

WYROK

z dnia 19 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Małgorzata Matecka

Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 15 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: A P. S.A., A G. D. C. P. Sp. z o.o., Sp. k., (...)**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., (...)**,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: D. I. W. Sp. z o.o., M. D. C. K. "P.", (...)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

B. wykonawcy **S. S.A., (...)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: A P. S.A., A G. D. C. P. Sp. z o.o., Sp. k., (...)** 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 **Konsorcjum: A P. S.A., A G. D. C. P. Sp. z o.o., Sp. k., (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1847/17 Uzasadnienie

Zamawiający: Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. (...) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „dostawa zintegrowanego systemu informatycznego (ZSI) obejmująca zaprojektowanie systemu, udzielenie licencji, wdrożenie i uruchomienie zintegrowanego systemu informatycznego oraz zapewnienie serwisu gwarancyjnego”, nr ref.: DNZ/33/2017 (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13.04.2017 r. pod numerem 2017/S 073-140231.

Odwołujący: A. P. S.A. z siedzibą w W. i A. G. D. C. P. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w W. wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawny wybór oferty S. S.A. w W. („S.”);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców S., O. S.A. w J. („O.”) oraz występujących wspólnie D. I. W. Sp. z o.o. w W. i M. D. C. K. P. w T. („D. I.”).
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców S., O. i D. I.;
- 4) względnie naruszenie art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania S. do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu możliwości realizacji przedmiotowego kontraktu, gdyż jego oferta na podstawie kryteriów oceny ofert powinna wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 2) odrzucenia ofert S., O. oraz D. I.;
 - 3) wykluczenie z postępowania S., O. oraz D. I.;
 - 4) ewentualnie wezwanie S. do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
 - 5) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
- Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W dniu 25 sierpnia 2017 r. Zamawiający ogłosił wyniki postępowania. Dokonał wyboru oferty S. nie odrzucając żadnej z czterech złożonych ofert. Wszyscy wykonawcy uzyskali maksymalną punktację w kryterium „Ocena Prezentacji Systemu” w związku z tym o wyborze zdecydowała cena. W tym kryterium oferty miały zbliżone wartości. Wszyscy otrzymali między 50 a 60 pkt. Jednak zdaniem Odwołującego wyłącznie jego oferta odpowiada treści SIWZ. Ponadto, konkurencyjni wykonawcy nie wykazali spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia.

I. ZARZUT ZANIECHANIA ODRZUCENIA OFERT S., O., D. I.

Odwołujący w stosunku do wszystkich trzech konkurencyjnych ofert podnosi ten sam zarzut niezgodności ich treści z treścią SIWZ.

Przedmiotem Zamówienia jest dostawa zintegrowanego systemu informatycznego (ZSI) obejmująca zaprojektowanie systemu, udzielenie licencji, wdrożenie i uruchomienie zintegrowanego systemu informatycznego oraz zapewnienie serwisu gwarancyjnego. Zgodnie z pkt II 1.2 SIWZ zakres Zamówienia obejmuje w szczególności dostawę licencji ZSI oraz wszelkiego innego oprogramowania niezbędnego do funkcjonowania ZSI w wymaganym zakresie oraz instalację i konfigurację dostarczonego oprogramowania. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz specyfikację wymagań na system informatyczny zawiera załącznik nr 2 do SIWZ.

W stosunku do treści SIWZ Zamawiający udzielił wielu wyjaśnień. W szczególności sprecyzował jednoznacznie, że:

„Zamawiający wymaga złożenia oferty zawierającej kompletny zestaw oprogramowania niezbędnego do prawidłowej eksploatacji Systemu, zgodnie z definicją Oprogramowanie Osób Trzecich” (por. odpowiedź na pytanie 16 z dnia 24 maja 2017 r. w brzmieniu: Czy należy przez to rozumieć, że na podstawie Koncepcji Wdrożenia Zamawiający zakupi oprogramowanie, stanowiące elementy Infrastruktury, m.in. systemy operacyjne, systemu antywirusowe, firewall, systemy zarządzania bazą danych lub inne Oprogramowanie Osób Trzecich?)/

„Nie, zgodnie z definicją Oprogramowania Osób Trzecich dostarczenie systemów operacyjnych serwerów jest przedmiotem Zamówienia” (por. odpowiedź na pytanie 78 z dnia 24 maja 2017 r. w brzmieniu: b) wyjaśnienie czy Zamawiający dokona zakupu odpowiedniej (wskazanej przez Wykonawcę) wersji serwerowego systemu operacyjnego i Wykonawca nie musi uwzględniać tych kosztów w swojej ofercie?).

Podkreślić należy, że zgodnie z definicją nr 16 zawartą w OPZ „Oprogramowanie Osób Trzecich” to oprogramowanie produkowane i licencjonowane przez podmioty trzecie, dostarczone Zamawiającemu przez Wykonawcę (lub jego podwykonawców) w związku z realizacją zamówienia oraz oryginalna Dokumentacja takiego oprogramowania np. systemy

operacyjne serwerów, serwery baz danych, oprogramowanie do backupu, oprogramowanie administracyjne klastra, systemy raportowe itp.

Ofertę należało przedstawić zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. W pkt 3 tego formularza znajduje się oświadczenie wykonawcy co do tego jakie licencje oprogramowania zostaną dostarczone w ramach realizacji zamówienia, w formie tabeli:

Lp. Nazwa

Moduły wchodzące w skład Rodzaj licencji Okres, na jaki oprogramowania i wersja
oprogramowania została
podlegające udzielona
licencji licencja

i piąta kolumna: Liczba licencji lub liczba użytkowników, dla jakiej udzielono licencję

Lp. 1, 2,

Wykonawcy S., O. i D. I. nie uwzględnili w tym punkcie oferty, ani w żadnym innym miejscu licencji na systemy operacyjne dla środowiska serwerowego ani licencji dla środowiska bazodanowego. Nie podali także wszystkich wymaganych kategorii, w szczególności nie precyzując licencji dla programistów oraz administratorów. Należy uznać, że brak ich wyspecyfikowania w sposób wymagany w SIWZ powinien skutkować odrzuceniem ofert ww. wykonawców jako niezgodnych z treścią SIWZ.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego) - por. wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r., KIO 401/13.

Mając na uwadze, że licencje na systemy operacyjne serwerów oraz licencje na serwery baz danych stanowią przedmiot zamówienia, a wykonawcy mają obowiązek dostarczenia ich Zamawiającemu w ramach wdrożenia, żądanie odrzucenia ofert, które w swojej treści nie zawierają informacji co do dostarczenia tych licencji jest uzasadnione przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, że poszczególni wykonawcy spośród wyżej wymienionych nie uwzględnili w ofertach wszystkich modułów oferowanych systemów klasy ERP koniecznych do prawidłowego wdrożenia i implementacji wszystkich funkcjonalności opisanych w SIWZ, tj.:

- S. - w formularzu oferty nie ma informacji o dostarczeniu w ramach wymienionych modułów zakresu określonego w podobzarsze obsługa delegacji: co powoduje że w tym zakresie nie będą zrealizowane funkcjonalności wynikające z SIWZ.

- O. - w formularzu oferty nie ma informacji o dostarczeniu modułu: zarządzanie kompetencjami, co powoduje że nie będą zrealizowane funkcjonalności wynikające z SIWZ podobzaru katalogu kompetencji i stanowisk.

- D. I. - w formularzu oferty jest informacja o dostarczonym rodzaju licencji, tj.

W cenniku na stronie Producenta platynowej/serwerowej.
(<http://www.enova.pl/oferta/cennik/>) dla modułu; Pulpit Kierownika, Pulpit Pracownika, Workflow w Pulpitach, Edycja Kalendarza w Pulpicie Pracownika nie występuje taki rodzaj licencji, co uniemożliwia jednoznaczne określenie zakresu tych licencji. Dla wskazanych modułów nie zostało też określone, czy licencje dotyczą wersji standard, czy multi, a tylko ta druga spełnia oczekiwania SIWZ w zakresie możliwości dostępu do systemu. Także w zakresie modułu Business Intelligence (BI) Producent definiuje sposób licencjonowania na obszar lub firmę, nie zaś na użytkownika, co jest niezgodne z deklaracją D. I.. Wykonawca wskazał także moduły dodatkowe, które w cenniku Producenta zawierają dużą grupę modułów. Takie wskazanie w formularzu ofertowym nie precyzuje, które z nich zostaną dostarczone. Jednocześnie w oparciu o cennik producenta brakuje pozycji, które dotyczą

wymaganych w SIWZ funkcjonalności np. w podobszarach; rekrutacji, katalogu kompetencji i stanowisk oraz ocen pracowniczych.

W rezultacie należy stwierdzić, że oferty ww. wykonawców są niezgodne z SIWZ i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

ZARZUT ZANIECHANIA WYKLUCZENIA S.

Zgodnie z pkt VII.1.3 siwz o zamówienie mogli się ubiegać wykonawcy, którzy wykazą że

1.1.1. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:

1.3.1.1. co najmniej dwa wdrożenia oferowanego oprogramowania na terenie UE, zakończone produkcyjnym uruchomieniem w instytucji zatrudniającej minimum 3000 osób, które jest obecnie wykorzystywane produkcyjnie w zakresie modułów: Kadry, Płace oraz samoobsługowy portal dla pracowników,

1.3.1.2. co najmniej dwa wdrożenia oferowanego oprogramowania na terenie UE, zakończone produkcyjnym uruchomieniem w instytucjach zatrudniających minimum 3000 osób, które jest obecnie wykorzystywane produkcyjnie w zakresie co najmniej dwóch z poniższych funkcjonalności:

1.3.1.2.1. zarządzanie kompetencjami,

1.3.1.2.2. zarządzanie szkoleniami,

1.3.1.2.3. zarządzanie rekrutacją,

1.3.1.2.4. zarządzanie oceną pracowniczą;

wymagane co najmniej dwie funkcjonalności mogą być wykonane w ramach jednego lub kilku wdrożeń; zrealizowane zamówienie (każde) powinno być o wartości nie mniejszej niż 500 000,00 PLN brutto,

na potwierdzenie spełniania warunków określonych w pkt 1.3.1.1. i 1.3.1.2. Wykonawca może wykazać te same wdrożenia,

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku S. złożył wykaz wykonanych wdrożeń obejmujący cztery usługi: dla Szkoły Głównej Handlowej, Uniwersytetu Warmińsko- Mazurskiego w Olsztynie, Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej oraz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego. Zdaniem Odwołującego tylko jedna z nich może być brana pod uwagę przy ocenie zdolności technicznej wykonawcy, tj. dotycząca Uniwersytetu Warmińsko- Mazurskiego w Olsztynie. Pozostałe referencje nie odpowiadają wymaganiom SIWZ, gdyż: - SGH, IMiGW oraz WUM nie są instytucjami, które zatrudniały minimum 3000 osób w dniu wykonania umowy. Wynika to wprost z informacji jakie uzyskał Zamawiający, które znajdują się w aktach postępowania. Tłumaczenie S., że należy brać pod uwagę dane z kolejnego roku po roku, w którym nastąpiło wdrożenie nie ma żadnego uzasadnienia w treści warunku. Zarazem zasłanianie się „brakiem precyzji” jest wyłącznie próbą zamaskowania ewidentnej nieprawdy w dokumentach S.. Wszak z SIWZ wynika jasno, że referencyjne wdrożenie miało się zakończyć produkcyjnym uruchomieniem w instytucji zatrudniającej minimum 3000 osób, a nie w instytucji która kiedyś będzie może zatrudniać co najmniej 3000 osób. Ponadto, instytucji zatrudniającej minimum 3000 osób nie można utożsamiać z instytucją, która łącznie w całym roku zatrudnia 3000 osób. Po pierwsze, z SIWZ nie wynika, aby należało badać liczbę 3000 zatrudnionych z perspektywy całego roku kalendarzowego i liczby wystawionych PIT. Instytucja ma zatrudniać 3000 osób, czyli w każdym dniu musi mieć taki stan załogi. Po drugie, gdyby podchodzić do warunku inaczej to podmiot niewielkich rozmiarów, ale z dużą fluktuacją kadr byłby dopuszczony, a zarazem całkowicie nieporównywalny do takiej organizacji jak Tramwaje Warszawskie. Po trzecie, odkodowując warunek należy mieć na uwadze opis przedmiotu zamówienia i specyfikę instytucji zamawiającego zatrudniającej ok. 4000 osób, z czego zdecydowana większość stanowi stabilny personel konieczny do bieżącej obsługi jego przedsiębiorstwa.

- zakres wdrożenia w SGH nie obejmował funkcjonalności zarządzania kompetencjami, zarządzania szkoleniami, zarządzania oceną pracowniczą, zarządzania rekrutacją;

- zakres wdrożenia w IMiGW nie obejmował modułów funkcjonalności zarządzania kompetencjami, zarządzania szkoleniami, zarządzania oceną pracowniczą, zarządzania rekrutacją;

- zakres wdrożenia w WUM nie obejmował funkcjonalności zarządzania kompetencjami, zarządzania szkoleniami, zarządzania oceną pracowniczą, zarządzania rekrutacją;

W tych okolicznościach S., powinien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 PZP. Z ostrożności należy zaznaczyć, że w razie gdyby nie odrzucono oferty tego wykonawcy lub przyjęto, że jedynie nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu to powinien być wezwany do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP, a nie wybrany.

III. ZARZUT ZANIECHANIA WYKLUCZENIA O.

Wykonawca O., powołując się na potencjał U. P. Sp. z o.o. również podał nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Spośród czterech usług w dwóch przypadkach chodzi o zlecenia dla instytucji w których zatrudnienie nie przekraczało 3000 osób. Dotyczy to B. Sp. z o.o. oraz G. S. S.A. W związku z powyższym dostawy i wdrożenia dla tych firm nie tylko nie mogą być brane przy ocenie spełnienia warunków podmiotowych, ale fakt ich przywołania w JEDZ świadczy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17.

IV. ZARZUT ZANIECHANIA WYKLUCZENIA D. I.

Wykonawca D. I. także podał nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Chodzi o zamówienie dla E., która nie jest instytucją zatrudniającą min 3000 osób. W związku z powyższym tego wdrożenia nie można brać przy ocenie spełnienia warunków podmiotowych, a fakt jego wskazania w JEDZ świadczy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie. Odnośnie zarzutu niezgodności ofert trzech wykonawców z treścią siwz z powodu nieuwzględnienia w pkt 3 oferty, ani w żadnym innym miejscu, licencji na systemy operacyjne dla środowiska serwerowego ani licencji dla środowiska bazodanowego zamawiający uznał zarzut za bezzasadny. Wskazał, że we wzorze formularza zamieścił tabelę, którą należało uzupełnić w zakresie informacji, jakie licencje programowania zostaną dostarczone w ramach realizacji zamówienia. Zamawiający zamieścił wzór tabeli nie precyzując dokładnie, co tabela ma zawierać – zarówno wzór formularza jak i siwz nie zawierały instrukcji jak należy wypełnić tabelę i jaki rodzaj licencji oprogramowania wpisać. Z uwagi na to oraz uwarunkowania siwz dotyczące oprogramowania osób trzecich, wykonawcy mogli wpisać w tabeli w pkt 3 oferty jedynie licencje oprogramowania wykonawcy (i nie wyszczególniać w niej oprogramowania osób trzecich, co jest zarzutem odwołania). Taki rozumienie zapisów siwz zostało zaprezentowane w trzech złożonych ofertach (S., O. i D. I.).

Zamawiający określił w zał. 2 do siwz – opis przedmiotu zamówienia w pkt V, zakres wymaganych licencji będących przedmiotem zamówienia. Jednocześnie zabezpieczył swoje interesy przez wskazanie w r. XVII siwz (informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy) w pkt 3.12, na konieczność „dostarczenia oświadczenia, iż w ramach wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy mieści się również wynagrodzenie z tytułu dostarczenia Oprogramowania Osób Trzecich oraz całość opłat z tytułu udzielenia licencji na Oprogramowanie Osób Trzecich w zakresie i na polach eksploatacji, o których mowa w Umowie”. Jednocześnie zamawiający wskazał wykonawcę jako odpowiedzialnego za dobranie właściwego zakresu licencji oprogramowania osób trzecich w ramach zaoferowanej ceny oferty. W ocenie zamawiającego ww wykonawcy oświadczając w ofercie w pkt 2, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia potwierdzili, że wszelkie koszty związane z prawidłowym wdrożeniem i eksploatacją systemu (ZSI), w tym koszty licencji Oprogramowania Osób Trzecich, zostały ujęte w ostatecznej cenie. Zamawiający podkreślił, że rodzaj, typ i model licencjonowania systemów operacyjnych dla środowiska serwerowego oraz bazodanowego w dużej mierze zależy od infrastruktury sprzętowej, na której ma być użyta dana licencja. Zamawiający zdawał sobie sprawę z tego faktu i wielokrotnie w pisemnych wyjaśnieniach do siwz (odpowiedzi na pytania 18, 34, 78, 207, a w szczególności 194b) zaznaczał, iż oczekuje od wykonawcy wyspecyfikowania wymagań sprzętowych i systemowych na etapie Analizy Przedwdrożeńowej, co tym samym będzie determinowało uszczegółowienie dotyczące wymaganych licencji na Oprogramowanie Osób Trzecich na tym etapie. Zamawiający pozostawił zatem tę listę jako katalog otwarty chcąc w ten sposób zabezpieczyć swoje interesy na wypadek nowych okoliczności wpływających na optymalne wdrożenie ZSI, które mogły pojawić się na etapie wykonywania Analizy Przedwdrożeńowej przez wykonawcę. Zostało wskazane w pkt

1.1.3.4.5 zał. 2 do siwz.

Jako dodatkowy argument na potwierdzenie powyższego zamawiający wskazał na fakt, że zgodnie z definicją Infrastruktury zawartą w zał. 2 do siwz, zamawiający dopuszczał wiele możliwych scenariuszy wdrożenia Systemu w tym zakresie. Zamawiający dopuścił instalację ZSI zarówno w środowisku serwerowym zamawiającego (tzw. model „on-premise”) jak i w środowisku serwerowym wykonawcy lub podmiotu trzeciego (tzw. model „IaaS”), gdzie każdy z powyższych modeli charakteryzuje się różnym modelem licencjonowania oprogramowania systemów operacyjnych dla środowiska serwerowego oraz dla środowiska bazodanowego. Biorąc powyższe pod uwagę, nawet w sytuacji uznania, że tabela w pkt 3 formularza powinna zawierać licencje oprogramowania osób trzecich, to była to tabela o charakterze orientacyjnym, podlegająca uszczegółowieniu w zakresie tych licencji na etapie Analizy Przedwdrożeniowej i brak wykazania przez trzech wykonawców licencji na systemy

operacyjne dla środowiska serwerowego oraz dla środowiska bazodanowego, nie potwierdza, że treść tych ofert jest niezgodna z treścią siwz i tym samym nie zachodzą przesłanki do odrzucenia tych ofert, w szczególności, że kwestia ta nie była nawet wyjaśniana przez zamawiającego w ramach art. 87 ustawy pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia w ofertach konkurentów modułów oferowanych systemów klasy ERP, stanowisko zamawiającego, wobec cofnięcia zarzutu przez odwołującego, zostało, jako bezprzedmiotowe, pominięte.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy S., względnie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy pzp przez bezpodstawną wybór oferty S., zamawiający wskazał, co następuje.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z pkt VII.1.3 siwz (cytowanym w treści uzasadnienia odwołania) S. wykazało w JEDZ, a następnie w Wykazie wykonanych wdrożeń, cztery wdrożenia:

- 1/ dla Szkoły Głównej Handlowej (SGH),
- 2/ dla Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego (UWM),
- 3/ dla Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej (IMiGW),
- 4/ dla Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego (WUM).

Zamawiający zwrócił się do wszystkich wskazanych instytucji z prośbą o potwierdzenie zatrudnienia na dzień wdrożenia oprogramowania. Ponieważ odpowiedzi (otrzymane z SGH, IMiGW i WUM) nie potwierdzały informacji podanych w JEDZ oraz w Wykazie wykonanych wdrożeń, zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności oraz wyjaśnienia podania przez S. w wymienionych dwóch dokumentach innych liczb zatrudnionych osób przez podmioty, na rzecz których zostały zrealizowane usługi wdrożenia oprogramowania niż te podmioty podały.

W odpowiedzi S. wyjaśniło, że wskazało zatrudnienie w instytucjach, w których zostało wdrożone oprogramowanie (w JEDZ, a następnie w wykazie) w kolejnym roku po wdrożeniu oprogramowania uzasadniając powyższe, że jest to pierwszy rok rozliczeniowy po zakończeniu wdrożenia i możliwy do zweryfikowania raportami na rzecz podmiotów trzecich. W ocenie S. interpretacja taka gwarantuje, że każda z wykazanych osób miała jedną umowę oraz, że dla tej umowy zrealizowany został cały cykl obsługi zarówno od strony kadry jak i plac oraz portalu pracowniczego, co potwierdza doświadczenie wykonawcy w kompleksowy sposób. Do wyjaśnień zostały dołączone oświadczenia z WUM, IMiGW i SGH o liczbie

zatrudnionych osób w kolejnym roku kalendarzowym pod wdrożeniu oprogramowania (w każdym przypadku są to liczby przekraczające wymagane 3000 osób). S. zwróciło również uwagę, że w warunku udziału w postępowaniu nie zapisane zostało wprost, na jaki dzień ma być wykazane zatrudnienie. Zamawiający podzielił stanowisko

S. i uznał, że wykazane przez S. wdrożenia dla IMiGW oraz WUM potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu ponieważ wdrożenia te zostały wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, obydwie instytucje zatrudniały wymagane 3000 osób, oprogramowanie jest obecnie wykorzystywane

produkcyjnie w zakresie: Kadry, Płace, samoobsługowy portal dla pracowników oraz Zarządzanie szkoleniami i Zarządzanie oceną pracowniczą.

W związku z powyższym zamawiający nie podziela stanowiska co do zajścia przesłanek wykluczenia z postępowania wykonawcy S. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy pzp – wyjaśnienie S. potwierdza, że inne liczby zatrudnionych osób nie zostały wskazane ani w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, które miałyby wprowadzić zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że S. spełnia warunki udziału w postępowaniu, ani też nie miało miejsca przedstawienie informacji wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

W ocenie zamawiającego nie zachodzi również konieczność wezwania S. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, stanowiącego podstawę zarzutu odwołania. Zamawiający podniósł również, że zarzuty niespełnienia warunku poprzez nie wykazanie wdrożeń w IMiGW oraz WUM, wszystkich czterech modułów funkcjonalności, są niezasadne. Zgodnie z warunkiem udziału, w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku należało wykazać się co najmniej dwiema z czterech funkcjonalności. S. wykazało, że w ramach realizacji projektu zarówno dla IMiGW jak i WUM, wdrożyło oprogramowanie w zakresie dwóch modułów tj. zarządzanie szkoleniami i zarządzanie oceną pracowniczą, a więc warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie został spełniony.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie:

1/ D. I. W. sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz M. D. C. K. P. w T.,

2/ S. S.A. z siedzibą w W.,

wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie przystępujący S. uznał zarzuty za niezasadne.

Stwierdził, że w zakresie pkt 3 formularza ofertowego zamawiający oczekiwał oświadczenia, że w ramach realizacji zamówienia wykonawca dostarczy następujące licencje

oprogramowania: i dalej – ze wskazaniem nazwy oprogramowania i wersji; modułu wchodzącego w skład oprogramowania podlegającej licencji; rodzaj licencji; okres na jaki została udzielona licencja; liczba licencji lub liczba użytkowników, dla jakiej udzielono licencji. Informacje zaprezentowane przez przystępującego są zgodne z oświadczeniem i wiedzą uczestnika – z dokładnością pozwalającą wskazanie modułów wchodzących w skład oprogramowania – gdyż taka dokładność wynika z tabeli pkt 3 formularza. Takie też licencje zostaną dostarczone po zawarciu umowy. Przystępujący podkreślił, że oferta w swej warstwie merytorycznej odpowiada wymogom siwz i nie podlega odrzuceniu. Odmienne ocena treści oferty prowadziłaby do bezprzedmiotowości analizy przedwdrożeniowej, która jest elementem obligatoryjnym w przedmiotowym postępowaniu, a prowadzonym po zawarciu umowy z wyłonionym wykonawcą.

Ocena formularza ofertowego przez zamawiającego nawet bez interpretacji siwz z uwzględnieniem faktu obowiązkowej analiz przedwdrożeniowej nie uprawniałaby zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W razie wątpliwości, czy oświadczenie wiedzy z formularza ofertowego pkt 3 ma obejmować inne oprogramowania, ponad dokładność na poziomie Modułu Wykonawcy winni zwrócić się z pytaniem na właściwym etapie postępowania. Oświadczenie z pkt 3 złożone przez wykonawcę spełnia wymagania określone w siwz. Tym samym prowadzenie wyjaśnień nie odnosiłoby się do zobowiązania wykonawcy, lecz do jego oświadczenia wiedzy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 ustawy pzp przystępujący stwierdził, że nie ziszcila się przesłanka z tego przepisu.

Zauważył, że z postanowień siwz i ogłoszenia nie wynika wymóg, żeby instytucja miała w każdym dniu roku mieć taki stan załogi (jak twierdzi odwołujący na s. 5 odwołania). Z żadnego z postanowień siwz nie można wywodzić obowiązku uwzględniania „stabilnego” personelu – także brak postanowień o labilności personelu.

Kierując się rzeczywistymi celami wykazywanego doświadczenia tj. dopuszczeniem do postępowania wykonawców, którzy dają gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia, właściwym jest legitymowanie się doświadczeniem w „realnym” wdrożeniu systemu, który musi się zmierzyć z funkcjonowaniem w rzeczywistym środowisku zamawiającego tj. wprowadzić dane osób, rozliczać je na bieżąco, sporządzać rozliczenia

dotyczące osób wobec instytucji trzecich np. US.

Przystępujący stwierdził, że interpretacji siwz należy dokonywać na rzecz wykonawcy, a wszelkie wątpliwości muszą być rozstrzygnięte na korzyść wykonawcy, gdyż ewentualne nieścisłości, czy niejednoznaczność stanowiska zamawiającego wyrażonego w siwz, nie mogą rodzić negatywnych skutków wobec wykonawców. W konsekwencji, w ocenie przystępującego, wykazał on spełnienie warunku udziału i nie wprowadził w błąd zamawiającego. Podkreślił brak dowodów w stanowisku odwołującego

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli w toku posiedzenia i rozprawy stanowiska.

Odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty, dotyczące niezgodności treści ofert z treścią SIWZ w zakresie braku w ofertach wszystkich modułów klasy ERP (str. 4 odwołania). Oświadczył, że podtrzymuje zarzuty dotyczące wykonawcy S. w zakresie liczby zatrudnionych w podmiotach referencyjnych. Cofa zarzuty zawarte w pkt III i IV na str. 6 odwołania. Podtrzymał stanowisko o wymogu wskazania w formularzu ofertowym określonych informacji, mających charakter oświadczenia woli w ofercie. Zauważył, że w żadnej z trzech, konkurencyjnych ofert nie przedstawiono wymaganych oświadczeń, zgodnie z treścią pkt 3 formularza. Kwestionował stanowisko Zamawiającego o wyłącznie informacyjnym charakterze informacji o licencjach bazodanowych i serwerowych. Stwierdził, że przyjęcie takiego stanowiska prowadziłoby do uznania, że oferta nie została sprecyzowana w momencie jej złożenia. Mogłoby to także dotyczyć innych wymaganych oświadczeń w ofercie. Zauważył znaczenie informacji w tabeli, także dla poprawnego skalkulowania ceny. Odnośnie zarzutu, dotyczącego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zauważył, iż z treści pism Zamawiającego, kierowanych do podmiotów referencyjnych, wynika, iż Zamawiający stał na stanowisku wymogu minimum 3 000 zatrudnionych. Wskazał na zmianę tego stanowiska w wyniku wyjaśnień firmy S. z dnia 18.08.2017 r., z załącznikami, zawierającymi pisma z trzech instytucji. Podkreślił definicję pojęcia zatrudnienia, wyrażoną w art. 2 pkt 43 ustawy o promocji zatrudnienia, a zatem pojęcia odnoszonego do stosunku pracy, w odróżnieniu od np. umowy cywilno-prawnej, zawartej w definicji, jako inna praca zarobkowa. Z wymogu, opisanego w pkt VII pkt 1.3 SIWZ, wskazującego na stan zatrudnienia na dzień wdrożenia, wywiódł, iż jednoznacznie chodzi o konkretną datę, w jakiej należy oceniać stan zatrudnienia. Przypomniał także wielkość i charakter zatrudnienia u Zamawiającego i potrzebę uwzględnienia tej okoliczności przy ocenie spornego warunku, jako mającego być adekwatnym do zatrudnienia. Złożył wydruk z GUS dotyczący rozumienia pojęcia zatrudnienie; pismo SGH z 12.09.2017 r., dotyczące liczby zatrudnionych w ciągu 5 lat; pismo WUM wskazujące liczbę zatrudnionych i umów cywilno-prawnych w ostatnich 5 latach (poniżej 3 000 osób); bip WUM; sprawozdanie finansowe IMiGW z informacją, dotyczącą zatrudnienia i email IMiGW, o osobach zatrudnionych, na podstawie umowy o pracę, w liczbie od 1300 do 1600.

Zauważył, że z powszechnie dostępnych dokumentów wynika poprawność stanowiska i dostępność informacji. Oceniał, że wykonawca S. wprowadził Zamawiającego w błąd, zarówno w treści JEDZ, jak i w późniejszych wyjaśnieniach, co oznacza spełnienie przesłanek wykluczenia, na podstawie prawnej, wskazanej w odwołaniu.

Zauważył, że Zamawiający niezasadnie uznaje prymat analizy przedwdrożeniowej nad treścią oferty, w tym wymogiem poprawnego wypełnienia pkt 3 formularza. Wskazał na obowiązek przygotowania oferty, zgodnie z SIWZ i wyspecyfikowania niezbędnych licencji. Analiza nie może zastąpić treści oferty, a jedynie doprowadzić do doprecyzowania elementów w niej wskazanych. Wskazał na pkt XVII 3.1 (s.15) siwz, opisujący obowiązki wykonawcy przed podpisaniem umowy, tj. przed rozpoczęciem jej wykonywania, w tym przed dokonywaniem analizy.

Stwierdził, że liczba zatrudnionych była objęta zarzutem. Zauważył, że nie zapadł wyrok Izby w analogicznym stanie faktycznym. Wskazał na treść odpowiedzi na pyt.172, w którym wykonawca wniósł o zmianę zapisu, tj. w miejsce 3 000 zatrudnionych wprowadzenie treści 3000 kont pracowniczych. Zamawiający utrzymał postanowienia bez zmian. Zauważył, że w toku rozprawy nie przedstawiono żadnej innej definicji pojęcia zatrudnienie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uzasadnieniem stanowiska, zawartym w pisemnej odpowiedzi. Wskazał, że w oświadczeniu w formularzu, należało przede wszystkim

przedstawić oprogramowanie własne wykonawcy. Stwierdził, że opis w tym miejscu nie miał wpływu na cenę oferty, będącej wielkością stałą. Stwierdził, iż ma świadomość, iż określenie licencji osób trzecich będzie możliwe w trakcie analizy przedwdrożeniowej. Zauważył przy tym, że jeżeli Odwołujący, jako jedyny wykonawca, przedstawił zamknięty katalog tych licencji, to nie będzie możliwe, w tym zakresie, dokonanie na kolejnym etapie doprecyzowania tych danych. Podkreślił, że brak w wykazie wszystkich licencji nie mógł być podstawą odrzucenia oferty, a katalog licencji ocenia jako otwarty, wymagający doprecyzowania na etapie analizy przedwdrożeniowej (dotyczy to oprogramowania osób trzecich, gdyż oprogramowanie własne przedstawiono we wszystkich ofertach). Odnośnie zarzutu drugiego, dot. formy zatrudnienia, zauważyła, że w specyfikacji nie sformulowano wymogu pozostawania w stosunku pracy. Uznał za dopuszczalne zatrudnienie na podstawie stosunku cywilnoprawnego. Podkreślił, że w SIWZ nie określono wymogu zatrudnienia na dzień wdrożenia i zauważył, że oprogramowanie ma być nadal użytkowane. Przyszedł, że oczekiwał od wykonawców wyjaśnień, dotyczących zatrudnienia na dzień wdrożenia. Zauważył jednak, że po analizie stanowiska S. w tym zakresie, uznał je za prawidłowe, gdyż intencją było uzyskanie oferty od wykonawcy z doświadczeniem w dostarczeniu oprogramowania o podobnej skali, w zakresie liczby przetwarzanych rekordów. Przypomniat, że informacje S. z dnia 18.08.2017 r. zostały potwierdzone przez podmioty referencyjne. Stwierdził, że uznał dwa wdrożenia, tj. IMiGW oraz WUM. Odnośnie dokumentów, złożonych przez Odwołującego na rozprawie, stwierdził, że nie są one sprzeczne z dokonaną oceną. Wskazał przy tym na informacje WUM z 2016 r., gdzie przedstawiono 2 606 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i 2 799 na podstawie

umów cywilnoprawnych. Podtrzymał stanowisko co do wskazania licencji oprogramowania własnego, bez obowiązku przedstawiania w ofercie licencji osób trzecich. Oceniał, że to ostatnie dotyczy około 20% kosztów licencji. Wskazał na zakres analizy przedwdrożeniowej. Odnośnie odpowiedzi 172 stwierdził, że konta pracownicze to inna kategoria niż zatrudnienie, wskazał przykład uczelni. Stwierdził, że konsekwentnie podtrzymał stanowisko, biorąc pod uwagę liczbę zatrudnionych, a nie ew.kont pracowniczych (rekordów w bazie).

Przystępujący S. poparł stanowisko Zamawiającego i zawarte w złożonym piśmie. Zauważył, że tabela z opisem licencji ma w pewnym zakresie charakter informacyjny. Trzech wykonawców oceniło, że nie było obowiązku przedstawiania licencji, których brak obecnie się im zarzuca. Stwierdził, że w tym zakresie pełne rozpoznanie, co do potrzeb, nastąpi w wyniku analizy przedwdrożeniowej, a tak określony zakres nie będzie miał związku z wysokością oferowanej ceny, skalkulowanej z uwzględnieniem ryzyka na zakres doprecyzowania licencji. Stwierdził, że na etapie przygotowania oferty nie było pełnego rozeznania, co do liczby licencji, czy liczby przewidywanych użytkowników. Zauważył, że przedmiot zamówienia opisany jest w ofercie nie tylko w pkt 3, lecz w całej jej treści. Wskazał na definicje, zawarte w specyfikacji i ich relacje do treści nagłówków w tabeli w formularzu. Wskazał na celowość rozumienia pojęcia zatrudnienie w sposób ujęty w języku powszechnym. Zaakceptowana przez Zamawiającego interpretacja oznacza, że zarzut wprowadzenia w błąd lub złożenia nieprawdziwych informacji jest niezasadny. Za niecelowe uznał przyjmowanie sformalizowanego pojęcia definicji zatrudnienia, jak przez Odwołującego. Podkreślił celowość przyjęcia, do ustalenia wielkości zatrudnienia, uzasadnionego okresu, a nie konkretnej daty. Wskazał na oczekiwaną funkcjonalność systemu, który ma dotyczyć obsługi konkretnych osób, niezależnie od rodzajów umów, jakie zostały z nimi zawarte. Stwierdza, że opis licencji w formularzu nie miał wpływu na ocenę ofert. Odnośnie formy zatrudnienia wskazuje, że z treści specyfikacji można wywieść, iż Zamawiający bierze także pod uwagę umowy cywilnoprawne, a nie tylko stosunki pracownicze. Wskazuje na OPZ str. 37, str. 17 i 18. Podtrzymał celowość oceny liczby zatrudnionych w określonej jednostce czasu (miesiąc/rok).

Przystępujący Konsorcjum D. I. poparł stanowisko Zamawiającego i Przystępującego S. w zakresie oceny prawidłowości sposobu wypełnienia formularza ofertowego i faktu uwzględnienia w kalkulacji ceny wszystkich licencji, także niewymienionych w formularzu, a wymaganych do prawidłowego działania systemu. W zakresie zarzutu, dotyczącego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, podzielił stanowisko Odwołującego, co do sposobu oceny wymaganej liczby zatrudnionych oraz

wiarygodności przedstawionych referencji, a także terminu, branego pod uwagę przy ocenie liczby zatrudnionych.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej zamawiającemu przez przystępującego S. S.A., jak również stanowiska stron i uczestników przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje. Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

Izba rozpatrzyła odwołanie w zakresie zarzutów podtrzymanych przez odwołującego zgodnie z Jego oświadczeniem złożonym na posiedzeniu, iż cofa zarzuty, dotyczące niezgodności treści ofert z treścią SIWZ w zakresie braku w ofertach wszystkich modułów klasy ERP (str. 4 odwołania), a także zawarte w pkt III i IV na str. 6 odwołania podniesione wobec pozostałych, poza wybranym wykonawcą, oferentów.

Tym samym przedmiotem rozpoznania są podtrzymane zarzuty dotyczące wykonawcy S. co do niezgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie treści pkt 3 formularza ofertowego oraz co do spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymogu wykazania liczby zatrudnionych w podmiotach referencyjnych.

Odnosnie zarzutu pierwszego należy stwierdzić, iż niesporne jest, że w skład przedmiotu zamówienia wchodzi także dostawa licencji systemu oraz innego oprogramowania niezbędnego do jego funkcjonowania w wymaganym zakresie oraz instalację i konfigurację dostarczonego oprogramowania zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia oraz specyfikacją wymagań na system informatyczny zawartą w załączniku nr 2 do SIWZ. Załącznik nr 7 do SIWZ określał wzór formularza ofertowego, w którym w pkt 3 przedstawiona została tabela, w której należało wpisać informacje co do tego, jakie licencje oprogramowania zostaną dostarczone w ramach realizacji zamówienia.

Nie kwestionując poprawności tezy odwołującego, że treść wypełnionego formularza ofertowego jest treścią oferty, skład orzekający uznaje, że zarzut niezgodności ofert trzech wykonawców z treścią siwz z powodu nieuwzględnienia w pkt 3 oferty i w innych miejscach,

licencji na systemy operacyjne dla środowiska serwerowego i licencji dla środowiska bazodanowego, jest niezasadny. W ocenie Izby wykaz licencji przedstawiony w formularzu nie był wykazem z założenia zamkniętym i pełnym. Można zauważyć, że z treści siwz nie wynikało rozróżnienie o różnym czasie dla przedstawienia opisu oferowanych licencji bez rozróżnienia ich na licencje własne i osób trzecich. Wydaje się zatem, że trzech wykonawcy przedstawili w ofercie licencje własne ze względów praktycznych, jako bezpośrednio im znane i dostępne, a nie ze względu na postanowienia siwz.

W ocenie Izby argumentacja zamawiającego, iż do uznania oferty za zgodną z siwz, za wystarczające jest uzyskanie oświadczenia wykonawcy, iż w ramach wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji umowy mieści się również wynagrodzenie z tytułu dostarczenia Oprogramowania Osób Trzecich oraz całość opłat z tytułu udzielenia licencji na Oprogramowanie Osób Trzecich w zakresie i na polach eksploatacji, o których mowa w Umowie, jest bezzasadna i mogąca prowadzić do wniosków o dopuszczalności składania ofert znacząco lakonicznych i sprzecznych z zasadami ustawy oraz zapisami siwz.

Skład orzekający podkreśla, że wykaz licencji wymagany do przedstawienia w ofercie katalogiem, który z uwagi na sposób realizacji umowy, co do zasady, musi mieć charakter otwarty. Wynika to z faktu, że rodzaj, typ i model licencjonowania systemów operacyjnych dla środowiska serwerowego oraz bazodanowego w dużej mierze zależy od infrastruktury sprzętowej, na której ma być użyta dana licencja. Jak wynika z postanowień siwz oraz szeregu wyjaśnień do specyfikacji, wymagania sprzętowe, jak i systemowe, przewidywane są do sprecyzowania na etapie wykonywania Analizy Przedwdrożeniowej, co tym samym będzie determinowało uszczegółowienie dotyczące wymaganych licencji na

oprogramowanie, także osób trzecich. Wobec prawdopodobieństwa wystąpienia w początkowym okresie realizacji umowy nowych okoliczności wpływających na optymalne wdrożenie systemu, uzasadniona jest możliwość doprecyzowania elementów systemu w warstwie sprzętowej i oprogramowania, dla których niejako pochodną są stosowne licencje.

W świetle powyższego uznano, że zarzut niezgodności treści ofert z treścią siwz, a tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie zastosowania przepisu, nie jest zasadny.

W zakresie kolejnego zarzutu, dotyczącego formy zatrudnienia skład orzekający uznaje za uzasadnione stanowisko zamawiającego i przystępującego S. co do dopuszczalności uwzględnienia w liczbie co najmniej 3000 zatrudnionych, także osób nie pozostających w stosunku pracy. Nie kwestionując definicji zatrudnienia przytoczonej przez odwołującego z ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, a także rozumienia tego określenia

w pracach statystycznych zgodnie z metodologią badań GUS zauważyć należy, że wskazane źródła nie mają bezpośredniego zastosowania przy ocenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w oparciu o zasady ustawy pzp i konkretne zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy pzp warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z wymaganej proporcjonalności wyprowadzić można wniosek o funkcjonalnej zbieżności przedmiotu zamówienia z warunkiem udziału w postępowaniu. W sprawie rozpatrywanej przedmiotem jest Zintegrowany System Informatyczny szczegółowo opisany w siwz. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia w częściach dotyczących kadr (personelu) system ma obsługiwać nie tylko osoby pozostające w stosunku pracy, lecz także inne, w tym pozostające z zamawiającym w stosunku cywilnoprawnym. Przykłady widnieją w OPZ na stronie 17 – lista procesów biznesowych, w tym w poz. 26 – zawarcie umów cywilnoprawnych (w tym ryczałty), stronie 18 - wynagrodzenia, w tym z tytułu umów cywilnoprawnych, s. 37, gdzie wskazano, że w kartotece pracownika prowadzi się rejestry pracowników zatrudnionych na umowy cywilnoprawne, a ramach kartotek przewiduje się możliwość przeniesienia danych pomiędzy „różnymi formami zatrudnienia (umowa cywilnoprawna i umowa o pracę)”.

Tym samym w postanowieniach siwz uznano jednoznacznie, że zatrudnienie w tym postępowaniu rozumiane jest szerzej, niż jedynie pozostawanie w stosunku pracy. W tym miejscu warto zauważyć są szczególnie spektakularne informacje Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z 2016 r., gdzie przedstawiono 2 606 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i 2 799 na podstawie umów cywilnoprawnych. W konsekwencji i uwzględniając okoliczność, że postanowienia siwz stanowią podstawę do rozumienia wymogów w niej wyrażonych, Izba uznała, że przystępujący S. wykazał spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania określonych wdrożeń referencyjnych.

Ponadto należy zauważyć, że z SIWZ nie wynikało, aby należało badać liczbę 3000 zatrudnionych w konkretnej dacie, w tym wyłącznie w dacie wdrożenia systemu, jak sugeruje odwołujący. Za dopuszczalne i niesprzeczne z postanowieniami siwz uznać należy przyjęcie także perspektywy roku kalendarzowego i liczby wystawionych dokumentów PIT dla osób zatrudnionych. Z powyższego należy uznać za uzasadniony wniosek o zasadności funkcjonalnego rozumienia spornego warunku tj. możliwości wykazania funkcjonowania wdrożonego systemu w okresie zawierającym się zgodnie z pkt VII.1.3 siwz w czasie

ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert na terenie UE, zakończonym produkcyjnym uruchomieniem w instytucji.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zgodnie z pkt VII.1.3 siwz (cytowanym w treści uzasadnienia odwołania) S. wykazało w JEDZ, a następnie w Wykazie wykonanych wdrożeń, cztery wdrożenia:

W konsekwencji uzasadnione jest stanowisko zamawiającego, że wykazane wdrożenia dla IMiGW oraz WUM, a także Uniwersytetu Warmińsko - Mazurskiego potwierdzają spełnianie

warunku udziału w postępowaniu ponieważ wdrożenia te zostały wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a instytucje zatrudniały wymagane 3000 osób, zaś oprogramowanie jest obecnie wykorzystywane produkcyjnie.

W związku z powyższym skład orzekający nie podziela stanowiska co do zajścia przesłanek wykluczenia z postępowania wykonawcy S. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy pzp – za potwierdzone należy uznać wyjaśnienie wykonawcy, że inne liczby zatrudnionych osób nie zostały wskazane ani w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, które miałyby wprowadzić zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji. Nie miało też miejsca przedstawienie informacji wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

W tych okolicznościach nie zaszły przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 PZP.

W następstwie powyższego zarzut nie potwierdził się.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....