

Sygn. akt: KIO 2356/12
KIO 2372/12

WYROK
z dnia 13 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2012 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 29 października 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Infomex Sp. z o.o. ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec i Nabino Sp. z o.o. ul. Wróblewskiego 18 lok. 1207, 93-578 Łódź,**
- B. w dniu 29 października przez wykonawcę **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Fabrykę Sztuki w Łodzi, ul. Tymienieckiego 3, 90-365 Łódź

przy udziale

- A. wykonawcy **Espeo Software Sp. z o.o. ul. Wroniecka 18/5, 61-763 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2356/12 oraz KIO 2372/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Infomex Sp. z o.o. ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec i Nabino Sp. z o.o. ul. Wróblewskiego 18 lok. 1207, 93-578 Łódź** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2372/12 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2356/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala oba odwołania,**
- 2. kosztami postępowania w postępowaniu o sygn. akt KIO 2356/12 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec i Nabino Sp. z o.o. ul. Wróblewskiego 18 lok. 1207, 93-578 Łódź i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec i Nabino Sp. z o.o. ul. Wróblewskiego 18 lok. 1207, 93-578 Łódź tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec i Nabino Sp. z o.o. ul. Wróblewskiego 18 lok. 1207, 93-578 Łódź na rzecz Fabryki Sztuki w Łodzi, ul. Tymienieckiego 3, 90-365 Łódź kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 3. kosztami postępowania w postępowaniu o sygn. akt KIO 2372/12 obciąża wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 3.2. zasądza od wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa na rzecz Fabryki Sztuki w Łodzi ul. Tymienieckiego 3, 90-365 Łódź kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2356/12

KIO 2372/12

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Fabryka Sztuki w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utworzenie systemu „Multimedialna Platforma Zarządzania Kreatywnością” zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 lipca 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

18 października 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu ofert: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o., Comp S.A., M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS M..... S..... oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Espeo Software Sp. z o.o. Oferta wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. zajęła drugie miejsce w rankingu ofert.

odwołanie o sygn. KIO 2356/12

29 października 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o. wnieśli odwołanie od niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych zachowania zamawiającego polegającego na:

1. odmowie uznania modułu umożliwiającego dostęp do serwera dyskusji jako próbki w rozumieniu przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, co narusza art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 5 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia,
2. zaniechaniu wezwania odwołującego do uzupełnienia modułu umożliwiającego dostęp do serwera dyskusji dającego użytkownikom możliwość tworzenia nowych wątków, przeszukiwania bazy wiedzy (wszystkich utworzonych wątków dyskusyjnych) w podziale na: gorące wątki, moje wątki dyskusyjne (wątki dyskusyjne, które użytkownik zdecydował się śledzić), ostatnie wątki dyskusyjne (lista najnowszych wątków dyskusyjnych), wraz z serwerem dyskusji – serwis, który implementuje funkcjonalności związane z zarządzaniem dyskusjami (zgodnie z brzmieniem punktu 3. załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) jako próbki w rozumieniu przepisów rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich*

te dokumenty mogą być składane, względnie zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących modułu umożliwiającego dostęp do serwera dyskusji dającego użytkownikom możliwość tworzenia nowych wątków, przeszukiwania bazy wiedzy (wszystkich utworzonych wątków dyskusyjnych) w podziale na: gorące wątki, moje wątki dyskusyjne (wątki dyskusyjne, które użytkownik zdecydował się śledzić), ostatnie wątki dyskusyjne (lista najnowszych wątków dyskusyjnych), wraz z serwerem dyskusji – serwis, który implementuje funkcjonalności związane z zarządzaniem dyskusjami (zgodnie z brzmieniem punktu 3. załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) jako próbki w rozumieniu przepisów ww. rozporządzenia, co narusza art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 5 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia,

3. uznaniu, iż moduł umożliwiający dostęp do serwera dyskusji zaprezentowany przez wykonawców Espeo Software Sp. z o.o., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Comp S.A., spełnia wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność, a oferta tychże wykonawców jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przypadku, gdy moduły ww. wykonawców umożliwiający dostęp do serwera dyskusji zawierają rozwiązania w postaci wyszukiwania ostatnich wątków o funkcjonalności analogicznej lub znacznie zbliżonej do funkcjonalności w module zaprezentowanym przez odwołującego, a co za tym idzie na nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, co narusza art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

4. odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na rzekome niewykazanie i/lub niezaprezentowanie przez odwołującego spełnienia przez przedstawiony przez odwołującego moduł (umożliwiający dostęp do serwera dyskusji) wymaganej funkcjonalności w zakresie ostatnich wątków/listy najnowszych wątków dyskusyjnych,

5. stwierdzeniu, iż rzekomo treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego,
3. zobowiązanie zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym w zakresie czynności badania modułu umożliwiającego dostęp do serwera dyskusji, zaprezentowanego przez odwołującego w celu sprawdzenia zgodności funkcjonalności oferowanego przez odwołującego oprogramowania z funkcjonalnością opisaną w ofercie odwołującego i funkcjonalnością wymaganą przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. zobowiązanie zamawiającego do wezwania odwołującego do uzupełnienia modułu umożliwiającego dostęp do serwera dyskusji zaprezentowanego przez odwołującego, w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących modułu umożliwiającego dostęp do serwera dyskusji, zaprezentowanego przez odwołującego, w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z brzmieniem punktu 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wykonawca przedłoży próbkę systemu informatycznego wraz z opisem proponowanego rozwiązania w wersji demonstracyjnej zgodnie z opisem zamawiającego (prezentacja funkcjonalności konkretnej implementacji istniejącego rozwiązania np.: na maszynach wirtualnych prezentacja rozwiązania – zamawiającemu nie chodzi o prezentację typu power point). Przedmiotem prezentacji miał być wyłącznie szkielet środowiska zawierający istniejący w dniu składania ofert zestaw modułów o funkcjonalnościach wskazanych w załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Prezentowane rozwiązanie musiało zawierać istniejący (wymagający co najwyżej konfiguracji czy parametryzacji przez użytkownika bez modyfikacji kodu źródłowego) zestaw modułów.

Odwołujący dostarczył do zamawiającego próbkę oferowanego przez siebie systemu informatycznego w wersji demonstracyjnej, który zawierał m.in. moduł umożliwiający dostęp do serwera dyskusji dający użytkownikom możliwość tworzenia nowych wątków, przeszukiwania bazy wiedzy (wszystkich utworzonych wątków dyskusyjnych) w podziale na: gorące wątki, moje wątki dyskusyjne (wątki dyskusyjne, które użytkownik zdecydował się śledzić), ostatnie wątki dyskusyjne (lista najnowszych wątków dyskusyjnych), wraz z serwerem dyskusji – serwis, który implementuje funkcjonalności związane z zarządzaniem dyskusjami.

Po przeprowadzeniu przez odwołującego prezentacji zamawiający, bez podejmowania żadnych innych czynności, zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniając to rzekomym niewykazaniem i/lub niezaprezentowaniem przez odwołującego spełnienia przez przedstawiony przez odwołującego moduł umożliwiający dostęp do serwera dyskusji wymaganej funkcjonalności w zakresie ostatnich wątków/listy najnowszych wątków dyskusyjnych.

Z treści załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż zestaw funkcjonalności podlegających prezentacji przez wykonawcę powinien zawierać funkcjonalności w ramach 10 modułów, które należało przedstawić. Zamawiający podważył

fakt zaprezentowania przez odwołującego jednego z elementów modułu „Dyskusje” – możliwości przeszukiwania bazy wiedzy (wszystkich utworzonych wątków dyskusyjnych) w podziale na ostatnie wątki dyskusyjne (lista najnowszych wątków dyskusyjnych), z czym odwołujący się nie zgadza. Odwołujący zawarł w prezentowanej przez siebie próbie funkcjonalności, jak i w „Opisie proponowanego rozwiązania” kilka możliwości dotarcia do najnowszych wątków:

1. wyszukiwarka forum (dyskusji) – zamawiający wskazał, iż jedną z funkcjonalności ma być: wyszukiwarka zaawansowana – np. możliwość zaznaczenia wyszukiwania w forum (ograniczenie do działu czy tematyki). Funkcjonalność, której brak zamawiający wskazał, została spełniona poprzez umieszczenie w wyszukiwarce forum (dyskusji) odpowiednich kryteriów wyboru – pole umożliwiające wpisanie fragmentu treści, który ma być wyszukiwany oraz pole umożliwiające wyszukiwanie postów/wątków z ostatnich minut/godzin/dni/tygodni/miesiący przy uzupełnieniu przez użytkownika ilości danej jednostki; np. z ostatnich 5 dni, autora wątku, tematu, daty od – do lub wybór jednej z opcji: ignorowane/ obserwowane/ gorące. Funkcjonalność wyszukiwania ostatnich wątków, której rzekomy brak wskazał zamawiający, została spełniona przez kryteria: z ostatnich, szukaj w oraz data od-do. Ostatnie wątki można odnaleźć poprzez wybranie kryterium „Szukaj w tematach (wątkach)” oraz jednocześnie uzupełnienie kryterium czasu;

2. struktura forum – widok listy wątków w dziale – odwołujący zastosował w module standardową funkcjonalność pozwalającą na wyświetlanie najnowszych wątków na górze danego poddziału. Odwołujący umożliwił także sortowanie po dacie ostatniej aktualizacji wątku (sortowanie po kolumnie „Ostatni post” w liście wątków);

3. funkcję „zobacz posty od ostatniej wizyty” – wyświetla listę najnowszych wątków w rozumieniu wątków ostatnio aktualizowanych o nowe posty.

Również w „Opisie proponowanego rozwiązania” załączonego do oferty zawarto informację: „Z poziomu strony głównej forum jest możliwe także przejście do wątków: - które posiadają nowe posty od ostatniej wizyty, - które posiadają posty nieprzeczytane.”

Odwołujący przeanalizował udostępnione przez zamawiającego nagrania prezentacji innych wykonawców, których rozwiązania dotyczące prezentacji ostatnich wątków dyskusyjnych zostały zaakceptowane i uważa, że przedstawiają funkcjonalności podobne do wchodzącej w skład systemu prezentowanego przez odwołującego.

Jednak nawet gdyby założyć, iż funkcjonalność próbki systemu przedłożona przez odwołującego nie była zgodna z treścią oferty odwołującego czy treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający powinien był skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 3, względnie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle bowiem punktu 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punktu 3. załącznika nr 6 do specyfikacji nie budzi wątpliwości fakt, iż próbka systemu informatycznego stanowi próbkę w

rozumieniu rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, a co za tym idzie, możliwe jest jego uzupełnienie lub wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego. Nie zgodził się z argumentacją zawartą w odwołaniu wskazując na cel, z powodu którego zażądał przeprowadzenia prezentacji zamawianego oprogramowania.

Zgodnie z punktem 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wykonawca miał przedłożyć próbkę systemu informatycznego wraz z opisem proponowanego rozwiązania w wersji demonstracyjnej zgodnie z opisem zamawiającego. Ocena spełnienia każdego z wymagań miała być realizowana w systemie Tak/Nie (spełnione/nie spełnione), niewykazanie spełnienia choćby jednej funkcjonalności wymienionej w załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia miało powodować odrzucenie oferty jako takiej, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wynika z tego jednoznacznie, że zamawiający traktował prezentację systemu informatycznego jako element merytoryczny oferty wykonawcy, a nie dokument w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia *w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane*. Nawet umieszczenie określonego dokumentu w rozdziale specyfikacji o określonej nazwie nie może skutkować automatycznym uznaniem, że mamy do czynienia z dokumentem przedmiotowym, uzupełnianym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż decyduje charakter danego dokumentu i to, jakie treści on zawiera w kontekście określonego stanu faktycznego w danej konkretnej sprawie. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w większości orzeczeń w przypadku, gdy oferowane przez wykonawcę oprogramowanie nie spełnia wymagań funkcjonalnych określonych w specyfikacji, należy odrzucić ofertę ze względu na niezgodność oferty z treścią specyfikacji, nie zaś wezwać do uzupełnienia prezentacji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy bowiem odróżnić dwa pojęcia: niezłożenie przez wykonawcę dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego od złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego. Z okoliczności przedmiotowej

sprawy jednoznacznie wynika, że przeprowadzona przez odwołującego prezentacja wykazała stan sprzeczny z oczekiwanym przez zamawiającego.

Prezentacja jest treścią oferty, co do której obowiązuje zakaz negocjowania i zmian po upływie terminu składania ofert. Wykazanie w trakcie prezentacji oprogramowania, że system nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego potwierdza już wykazanie stanu sprzecznego z oczekiwanym przez zamawiającego. Przyjęcie dopuszczalności wezwania do uzupełnienia prezentacji oznaczałoby dopuszczenie możliwości dokonywania poprawek w oferowanym oprogramowaniu po terminie składania ofert, co pozostawałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

Przedstawiona prezentacja potwierdziła, iż oferowane przez odwołującego oprogramowanie nie jest zgodne z wymaganiami zamawiającego, gdyż wbrew twierdzeniom odwołującego zaprezentowany system nie oferował w ramach modułu dyskusje funkcjonalności ostatnich wątków. W trakcie prezentacji wykonawca pokazał wyszukiwarkę jako jedną z wymaganych funkcji, ale nie pokazał wymaganej przez zamawiającego funkcji ostatnich wątków. Nadto w wyszukiwarce prezentowanej przez wykonawcę nie zaprezentowano tej konkretnej funkcji. Wykonawca nie udowodnił, że w chwili prezentacji system posiadał funkcjonalność opisaną w punkcie 3. załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści odwołania jednoznacznie wynika, że odwołujący ma świadomość, iż podczas prezentacji nie zaprezentował funkcjonalności w zakresie ostatnich wątków/listy najnowszych wątków dyskusyjnych i prezentacji tej usiłuje dokonać w treści odwołania.

Bezpodstawnym jest zarzut, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – inni wykonawcy prezentowali funkcję wyszukiwania według wątków ostatnich bez konieczności używania dodatkowego kryterium czasowego.

Przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: Espeo Software Sp. z o.o. i Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o.

odwołanie o sygn. KIO 2372/12

29 października 2012 r. odwołanie wniósł również wykonawca – Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Espeo Software Sp. z o.o., pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Espeo Software Sp. z o.o., pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

3. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania Espeo Software Sp. z o.o., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o. oraz M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS M..... S..... do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

4. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o., M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS M..... S..... oraz Comp S.A. na podstawie innych okoliczności faktycznych niż wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym zaniechanie wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, na podstawie których ww. oferty powinny zostać odrzucone,

5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert i wezwania Espeo Software Sp. z o.o., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o. i M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS M..... S..... do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odrzucenia ww. ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż po analizie prezentacji konkurencyjnych wykonawców uznał, iż nie spełniają one wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Prezentacja przeprowadzona przez Espeo Software Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:

1.3. wysłano wiadomość z załącznikiem, ale nie skomentowano ani nie wykazano, czy wiadomość dotarła do odbiorcy (oczywista konieczność w przypadku wymogów dotyczących e-mail);

1.6. nie pokazano w żaden sposób tego, że poczta oparta jest o standardy SMTP/IMAP, oświadczone tylko, że użyto serwera PostFix który to zapewnia, bez żadnej jego prezentacji;

1.7. pokazano tylko plik konfiguracyjny i oświadczono, że rozwiązanie uzależnione jest od serwerów zewnętrznych, np. poczty Google, w których administrator serwisu ze strony zamawiającego nie ma możliwości wpływu na wielkość skrzynki i listu; nie pokazano faktycznej sytuacji, że wiadomość powyżej limitu jest blokowana do wysyłki lub skrzynka rzeczywiście posiada jakikolwiek limit;

2. podczas prezentacji nie ma momentu, w którym prezentuje się, że dana grupa widzi ogłoszenie, a inna grupa nie widzi;

3. funkcjonalność ostatnich tematów została zaprezentowana jako tematy z określonej ilości ostatnich dni, a nie jako lista ostatnich wątków; podczas prezentacji w ogóle nie zaprezentowano wyszukiwania w dyskusjach, kliknięto przycisk „Szukaj” bez wpisania żadnej treści w pole wyszukiwania w podziale na gorące, moje, ostatnie, wspomniano tylko, że wyszukiwanie w dyskusjach jest konfigurowalne. Oczekiwane przez zamawiającego wątki utożsamiono z pojedynczymi postami, które faktycznie są elementami składowymi wątku; użytkownik może wybrać subskrypcję wątku jako postów, pokazano ostatnie posty z ostatnich dni, a nie wątki;

4.1.1. Ograniczenie jest realizowane poprzez uprawnienie do edycji bloga – w tym przypadku uprawnienie posiada 1 osoba, ale pokazano, że inny użytkownik posiada prawa do zarządzania treścią bloga, w postaci komentowania wpisów takiego bloga (jest to dodawanie treści do danego bloga); tę samą funkcjonalność (komentowanie wpisów) wskazano między innymi jako spełnienie funkcjonalności wspólnej edycji dokumentu w punkcie prezentacji dotyczącym Wiki;

6.1. pokazano tylko zapisane wersje dla jednego dokumentu, bez pokazania wersjonowania bieżącego; nie pokazano wersjonowania dla obrazów; nie pokazano wersjonowania zestawu dokumentów;

6.2. nie zaprezentowano tego, że dokument jest blokowany dla innych użytkowników, tylko o tym powiedziano; nie pokazano, iż można elastycznie (inaczej niż po zadany czasie) zwolnić dokument (check-out);

6.3. pokazano wyłącznie fakt możliwości wstawienia linku do dokumentu w innym miejscu portalu; pokazano tylko wywołanie dokumentu w przeglądarce, bez powiązania z żadnym z innych serwisów;

6.5. podczas prezentacji przechowywania dokumentów w bazie danych pokazano jakąś tabelę oderwaną od reszty prezentacji, nie pokazano powiązania między tym, co się wykonuje w systemie (np. dodanie pliku o określonej nazwie) a tym, co jest w bazie. Nie pokazano zapisu pliku w systemie plików, pokazano tylko i wyłącznie zapis pliku XML mającego służyć do prezentacji metadanych, ale bez takich meta danych, pokazano tylko istniejący plik na serwerze i skomentowano konieczność ręcznego dopisywania metadanych z poziomu edytora dokumentów, ale nie pokazano, że tak wpisane metadane rzeczywiście

są przechowywane, ponieważ funkcja do wyszukiwania metadanych w systemie plików zwróciła plik XML zawierający puste informacje o metadanych.

Zamawiający odrzucając oferty złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o., M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS M..... S..... oraz Comp S.A. nie wskazał wszystkich uchybień, które oferty te posiadają, a ewentualna ponowna ocena ofert może uniemożliwić odwołującemu wskazanie tych uchybień ze względu na uchybienie terminowi. Również w stosunku do tych wykonawców odwołujący wymienił stwierdzone przez siebie wady prezentacji.

Odwołujący wskazał też, że ze sporządzonego przez zamawiającego protokołu z oceny funkcjonalności oferowanych modułów systemu wynika, iż przedłożenia wersji demonstracyjnej systemu dokonali przedstawiciele Comp S.A., którzy nie posiadali dokumentów potwierdzających ich umocowanie do reprezentowania wykonawcy, a umocowanie to nie wynika z dokumentów załączonych do oferty, co budzi wątpliwości co do prawidłowości przeprowadzenia prezentacji próbki przez tego wykonawcę.

Ceny zaoferowane przez wykonawców w niniejszym postępowaniu kształtowały się w następujący sposób: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o. – 784.740,00 zł, Espeo Software Sp. z o.o. – 796.996,97 zł, M..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS M..... S..... – 870.348,00 zł, Comp S.A. 1.151.280,00 zł, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. 1.413.371,60 zł, 4system Polska Sp. z o.o. 1.845.000,00 zł.

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 1.500.600 zł.

Zatem ceny ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o., Espeo Software Sp. z o.o. i M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MobileMS M..... S..... są o połowę niższe od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz znacznie niższe od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Powyższa analiza jednoznacznie wskazuje, iż ceny zawarte w ww. ofertach są cenami nierealistycznymi, nieadekwatnymi do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia.

Powyższe okoliczności powinny zostać uznane za wystarczające do uznania przez zamawiającego zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ww. wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które to zaniechanie w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających rażąco

niską cenę. Ponadto złożenie ww. ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazał, iż zgodnie z punktem 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem prezentacji miał być wyłącznie szkielet środowiska zawierający istniejący w dniu składania ofert zestaw modułów o funkcjonalnościach wskazanych w załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający oczekiwał zaprezentowania funkcjonalności istniejącego już rozwiązania, a nie zaprezentowania określonego sposobu działania funkcjonalności. Dopiero w wyniku udzielenia zamówienia obowiązkiem wykonawcy będzie m.in. przeprowadzenie analizy wewnętrznej platformy (obejmującej analizę uwarunkowań projektu i analizę procesów biznesowych) oraz przygotowanie projektu technicznego i wykonanie platformy zgodnie z tym projektem w oparciu o infrastrukturę wykonawcy, w tym przygotowanie projektu koncepcji graficznej platformy i jej elementów. Sformułowanie obowiązku zaprezentowania przez wykonawców określonego sposobu działania funkcjonalności byłoby żądaniem przedstawienia na etapie składania ofert prototypu systemu informatycznego dedykowanego na potrzeby prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Prezentacja nie podlegała ocenie punktowej w zakresie jakościowym ani takiej ocenie nie podlegał sposób poprowadzenia prezentacji. Wykonawcy w zależności od oferowanego produktu w odmienny sposób prezentowali funkcjonalności oferowanych systemów informatycznych. Zamawiający oceniał jedynie, czy prezentowane rozwiązanie spełnia określone w załączniku nr 6 funkcjonalności, co potwierdza „Protokół z oceny funkcjonalności oferowanych modułów systemu w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację platformy informatycznej pod nazwą: Multimediaalna Platforma Zarządzania Kreatywnością”.

Wbrew twierdzeniom odwołującego Espeo Software Sp. z o.o. zademonstrowała wszystkie funkcjonalności.

Dla modułu email zamawiający nie wymagał zaprezentowania kwestionowanego przez odwołującego zakresu.

1.3. wiadomość z załącznikiem została wysłana – 6:15-6:50 minuta nagrania;

1.6. 8:25-9:30 minuta nagrania – zaprezentowano serwer PostFix, który wspiera wymagane standardy (pokazano konfiguracje);

1.7. 9:31-11:05 minuta nagrania – pokazano plik konfiguracyjny, gdzie określa się limity wielkości wymagane w punkcie 1.7.;

2. 11:15-12:50 minuta nagrania – przygotowano ogłoszenie dla danej grupy o określonych uprawnieniach, zamawiający nie wymagał zaprezentowania kwestionowanego zakresu;

3. 13:30-18:00 minuta nagrania – oferent używał zamiennie pojęcia: wątek – post, pełen zakres punktu został zaprezentowany, zamawiający nie wymagał zaprezentowania kwestionowanego zakresu;

4.1.1. zamawiający nie wymagał zaprezentowania kwestionowanego zakresu, pokazano – czas nagrania 18:25-20:20; spełniono poprzez nadawanie uprawnień np. 1 osobie, co wpływa z zapisu prezentacji;

6. czas nagrania – 25:58, zamawiający nie wymagał zaprezentowania kwestionowanego zakresu; 27:30-28:15 minuta nagrania zostało zaprezentowane wersjonowanie dokumentów; zamawiający nie dokonywał oceny jakości prezentowanych rozwiązań, elementy umieszczone w nawiasie są przykładowymi elementami prezentacji;

6.2. Zostało zaprezentowane, zamawiający nie określił sposobu prezentacji;

6.3. 30:17 minuta nagrania; zamawiający nie określił sposobu podwiązania do innych serwisów;

6.5. 30:49, 31:55-35:40 minuta nagrania; pokazano miejsca i wyniki zapisu.

Podobne wyliczenia zamawiający przedstawił również w stosunku do pozostałych kwestionowanych ofert.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny wskazał, że w postępowaniu zostało złożonych 6 ofert z następującymi cenami: 784.740,00 zł, 796.996,97 zł, 870.348,00 zł, 1.151.280,00 zł, 1.413.371,60 zł i 1.845.000,00 zł. Pierwszych trzech wykonawców złożyło oferty na przedmiot zamówienia o zbliżonych cenach. Oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Samo porównanie wartości zamówienia oraz oferty wykonawcy, której cena znacznie odbiega od ustalonej przez zamawiającego nie uprawnia do odrzucenia oferty. Judykatura wskazuje, że jakkolwiek przy ocenie, czy oferta zawiera cenę rażąco niską należy brać pod uwagę przedmiot zamówienia i jego szacunek, to jednak należy także wziąć pod uwagę ceny ofert konkurencyjnych. Tym samym, jeśli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kilka ofert posiada ceny bardzo zbliżone do siebie, może to oznaczać, że rynek ustala cenę w taki sposób i bywa, że ceny te znacznie odbiegają od ustalonego przez zamawiającego szacunku. Niewielkie różnice cenowe między ofertami można traktować jak objaw zwykłej, rynkowej konkurencji. Ocenie zamawiającego podlega kwota brutto za realizację całości zamówienia zawarta w ofercie wykonawcy, nie zaś kwota, którą zamawiający sam kalkuluje. Zaproponowane w ww. ofertach ceny były zbliżone i w konsekwencji nie można mówić o rażąco niskiej cenie.

Programy informatyczne charakteryzują się różnorodnością rozwiązań wynikającą m.in. z objęcia ich ochroną w zakresie praw autorskich. Zamawiający dokonał ustalenia szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia w oparciu o komercyjne rozwiązania, gdzie znaczną częścią ceny są licencje, lecz na rynku funkcjonuje również szereg rozwiązań darmowych. Oferty, którym zarzuca się rażąco niską cenę, bazują właśnie na rozwiązaniach nie opartych o licencje. Różnice mogą wynikać z różnej wysokości stawek za prace programistyczne w danej firmie. Stąd dosyć znaczne odbieganie cen ofertowych od obliczonej wcześniej wartości szacunkowej nie jest niewiarygodne ani nierealistyczne, a wystąpienie takiej rozbieżności jest racjonalne ze względu na cechy oferowanego systemu informatycznego. Specyfika przedmiotu zamówienia wskazuje na trudność ustalenia referencyjnych cen rynkowych za zamówienia podobne. Fakt, iż odwołujący zaproponował cenę wyższą w stosunku do cen kwestionowanych nie może skutkować uznaniem, iż ceny zaoferowane przez tych wykonawców są rażąco niskie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien zwrócić się do wykonawców o udzielnie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny tylko, jeśli dochodzi do wniosku, że istnieje podejrzenie zastosowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej. To do zamawiającego należy decyzja o przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. W niniejszym postępowaniu nie zachodziło podejrzenie występowania rażąco niskiej ceny.

Przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy Espeo Software Sp. z o.o. i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: żadne z odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący mają interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – z tym zastrzeżeniem, że w odniesieniu do odwołania wniesionego przez Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. na obecnym etapie postępowania wykonawca ten nie ma interesu w podnoszeniu zarzutów co do czynności zamawiającego odnoszących się do ofert, które zamawiający odrzucił, lecz bez podania wszystkich powodów, które, zdaniem odwołującego, powinien był wskazać. Oferty

te zostały przez zamawiającego odrzucone – i ich status nie zmienił się – więc brak jest obecnie w tym zakresie uszczerbku dla możliwości uzyskania przez odwołującego zamówienia czy poniesienia przez niego szkody. Zarzuty te podlegają więc oddaleniu ze względu na brak interesu odwołującego. Należy też wskazać, że również na gruncie regulacji art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogłyby być one uwzględnione ze względu na brak wpływu na wynik postępowania.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących nieprawidłowo przeprowadzonych prezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabino Sp. z o.o. oraz Espeo Software Sp. z o.o. Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z punktem 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał: „w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w Opisie przedmiotu zamówienia a) Wykonawca przedłoży próbkę systemu informatycznego wraz z opisem proponowanego rozwiązania w wersji demonstracyjnej zgodnie z poniższym opisem zamawiającego (prezentacja funkcjonalności konkretnej implementacji istniejącego rozwiązania np. na maszynach wirtualnych prezentacja rozwiązania – Zamawiającemu nie chodzi o prezentację typu power point). Przedmiotem prezentacji będzie wyłącznie szkielet środowiska zawierający istniejący w dniu składania ofert zestaw modułów o funkcjonalnościach wskazanych w załączniku nr 6 do SIWZ. Prezentowane rozwiązanie musi zawierać istniejący (wymagający co najwyżej konfiguracji czy parametryzacji przez użytkownika bez modyfikacji kodu źródłowego) zestaw modułów. Demonstracja oferowanych modułów nastąpi w siedzibie Zamawiającego. Zamawiający oferuje w tym celu salę prezentacyjną oraz przyłączem elektrycznym 230V. Prezentacja modułów przez wykonawców zostanie przeprowadzona przez maksymalnie dwie osoby w obecności członków komisji przetargowej. Maksymalny czas prezentacji wynosi jedną godzinę. Termin i godzina prezentacji zostanie wyznaczona dla poszczególnych wykonawców przez Zamawiającego. Przebieg prezentacji będzie zarejestrowany przez Zamawiającego za pomocą kamery video lub utrwalony na innym nośniku (...), a dodatkowo zostanie sporządzony pisemny protokół z prezentacji każdego wykonawcy. Ocena spełnienia każdego z wymagań będzie realizowana w systemie Tak/Nie (spełnione/nie spełnione). Niewykazanie spełnienia choćby jednej funkcjonalności wymienionej w załączniku nr 6 do SIWZ spowoduje odrzucenie oferty, jako takiej, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Osoby reprezentujące Wykonawcę przy prezentacji powinny posiadać ze sobą dokumenty potwierdzające ich umocowanie do reprezentowania wykonawcy, o ile umocowanie to nie będzie wynikać z dokumentów załączonych do oferty.”

W załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Zestaw funkcjonalności, podlegających prezentacji przez wykonawcę” wymieniał:

1. Email – moduł lub zestaw modułów umożliwiających wyświetlenie nagłówków (adresat oraz temat wiadomości) ostatnich 'n' wiadomości w skrzynce pocztowej użytkownika (skrzynka email) oraz podstawowe operacje na skrzynce pocztowej użytkownika, w tym:

1.1. Przeczytanie wiadomości poczty elektronicznej, z listy ostatnich 'n' wiadomości w skrzynce użytkownika,

1.2. Skasowanie wiadomości z listy ostatnich 'n' wiadomości w skrzynce użytkownika,

1.3. Utworzenie i edycję nowej wiadomości pocztowej, wraz z możliwością wysłania załącznika,

1.4. Utworzenie i edycję wiadomości jako odpowiedź na wiadomość w skrzynce użytkownika,

1.5. Przekazanie dalej wiadomości w skrzynce użytkownika,

1.6. Rozwiązanie musi funkcjonować w oparciu o standardy komunikacji przy pomocy poczty elektronicznej takich jak: IMAP (dostęp do skrzynki pocztowej użytkownika) oraz SMTP (dostęp do usługi transportu poczty, wysyłanie wiadomości poczty elektronicznej),

1.7. Możliwość ograniczania wielkości skrzynki i listu.

2. Ogłoszenia – moduł umożliwiający odczytywanie i tworzenie ogłoszeń do grupy współpracujących użytkowników w zakresie efektywnej komunikacji dotyczącej zdarzeń, procesów, aktywności oraz innego zestawu informacji,

3. Dyskusje – moduł umożliwiający dostęp do serwera dyskusji dający użytkownikom możliwość tworzenia nowych wątków, przeszukiwania bazy wiedzy (wszystkich utworzonych wątków dyskusyjnych) w podziale na: gorące wątki, moje wątki dyskusyjne (wątki dyskusyjne, które użytkownik zdecydował się śledzić), ostatnie wątki dyskusyjne (lista najnowszych wątków dyskusyjnych). Rozwiązanie musi także zawierać serwer dyskusji – serwis, który implementuje funkcjonalności związane z zarządzaniem dyskusjami,

4. Blog (Webblog) – moduł, bądź zestaw modułów umożliwiających użytkownikom na dostęp do blogów tworzonych w ramach platformy implementującej rozwiązanie,

4.1. Usługa ta musi umożliwiać tworzenie i zarządzanie dwoma typami blogów, tj.:

4.1.1. blogi indywidualne, tworzone i zarządzane przez pojedynczego użytkownika oraz

4.1.2. blogi społecznościowe, tworzone i zarządzane przez grupę współpracujących użytkowników,

5. Wiki – moduł bądź zestaw modułów umożliwiający użytkownikom na dostęp do funkcjonalności typu WIKI, tj. tworzenia webowych dokumentów oraz współpracy użytkowników w zakresie zarządzania zawartością takich dokumentów,

6. Dokumenty – moduł lub zestaw modułów umożliwiający użytkownikom na wyświetlanie oraz zarządzanie dokumentami w repozytorium dokumentów. Moduł lub zestaw modułów winien wykorzystywać następujące cechy repozytorium dokumentów:

6.1. Wersjonowanie elementów zawartości (dokumenty, obrazy, zestawy dokumentów, itd.),

6.2. Funkcje check in oraz check out,

6.3. Podwiązywanie elementów zawartości do innych serwisów,

6.4. Bezpośrednie połączenie z autorem danego elementu zawartości (np. autorem dokumentu).

6.5. Dokument wraz z metadanymi może być przechowywany w bazie danych bądź w systemie plików (należy zademonstrować obie możliwości).

7. Zdarzenia – moduł lub zestaw modułów zapewniający funkcjonalność kalendarza grupowego pozwalający na planowanie wspólnych spotkań, aktywności, itd. Kalendarz powinien być dostępny dla grup użytkowników współpracujących w ramach określonego przedsięwzięcia,

8. Notatki osobiste – moduł lub zestaw modułów zapewniający funkcjonalność podręcznego notatnika dla każdego z użytkowników portalu wewnętrznego,

9. RSS – moduł lub zestaw modułów zapewniających funkcjonalność zarządzania personalnymi RSS'ami, personalnymi w tym wypadku oznacza zarządzanie swoją listą kanałów RSS przez każdego użytkownika,

10. Task List – moduł wyświetlający listę zadań użytkownika.

Z powyższej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że zamawiający wskazał tylko, iż podczas demonstracji systemu wymaga zaprezentowania niektórych funkcjonalności tego systemu. Przy czym zamawiający, niestety, nie sporządził konkretnego i szczegółowego scenariusza prezentacji ze wskazaniem poszczególnych poleceń, które wykonawca ma kolejno wykonać (poza punktem 6.5., w którym wskazał, że wykonawca ma zaprezentować obie możliwości przechowywania dokumentu), a przy tym przyjął konwencję prezentacji, w której pozostawił przedstawicielom wykonawcy swobodny tok wypowiedzi, nie prosił ich o dodatkowe wyjaśnienia lub pokaz wybranych funkcjonalności.

Oczywiście zamawiający miał prawo wybrać taki sposób przebiegu prezentacji, a wykonawcy go nie kwestionowali, jakkolwiek można zamawiającego zachęcić, by – w celu uniknięcia podobnych sporów co do zakresu dokonanej prezentacji – na przyszłość takie zmiany rozważył.

Zamawiający zatem nie zawarł konkretnych poleceń, z jaką dokładnością i jakie konkretne czynności ma zademonstrować wykonawca i czy musi udowodnić technicznie, że dane rozwiązanie działa w wymagany sposób, czy zaprezentować je tylko w sposób opisowy. Tym

samym w ramach wymogu „utworzenia i edycji wiadomości” wykonawca musiał taką wiadomość utworzyć i wyedytować, brak jest polecenia udowodnienia, że wiadomość ta do odbiorcy dotarła (czy nawet polecenia jej wysłania). Podobnie – co do wymogu, aby poczta funkcjonowała w oparciu o standardy IMAP/SMTP, należy taki wymóg spełnić i objąć prezentacją, brak jest natomiast obowiązku udowodnienia środkami technicznymi (a nie tylko informacją podczas prezentacji), że realnie wykorzystany standard jest tym deklarowanym. Podobnie można skomentować pozostałe wymienione funkcjonalności.

Zdaniem Izby, jeśli zamawiający chciałby otrzymać prezentację o stopniu szczegółowości wskazanym przez odwołującego, musiałby zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia bardziej szczegółowe polecenia niż zawiera załącznik nr 6 lub też pytania i polecenia takie wydawać podczas prezentacji.

Nie zmienia to faktu, że wykonawca podczas prezentacji powinien wszystkie wymagane kwestie chociaż omówić. W kwestionowanym punkcie 3. „Dyskusje” zamawiający wymienił rodzaje funkcjonalności wymaganych w stosunku do wątków, które mają być zaprezentowane – wykonawca powinien zatem zaprezentować możliwość tworzenia nowych wątków, przeszukania bazy wiedzy z podziałem na wątki gorące, wątki śledzone i ostatnie wątki dyskusyjne.

Jak wynika z prezentacji, odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infomex Sp. z o.o. i Nabiro Sp. z o.o. nie omówili prezentowanych funkcjonalności pod kątem ostatnich wątków dyskusyjnych. Owszem, pokrótce omawiali opcje wyszukiwarki, która w zasadzie była odrębnym wymogiem zamawiającego, ale bez kontekstu konkretnego wyszukiwania ostatnich wątków. Przy tym wyszukiwanie ostatnich napisanych postów może być funkcjonalnością podobną, lecz nie identyczną, gdyż wszystkie ostatnie posty mogą pojawiać się w jednym tylko wątku. Tak samo posty od ostatniej wizyty czy posty nieprzeczytane – jeśli użytkownik przez dłuższy okres nie będzie odwiedzał platformy, pokażą mu się posty nie tylko z ostatnich wątków, a co do postów nieprzeczytanych – posty te nie muszą dotyczyć wątków „ostatnich”, a do tego, jeśli świadomie nie przeczytał tych postów, gdyż nie budzą jego zainteresowania, przy każdorazowym będzie je otrzymywał od systemu.

Izba nie widzi możliwości powtórzenia czy uzupełnienia prezentacji o nowe elementy w oparciu o przepisy dotyczące uzupełniania i wyjaśniania treści dokumentów, czyli art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu to, że przygotowana i przeprowadzona przez wykonawcę prezentacja miała wady lub była niepełna. Nie zezwalają na to w szczególności przyjęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia regulacje (jak choćby sam fakt prowadzenia prezentacji „na żywo” i w określonym czasie) oraz znaczenie owych prezentacji, a przy tym takie „uzupełnienie” prezentacji musiałoby

jednocześnie prowadzić do zmiany treści oferty. Owszem, uzupełnianie dokumentów czy korygowanie znajdujących się w nich błędów jest dozwolone, lecz nie ma wątpliwości, że zakaz zmiany treści oferty jest w stosunku do nich nadrzędny. Zatem nawet w przypadku dokumentów, które formalnie można uzupełniać, zakaz ten istnieje, a takie zmiany będą bezskuteczne (czyli tym samym oferta wciąż będzie niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia).

Poza tym zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia przebieg prezentacji był istotnym elementem badania ofert – wykazanie (czy też raczej niewskazanie) posiadania poszczególnych funkcjonalności podczas prezentacji było nawet istotniejsze niż to, czy takie (niewykazane) funkcjonalności w rzeczywistości w systemie istnieją – zgodnie z punktem 7.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia znaczenie miały zwłaszcza pominięcia w prezentacji funkcjonalności wymienionych w załączniku nr 6, które to pominięcia w punkcie 7.3. zostały wskazane wprost jako powód odrzucenia oferty. Wykonawcy akceptując warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia na takie rozwiązanie i konsekwencje się zgodzili. Zatem w niniejszej sytuacji powtórzenie prezentacji można by porównać do pozwolenia wykonawcy na uzupełnienie kilku ocenianych parametrów, aby mógł on uzyskać kilka punktów więcej.

Co do zarzutu dotyczącego istnienia lub podejrzenia istnienia rażąco niskiej ceny – odwołujący nie wykazał w żadnym stopniu, że za zaoferowaną przez Espeo Software Sp. z o.o. cenę nie da się przedmiotu zamówienia wykonać w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego, cena ta nie pokrywa kosztów wykonawcy czy że jest ona w jakikolwiek sposób nierealna. Za wykazanie takie nie można uznać jedynie wskazania wartości zamówienia czy kwoty, jaką zamawiający zaplanował na jego wykonanie przeznaczyć, a tym bardziej przekonania wykonawcy, że cena takiego systemu nie może być niższa niż 1.100.000 złotych.

Zatem choć wszczęcie procedury wyjaśniającej może zostać zapoczątkowane przez porównanie cen ofert czy wartości szacunkowej zamówienia, to samo ustalanie, czy cena oferty jest, czy nie jest rażąco niska, odnosi się wyłącznie do tej oferty, a wyznacznikiem poprawności ceny jest, czy wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę, m.in. czy jest w stanie uzyskać deklarowane ceny materiałów (tu np. licencji), robocizny, pracy sprzętu itp. kosztów wykonania zamówienia.

W niniejszym postępowaniu złożono dwie najtańsze oferty o cenach ze sobą porównywalnych 784.740 zł i 796.996,97 zł oraz kolejne o cenach w ogóle pomiędzy nimi nieporównywalnych. Przy czym istotną kwestią jest to, że przedmiotem zamówienia są dzieła o charakterze intelektualnym, zatem ceny te niekoniecznie muszą się przekładać na ich rzeczywistą wartość związaną z ponoszonymi nakładami czy opłacalnością i tym trudniej

wycenić i porównać realną wartość oferowanych systemów i opłacalność zaoferowanych cen. Przy tym, jak już wskazano powyżej, odwołujący nawet nie uprawdopodobnił poprawności swojego twierdzenia o istniejących rażąco niskich cenach. Tym samym trudno zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny czy popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji uznać za uzasadniony.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: