczas gdy komend wojewódzkich jest 16, a nie została tutaj określona żadna z nich imiennie) oraz kontekst udzielonych w tym punkcie wyjaśnień (w trzecim etapie płatność obejmuje pozostałe – poza kosztami wyposażenia Komend Wojewódzkich – koszty realizacji sytemu, które poniesie w całości Komenda Główna).

Zwrócić ponadto należy uwagę, że zapisy SIWZ nie przewidują jakiś szczególnych wymogów co do wypełnienia załącznika nr 3 do umowy, w tym również szczegółowych zasad płatności, co potwierdza również treść ofert innych wykonawców (w tym Przystępującego do postępowania odwoławczego ComArch S.A.), którzy automatycznie podzielili kwotę wynagrodzenia umownego na wskazanych przez Zamawiającego w załączniku nr 3 do umowy płatników. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, również za

Zamawiającym, że udzielone wyjaśnienia wypełniają wymogi SIWZ oraz stanowią wykonanie wyroku KIO z dnia 3 kwietnia 2009 r.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się, zatem zasadne jest przywrócenie oferty Accenture Sp. z o.o. do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ramach nakazanej przez Izbę czynności ponownego badania i oceny ofert oraz przyjęcie złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, za prawidłowe.

Co do drugiego zarzutu dotyczącego – zdaniem Accenture Sp. z o.o. – nieprawidłowości w ofercie ComArch S.A. co do oferowania sprzętu nie posiadającego oznaczenia EnergyStar, a tym samym konieczności odrzucenia oferty ComArch S.A. skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się.

Stwierdzić w tym zakresie należy, że Odwołujący Accenture Sp. z o.o. – tak w proteście, jak i w odwołaniu – jak słusznie podniósł Zamawiający i Przystępujący do postępowania odwoławczego ComArch S.A. – nie wykazał zasadności stawianego zarzutu, a to na wykonawcy, który wywodzi określone skutki z pewnych okoliczności spoczywa ciężar ich wykazania (art. 6 kc).

Podstawą postawionego przez Accenture Sp. z o.o. zarzutu stał się określony fragment uzasadnienia protestu ComArch S.A. złożonego do Zamawiającego w dniu 10 czerwca 2009 r., dotyczący zarzutu opisanego w pkt III tego protestu, tj. zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Accenture Sp. z o.o. z powodu podania odbiegającej od cen rynkowych ceny za serwery. W tym przedmiocie ComArch S.A. faktycznie przywołał ceny katalogowe serwerów 4 producentów, w żaden sposób nie sugerując nawet, że któryś z nich został zaoferowany przez ComArch S.A. Wskazane serwery stanowiły jedynie przykładowe ujęcie rozeznania rynkowego sprzętu informatycznego, będące podstawą argumentacji ComArch S.A. co do postawionego zarzutu, a w żaden sposób nie świadczą o zaoferowaniu tego sprzętu w ofercie ComArch S.A. Tym samym zarzut podniesiony przez Accenture Sp. z o.o. jest gołosłowny i oparty wyłącznie na daleko posuniętych domniemaniach Odwołującego się wykonawcy, co nie może stanowić podstawy uwzględnienia zarzutu. Jednocześnie w sprawie tej Zamawiający wyjaśnił Odwołującemu w rozstrzygnięciu protestu, a także potwierdził na rozprawie, że w ofercie ComArch S.A. nie zaoferowanego żadnego z serwerów, który nie spełniałby wymogów EnergyStar, opisanych w SIWZ. Powyższe zostało też potwierdzone przez Przystępującego do niniejszego postępowania odwoławczego ComArch S.A. na rozprawie.

Tym samym skład orzekający Izby nie stwierdził co do tego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i ust. 2 oraz ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Skład orzekający Izby uznał w tym zakresie za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - koszty Accenure Sp. z o.o. poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, ograniczając ich wysokość do kwoty określonej przepisami przywołanego rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....