Sygn. akt KIO 2439/16

WYROK

z dnia 23 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Emil Kuriata
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń,
Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **11 i 18 stycznia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **23 grudnia 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
przez wykonawcę: **Sputnik Software sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta* (nr postępowania DOA-ZP-VIII.271.71.2015)
prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź**
przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni, Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, DahliaMatic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Sputnik Software sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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: ……

……

……

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta* (nr postępowania DOA-ZP-VIII.271.71.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S_047-078958 z 29 stycznia 2016 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {http://przetargi.bip.uml.lodz.pl}, na której również od tego dnia udostępnił specyfikację

istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja" , „SIWZ" lub „s.i.w.z."}.

Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekracza kwoty, których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

14 grudnia 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Sputnik Software sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej również: „Sputnik"} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdyni, Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, DahliaMatic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konsorcjum Asseco"}, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

23 grudnia 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie ich zastosowania i wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą w rozumieniu SIWZ.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezpodstawne jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego.
3. Art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie jego zastosowania i nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty złożonej przez Sputnik.

---

3. Dokonania ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez zbiorcze podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że pismem z 14 grudnia 2016 r., na skutek ponownej oceny ofert nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 23 września 2016 r. (sygn. akt: KIO 1641/16, 1652/16, 1662/16), Zamawiający zawiadomił wykonawców o powtórnym wyborze oferty Konsorcjum Asseco oraz o ponownym odrzuceniu oferty Odwołującego. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, zaś faktyczną – *niewłaściwe i niezgodne z SIWZ przygotowanie zestawu testowego na podstawie którego przeprowadzona została prezentacja Systemu w dniu 1 czerwca 2016* r., co Zamawiający stwierdził w oparciu o odpowiedź Odwołującego z 27 czerwca 2016 r., informacje uzyskane w trakcie rozpraw w KIO oraz opinię Politechniki Rzeszowskiej. Ponadto Zamawiający przedstawił wymagania postawione w SIWZ, powołując się na definicję Systemu, w którego skład wchodzą Oprogramowanie, Oprogramowanie Aplikacyjne, Dokumentacja, Kody źródłowe inne elementy.

W załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia w pkt. 1 Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wsparcie dla zarządzania finansami Miasta musi być zapewnione na poziomie standardowego rozwiązania klasy ERP, co w praktyce oznacza konieczność dostarczenia przez wykonawcę komponentu aplikacyjnego.

Oznacza to, że standardowe rozwiązanie klasy ERP musi zawierać komponent aplikacyjny standardowego rozwiązania klasy ERP, który przynajmniej w części realizuje funkcjonalności, których oczekuje Zamawiający w zakresie zarządzania finansami miasta.

Rozumienie to zostało również potwierdzone w trakcie rozprawy przed KIO w dniu 26.02.2016 r., gdzie strony zgodnie stwierdziły, że komponent aplikacyjny stanowi co najmniej 50% funkcjonalności opisanej w OPZ. Co więcej standardowe rozwiązanie klasy ERP musi być dostępne na rynku w wersji COTS (czyli w wersji komercyjnej, seryjnie produkowanej i gotowej do sprzedaży).

Zatem oferta każdego Wykonawcy oprócz dokumentów wymaganych musiała zawierać odpowiednio przygotowany zestaw testowy zawierający wersję demonstracyjną Systemu jw.:

- *oprogramowanie = komponenty techniczne ERP, komponenty aplikacyjne ERP,*

• *oprogramowanie aplikacyjne zawierające rozbudowy standardowego rozwiązania klasy ERP (w obszarze komponentu aplikacyjnego).*

Według Odwołującego z podanego uzasadnienia wynika, że brak w jego zestawie

testowym wspomnianego „komponentu aplikacyjnego standardowego rozwiązania klasy ERP" stanowi o stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności oferty z SIWZ. Odwołujący zakwestionował takie rozstrzygnięcie, twierdząc, że jego oferta jest w całości zgodna z treścią SIWZ, zarzucając jednocześnie Zamawiającemu, że w istocie nie wskazał jakiegokolwiek punktu tej specyfikacji, któremu ta oferta by nie odpowiadała.
W szczególności w żadnym postanowieniu SIWZ nie ma obowiązku wykonania zestawu testowego lub Systemu z wykorzystaniem „komponentu aplikacyjnego standardowego rozwiązania klasy ERP", a na takim błędnym założeniu opiera się uzasadnienie Zamawiającego.

Odwołujący zrelacjonował również, że przedmiotem zamówienia jest dostawa, wdrożenie, dostosowanie do potrzeb Zamawiającego, uruchomienie oraz serwis gwarancyjny i usługi asysty technicznej standardowego rozwiązania klasy ERP wspierającego zarządzanie finansami miasta w Urzędzie Miasta Łodzi i Miejskich Jednostkach Organizacyjnych wymienionych w załączniku nr 2 do załącznika nr 1 do SIWZ

Odwołujący następnie zacytował, że zgodnie z definicjami przyjętymi w SIWZ (tabela pkt 1.2 załącznika nr 1 do SIWZ – *Opis przedmiotu zamówienia* {dalej również: „OPZ"}:
Oprogramowanie oznacza łącznie: oprogramowanie systemowe, bazodanowe, narzędziowe lub ogólnego przeznaczenia; oprogramowanie systemowe dostarczone przez Wykonawcę w Rozwiązaniu o ile jest ono konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia. Obejmuje system operacyjny, zarządzanie systemem i siecią, standardowe rozwiązania klasy ERP oraz oprogramowanie diagnostyczne;
oprogramowanie bazodanowe oznacza silnik bazy danych i narzędzia do zarządzania bazą danych; oprogramowanie narzędziowe obejmuje narzędzia programistyczne służące do budowy, kompilacji, modyfikacji, przystosowywania i uruchamiania Oprogramowania Aplikacyjnego, w szczególności narzędzia typu CASE, narzędzia zarządzania bazą danych, kompilatory, interpretatory;
oprogramowanie ogólnego przeznaczenia obejmuje m.in. edytor tekstu, arkusz kalkulacyjny, itp.
Oprogramowanie Aplikacyjne oznacza, wykonane przez Wykonawcę rozbudowy (przykładowo nowe moduły, warstwy, funkcjonalności standardowego rozwiązania klasy ERP. mające na celu dostosowanie standardowego rozwiązania klasy ERP do wymogów Zamawiającego wraz z interfejsami wymiany danych (m.in. WebService), wspierające realizację zadań wynikających z przedmiotu zamówienia .

Według Odwołującego z tych definicji jasno wynika, że w postępowaniu chodzi o rozbudowę standardowego rozwiązania klasy ERP mającą na celu dostosowanie go do wymogów Zamawiającego. To wykonawca ma dostarczyć nowe „moduły, warstwy,

funkcjonalności" adekwatne do potrzeb Zamawiającego opisanych w SIWZ. Nigdzie Zamawiający nie narzucił, aby odbywało się to poprzez „dostarczenie przez wykonawcę komponentu aplikacyjnego standardowego rozwiązania klasy ERP". Wręcz odwrotnie, w definicji Oprogramowania Aplikacyjnego wyraźnie wskazano na nowe „moduły, warstwy, funkcjonalności".

Ponadto Odwołujący zacytował, że przez standardowe rozwiązanie klasy ERP Zamawiający rozumie system, który spełnia warunki z pkt 1.1 OPZ:
a) Oferowane rozwiązanie powinno posiadać interfejs aplikacji umożliwiający pracę w środowisku Microsoft Windows w wersji 7 lub wyższej;
b) Wszystkie komponenty serwerowe oferowanego rozwiązania powinny być wykonane w 64 bitowej technologii;

c) Oferowane rozwiązanie musi umożliwiać eksploatację na platformie bazy danych MSSQL Server 2014, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji zamówienia.
d) W przypadku, gdy oferowane przez Wykonawcę rozwiązanie będzie funkcjonowało na bazie danych innej niż ta, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć do realizacji niniejszego zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić licencje bazy danych, na nieograniczoną liczbę użytkowników, niezbędne do pełnego wdrożenia oferowanego systemu, zgodnie z wymaganiami (OPZ).
e) Oferowane rozwiązanie musi umożliwiać integrację z oprogramowaniem biurowym MS Office w wersji co najmniej 2007, co najmniej w zakresie importu i eksportu danych z poziomu interfejsu użytkownika;
f) Oferowane rozwiązanie musi obsługiwać wielowalutowość;
g) Wszystkie moduły oferowanego rozwiązania w przypadku klienta desktopowego muszą działać w ramach jednego interfejsu i jednej aplikacji klienckiej (bez konieczności wychodzenia z jednej aplikacji i wchodzenia do drugiej);
h) Licencje dostarczone dla oferowanego rozwiązania muszą umożliwiać obsługę nieograniczonej liczby jednostek organizacyjnych;
i) Oferowane rozwiązanie musi udostępniać w ramach opłaty licencyjnej dostęp do otwartego kodu Oprogramowania Aplikacyjnego;
j) Oferowane rozwiązanie powinno być zbudowane w oparciu o standardowe rozwiązanie klasy ERP, wdrażane i serwisowane przez sieć partnerską firm wdrażających, autoryzowaną przez producenta standardowego rozwiązania klasy ERP obejmującą co najmniej 5 firm wdrożeniowych, niezależnych kapitałowo od siebie i od producenta standardowego rozwiązania klasy ERP;
k) Oferowane rozwiązanie powinno być zbudowane w oparciu o standardowe rozwiązanie klasy ERP dostępne na rynku w wersji COTS (commercial off-the-shelf) przynajmniej od 10

lat, a w oferowanej wersji co najmniej rok;
l) Oferowane rozwiązanie musi być wdrażane i serwisowane w modelu umożliwiającym realizację projektów wdrożeniowych przez co najmniej pięciu partnerów autoryzowanych przez producenta standardowego rozwiązania klasy ERP, niezależnych kapitałowo od siebie i od producenta standardowego rozwiązania klasy ERP;
m) Oferowane rozwiązanie nie może w żaden sposób ograniczać Zamawiającego w wyborze przyszłego wykonawcy mogącego utrzymać rozwiązanie po zakończeniu projektu.

Odwołujący dodał, że w tym samym punkcie OPZ wskazano, że zamówienie obejmuje:

a) Wykonanie Projektu Rozwiązania;
b) Dostawę, Instalację Systemu i Konfigurację Oprogramowania, Oprogramowania Aplikacyjnego. Wykonawca dostarczy szczegółowe zestawienie dostarczonego Oprogramowania, które zostanie zawarte w Dokumentacji powykonawczej;
c) Instalację i konfigurację Oprogramowania, które Zamawiający przeznaczył do realizacji zamówienia, a które Wykonawca wykorzysta do wykonania Rozwiązania, zgodnie z punktem 2.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia
(...)
g) Dostosowanie Oprogramowania Aplikacyjnego do potrzeb Zamawiającego oraz zapewnienia jego interoperacyjności zgodnie z zapisami „Opisu Przedmiotu Zamówienia";

Wreszcie Odwołujący przybliżył, że w zakresie wymagań dotyczących licencji w pkt 11 OPZ określono, że *w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca w zależności od posiadanych praw zobowiązany jest do Udzielenia licencji/sublicencji na:*
11.1. Oprogramowanie standardowego rozwiązania klasy ERP na użytkownika nazwanego 800 licencji z możliwością Udzielania licencji/sublicencji na innych użytkowników, wraz z prawem do aktualizacji, nowych wersji oraz pomocy technicznej, na cały okres trwania Umowy i na warunkach określonych przez producenta ww. Oprogramowania standardowego;
11.2. Oprogramowanie Aplikacyjne, Wykonawca zobowiązany jest do Udzielenia licencii/sublicencii/przeniesienia praw autorskich zgodnie z zapisami Istotnych Postanowień Umowy. Wykonawca Udzieli licencji/sublicencji na Oprogramowanie Aplikacyjne bez limitów (użytkowników, kont, rodzaju ilości stanowisk, ilości przetwarzanych danych, z prawem

przeniesienia/powielenia na nowe/inne/te same urządzenia) na pełne korzystanie z oferowanego Oprogramowania Aplikacyjnego;

Odwołujący wywiódł, że w SIWZ:

– występuje wielopłaszczyznowe rozróżnienie Oprogramowania i Oprogramowania Aplikacyjnego;

– Oprogramowanie Aplikacyjne nie jest tym samym co oprogramowanie standardowe;

– w żadnym miejscu nie ma również adnotacji, że Oprogramowanie Aplikacyjne musi być wykonane na bazie komponentu aplikacyjnego standardowego rozwiązania klasy ERP.

Odwołujący podniósł, że również wymagania dotyczące zestawu testowego nie nawiązują do komponentu aplikacyjnego standardowego rozwiązania klasy ERP.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie z załącznikiem nr 3 do OPZ – Regulamin oraz harmonogram prezentacji Systemu:

pkt 1.1 Zakres i sposób dostarczenia – odbioru zestawu testowego do prezentacji Systemu,
ppkt 3: Zestaw testowy, który Wykonawca jest zobowiązany do dołączenia do oferty musi zawierać sprzęt niezbędny do uruchomienia wersji demonstracyjnej Systemu w postaci co najmniej: wyłącznie 1 komputera typu notebook, na którym będzie zainstalowany system demonstracyjny, Oprogramowania, w tym standardowego oprogramowania klasy ERP, Oprogramowania Aplikacyjnego w wersji demonstracyjnej, nośnika danych zawierającego obraz dysku/dysków komputera typu notebook z wygenerowany sumami kontrolnymi MD5, wydruk zawierający wszystkie sumy kontrolne MD5 dla wszystkich plików oraz innych komponentów niezbędnych do wykonania prezentacji;
ppkt 4 Prezentacja wersji demonstracyjnej Systemu musi być wykonana w oparciu o standardowe rozwiązanie klasy ERP (zgodnie z opisem zawartym w OPZ) i musi być wykonana w tej samej technologii, co System oferowany w niniejszym postępowaniu;
ppkt 6 Na zestawie testowym zainstalowane Oprogramowanie w tym standardowe rozwiązanie klasy ERP i Oprogramowanie Aplikacyjne musi być licencjonowane. Licencja musi umożliwiać uruchomienia i wykonanie prezentacji Systemu w okresie od złożenia oferty do końca trwania Umowy. Oprogramowanie i Oprogramowanie Aplikacyjne musi być już zainstalowane na komputerze z zestawu testowego, tak aby podczas przygotowania do prezentacji oraz w jej trakcie nie były instalowane żadne *komponenty Systemu.*

Odwołujący zarzucił, że w świetle takich postanowień SIWZ uzasadnienie podane przez Zamawiającego, jest całkowicie nieuprawnione, gdyż:

– Zamawiający nie może oceniać ofert z punktu widzenia bliżej nieokreślonej „praktyki" (nie wiadomo czyjej i jakiej), lecz postanowień SIWZ;

– Zamawiający wprowadził nieistniejące na gruncie SIWZ pojęcie „komponentu (o nie ma w definicji ani aplikacyjnego ERP" którym mowy Oprogramowania Oprogramowania aplikacyjnego), czyli aplikacji wspierającej zarządzania finansami miasta producenta ERP w modelu COTS, wyłącznie na potrzeby odrzucenia oferty Odwołującego;

– warstwa aplikacyjna ma dopiero powstać w ramach Oprogramowania Aplikacyjnego realizowanego przez wykonawcę na podstawie przyszłej umowy, nie ma mowy o komponencie aplikacyjnym ERP;

– schematy blokowe przedstawione przez Zamawiającego (mające zapewne wizualnie

oddziaływać na czytelnika i obrazowo tłumaczyć rzekomą niezgodność oferty z SIWZ) są kompletnie oderwane od treści SIWZ i nie zasługują na jakąkolwiek uwagę;

– nigdzie w SIWZ nie ma wymogu, aby Oprogramowanie (zwłaszcza standardowy ERP) obejmowało komponenty aplikacyjne ERP ani tym bardziej nie ma w SIWZ parametru, aby Oprogramowanie Aplikacyjne było zrealizowane przez wykonawcę wyłącznie w obszarze komponentu aplikacyjnego ERP.

Odwołujący podsumował, że zdecydowanie odrzucić należy tezę Zamawiającego, jakoby przedstawiony przez Odwołującego podczas prezentacji System stanowi próbę obejścia wymagań SIWZ i wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Według Odwołującego

zestaw testowy został wykonany ściśle według instrukcji zawartych w SIWZ, a Zamawiającemu zaprezentowano *rozwiązanie w oparciu o „Standardowe rozwiązanie klasy ERP" w tej samej technologii co oferowany w niniejszym postępowaniu System. Technologia Oracle występuje zarówno w części standardowego rozwiązania klasy ERP jak i Oprogramowania Aplikacyjnego.* Odwołujący architekturę systemu wymaganego przez Zamawiającego zgodnie zapisami SIWZ zobrazował za pomocą schematu zamieszczonego w odwołaniu {rysunki nr 1 i 2 dot. wersji demonstracyjnej systemu Sputnik Software}.

Według odwołującego potwierdzeniem *zgodności technologicznej Oprogramowania Aplikacyjnego Oracle Forms ze Standardowym rozwiązaniem klasy ERP Oracle E-Business Suite* jest model architektury rozwiązania Oracle E-Business Suite {rys. nr 3 w odwołaniu}. A zastosowane na potrzeby przygotowania zestawu testowego Oprogramowanie klasy ERP na bazie Oracle E-Business Suite jest całkowicie zgodne technologicznie z Oprogramowaniem Aplikacyjnym zainstalowanym na zestawie dołączonym do oferty.

Odwołujący dodał, że licencja Oracle E-Business Suite zawiera następujące komponenty, które można użytkować zgodnie z wybranym modelem licencyjnym: Oracle Forms Services (w tym Forms), Oracle Reports Services, TopLink and Application Development Services (w tym Forms), Oracle Report Services, ToLink and Application Development Framework, portal, Discoverer Viewer, Disovewer Plus (WEB Functionality), IdentityManagement, Application InterConnect Toolkit, Integration and Enterprise Service Bus, JavaSE, WebLogic Server Basic, Oracle Access Manager Basic, and Personalization. Oracle określa również, które komponenty technologiczne są zgodne licencyjnie.

Zdaniem Odwołującego zarzut Zamawiającego niezastosowania „komponentu aplikacyjnego ERP" o nazwie „Oracle Financials", który wchodzi w skład Oracle E-Business Suite, jest błędny i może wynikać z nieznajomości technologii Oracle EBS. Dla lepszego zobrazowania budowy modułowej rozwiązania Oracle E-Business Suite (spełniającego wymagania dla standardowego rozwiązania ERP) Odwołujący zaprezentował schemat graficzny {rys. nr 4 w odwołaniu} obejmujący następujący wykaz modułów: a) Manufacturing

(produkcja), b) Inventory (inwentaryzacja), c) Fulfillment (logistyka) d) Finacial&Asset Management {nazywane również „Financials"} (finanse i zarządzanie aktywami), e) Customer Service (obsługa klienta), f) Customer Relations Management (zarządzanie relacjami z klientami), g) Sales & Order (zarządzanie sprzedażą Management i zamówieniami), h) Procurement (dostawy), i) Business Inteligence (analityka biznesowa), k) Custom (niestandardowy).

Odwołujący wyjaśnił, że rozwiązanie klasy ERP Oracle-E-Business Suite w standardzie realizuje funkcjonalności związane z obsługą przedsiębiorstw na całym świecie. A z uwagi na jego pochodzenie (USA) nie ma możliwości, aby w podstawowym pakiecie funkcjonalnym obsługiwał polskie czy inne jednostki sektora publicznego z obszaru Unii Europejskiej. Dzięki budowie modułowej i mechanizmowi dostosowywania (za pomocą modułów niestandardowych – w tym przypadku Oprogramowaniu Aplikacyjnemu) istnieje możliwość dostosowania rozwiązania do potrzeb klienta docelowego. Przykładowo, aby spełnić wymagania załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie Oprogramowania Aplikacyjnego dostarczane przez Sputnik rozwiązanie klasy ERP musi zostać dostosowane. Innymi słowy muszą zostać dobudowane nowe warstwy funkcjonalne stanowiące podstawę nowych modułów np. podatkowych. Dostosowanie może być realizowane w oparciu o programowanie nowych fragmentów kodu na bazie technologii Oracle Forms lub gotowych W tym przypadku będzie miało implementacji warstw funkcjonalnych. zastosowanie obu form, co nie oznacza, że Zamawiający otrzyma tożsamy system z obecnie wykorzystywanym, gdyż powstanie nowy produkt spełniający wszystkie wymagania wyspecyfikowane w OPZ.

Odwołujący zarzucił ponadto, że obecnie Zamawiający, nawet wbrew swoim wcześniejszym ocenom, próbuje narzucić nieadekwatne do treści tej specyfikacji wymagania.

Odwołujący zrelacjonował, że poprzednio Zamawiający odrzucił jego ofertę m.in. z tego powodu, że *Wykonawca nie dysponuje wszystkimi komponentami zaoferowanego Rozwiązania, ponieważ nie jest ich producentem,* imputując nawet, że na zestawie testowym *zostało zainstalowane nielegalne oprogramowanie.* Natomiast obecnie Zamawiający twierdzi,

że w toku prezentacji *zobaczył system niemalże identyczny z aktualnie eksploatowanym systemem w Urzędzie Miasta Łodzi tj. ZSJ Magistrat 2000.*

W tych okolicznościach Odwołującego zastanawiają dwa zagadnienia. Po pierwsze, skoro Zamawiający 1 czerwca 2016 r. rzekomo zobaczył należący do Odwołującego system ZSI Magistrat 2000, na jakiej podstawie zarzucił Odwołującemu że zainstalowane oprogramowanie, w tym Oprogramowanie Aplikacyjne nie jest licencjonowane? Po drugie, jeśli Zamawiającemu został zaprezentowany ZSI Magistrat 2000, który aktualnie użytkuje, dlaczego w toku oceny ofert przyznał Odwołującemu tylko 2 punkty w kryterium „SGSW"

i stwierdził, że zaprezentowany system (rzekomo ten sam, który użytkuje od 17 lat!) nie realizuje większości wymaganych funkcjonalności z Obszaru budżetowo-księgowego oraz Obszaru opłat i podatków (lub że są realizowane sprzecznie z obowiązującymi przepisami...)?

Odwołujący dodał, że Zamawiający badał jego ofertę wszechstronnie, zarówno w warstwie merytorycznej, jak i formalnej. Sprawdzał bardzo drobiazgowo spełnienie każdego warunku udziału w postępowaniu, wystosował do Odwołującego kilkanaście różnego rodzaju wezwań, aby finalnie nie stwierdzić niezgodności zestawu testowego lub zaoferowanego Systemu z treścią SIWZ. Ponadto w toku badania ofert oraz podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający posiłkował się ekspertami; którzy oceniali próbkę (zestaw testowy) i nie stwierdzili jej niezgodności z treścią SIWZ .

Zdaniem Odwołującego obecne działania Zamawiającego stoją w jaskrawej sprzeczności z jego wcześniejszymi czynnościami. Odwołującemu, patrząc przekrojowo na przebieg postępowania, wydaje się, że celem Zamawiającego nie jest i nie była rzetelna i obiektywna ocena ofert; lecz dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Asseco , droższej o blisko 15 mln zł. Zamawiający uprzednio nie widział żadnej merytorycznej wady zestawu testowego, a wręcz zarzucał, że Odwołujący nie posiada odpowiednich licencji Oracle umożliwiających mu wykonanie takiego zestawu. W tej chwili twierdzi, że w tym zestawie jakiegoś komponentu Oracle w ogóle nie było.

29 grudnia 2016 r. wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Izby zgłoszenie przez Konsorcjum Asseco przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

5 stycznia 2016 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości, uzasadniając swoje stanowisko odnośnie każdego z zarzutów.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również

biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, dalszych pismach z 11 i 16 stycznia 2017 r., odpowiedzi na odwołanie, dalszym piśmie z 18 stycznia 2017 r., zgłoszeniu przystąpienia i dalszych pismach z 10 i 16 stycznia 2017 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, skoro złożył ofertę, która według kryteriów oceny przyjętych w tym postępowaniu mogłaby okazać się najkorzystniejsza. Stąd Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zostały również wzięte pod uwagę przez Izbę pozostałe pisma złożone przez Odwołującego {pierwsze trzy wymienione.} i Przystępującego {ostatnie z wymienionych} tj:
– *Ekspertyza technologiczna Oracle E-Business Suite 12* z 19 grudnia 2016 r. autorstwa J.N., pracownika Oracle Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {która została w całości inkorporowana do treści odwołania};
– *Ekspertyza. Ocena zgodności oferty firmy Sputnik sp. z o.o. na „dostawę i wdrożenie*

systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta… z 10 stycznia 2017 r. autorstwa mgr. Inż. A.K. {dalej: „Ekspertyza A. K.”};
– *Wykonanie ekspertyzy w zakresie zgodności oferty firmy Sputnik Software Sp. z o.o. z wymaganiami przetargu na dostawę i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta…* z 10 stycznia 2017 r. Instytutu Automatyki i Robotyki Politechniki Warszawskiej autorstwa prof. dr. hab. inż. R.P. {dalej: „Ekspertyza PW”};
– *Opinia ekspercka dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia na „Dostawę i wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego zarządzanie finansami Miasta”…* z 13 stycznia 2017 r. autorstwa dr hab. inż. A.Z. {dalej: „Ekspertyza A. Z.”}.

Izba zaznacza, że ponieważ w postępowaniu odwoławczym nie zgłoszono wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ani Izba nie uznała za konieczne dopuszczenie takiego dowodu z urzędu, powyższe pisma zostały uznane li tylko za uszczegółowienie stanowisk Odwołującego i Przystępującego, a nie za dowód na poparcie ich twierdzeń.

W ocenie Izby odmienny status ma *Wykonanie ekspertyzy w zakresie oceny zgodności zaprezentowanej przez firmę Sputnik próbki w ramach testów gotowości systemu a zaoferowanym rozwiązaniem Oracle E-Business Suite (EBS) w wersji 12* Wydziału Elektromechaniki i Informatyki Politechniki Rzeszowskiej z 21 listopada 2016 r. autorstwa dr. inż. M.N. {dalej: „Ekspertyza PR”}, na którą powołano się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Sputnika, gdyż zgodnie z art. 21 ust. 4 pzp jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych, a zatem podlega ona ocenie jako materiał dowodowy.

Izba uznała za spóźnione i bezprzedmiotowe zgłoszone dopiero na rozprawie przez Odwołującego zastrzeżenia odnośnie bezstronności Politechniki Rzeszowskiej. Po pierwsze – termin na zgłoszenie tego typu zarzutu upłynął wraz z terminem na wniesienie odwołania. Po drugie – wywodzenie rzekomego barku bezstronności z informacji prasowych oraz zamieszczonych na stronach internetowych zainteresowanych instytucji dotyczącej współpracy Politechniki Rzeszowskiej z Asseco Poland, jest nieudowodnioną spekulacją.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła poniższe okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia.

W odniesieniu do rozumienia użytego w s.i.w.z. terminu „Standardowe rozwiązanie

klasy ERP”:
– *Określenie klasy systemów informatycznych służących wspomaganiu zarządzania przedsiębiorstwem w różnych obszarach biznesu. System ten składa się zawsze z wielu komponentów aplikacyjnych* (…) *wśród standardowych komponentów aplikacyjnych wyróżnia się chociażby: obsługę klientów, produkcję, finanse i księgowość, zarządzanie zasobami ludzkimi, zaopatrzenie.* {odpowiedź na odwołanie, str. 2}.
– (…) *w powszechnym rozumieniu oznacza standardowe rozwiązania, zaszyte w pakiecie zintegrowanego służącego do zarządzania zasobami organizacji, bez wskazywania na jej charakter i specyfikę działalności.* (…) *Cechą wspólną dla wszystkich systemów ERP jest podział na moduły funkcjonalne, wspólne struktury danych dla różnych modułów, oraz ujednolicona logika przechowywania, dostępu, przetwarzania i prezentacji danych,* (…) *W rozumieniu powszechnym pojęcie* (…) *nie obejmuje efektów „dostosowania” ani „rozbudowy” (przykładowo o nowe moduły, warstwy, funkcjonalności).* {Ekspertyza A. K., str. 6}
– (…) *w świetle teorii i praktyki systemów ERP może jedynie oznaczać, że jest to system: I) oparty na podejściu procesowym do zarządzania organizacją ; II)* (...) *który zapewnia integrację funkcji i danych organizacji; III) umożliwia standaryzację funkcji i wzorów z najlepszymi wzorcami dostępnymi w biznesie.* {Ekspertyza PW, str. 3}
– *Oznacza system informatyczny służący do prowadzenia wszelkich ewidencji związanych z działalnością firmy (rachunkowość finansowa i zarządcza, rozrachunki z kontrahentami, kadry, płace, produkcje, nieruchomości i in.), wspierający realizację związanych z tymi ewidencjami procesów biznesowych, pozwalający jednocześnie na planowanie i raportowanie w zakresie objętym zakresem systemu. Cechą charakterystyczną systemów ERP jest integracja w ramach jednego systemu wszystkich danych opisujących całą działalność przedsiębiorstwa z tego powodu systemy tej klasy bywają nazywane zintegrowanymi.* {Ekspertyza A. Z., str. 14}

Reasumując innymi słowy, niesporne pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego było, że „standardowe rozwiązanie klasy ERP” to określenie dotyczące systemów informatycznych służących wspomaganiu zarządzania przedsiębiorstwem (organizacją), w tym optymalizacji wykorzystania zasobów przedsiębiorstwa (organizacji) oraz zachodzących w nim procesów, dzięki gromadzeniu danych oraz umożliwieniu wykonywania, co realizowane jest w oparciu o bazę danych, z której korzystają poszczególne moduły aplikacyjne (tzw. komponenty aplikacyjne wg terminologii z uzasadnienia odwołania), obejmujące poszczególne obszary działalności przedsiębiorstwa (organizacji).

Na poziomie najbardziej ogólnym według specyfikacji przedmiot tego zamówienia obejmuje dostawę, wdrożenie i dostosowanie do potrzeb Zamawiającego, uruchomienie oraz serwis gwarancyjny i usługi asysty technicznej rozumianego w powyższy sposób standardowego rozwiązania klasy ERP (Enterprise Resource Planning) wspierającego zarządzanie finansami miasta, czyli uzyskanie docelowego Rozwiązania (rozumianego jako System funkcjonujący na infrastrukturze teleinformatycznej Zamawiającego), czyli

Systemu przewidziane umową wdrożonego (obejmującego wszystkie dostarczone, zainstalowane, zintegrowane i wdrożone Produkty (Oprogramowanie, Oprogramowanie Aplikacyjne, Dokumentacja, Kody źródłowe oraz inne elementy dostarczone przez wykonawcę w celu realizacji Rozwiązania) {pkt 1 załącznika nr 1 do s.i.w.z., pkt 1.1 *Ogólny Opis Przedmiotu Zamówienia… in principio* oraz pkt 1.2 *Przyjęte definicje* załącznika nr 1 do OPZ}

Przy czym Zamawiający wskazał również {w pkt 1.1 lit. j), k) oraz l) załącznika nr 1 do OPZ }, że takie standardowe rozwiązanie klasy ERP oznacza w szczególności, że jest:
– ono wdrażane i serwisowane przez sieć partnerską firm wdrażających, autoryzowaną przez

producenta standardowego rozwiązania klasy ERP, obejmującą co najmniej 5 firm wdrożeniowych, niezależnych kapitałowo od siebie i od producenta standardowego rozwiązania klasy ERP;
– dostępne na rynku w wersji COTS (commercial off-the-shelf) przynajmniej od 10 lat, a w oferowanej wersji co najmniej rok;
– możliwe jego wdrażane i serwisowane w modelu umożliwiającym realizację projektów wdrożeniowych przez co najmniej pięciu partnerów autoryzowanych przez producenta standardowego rozwiązania klasy ERP, niezależnych kapitałowo od siebie i od producenta standardowego rozwiązania klasy ERP.

Z kolei Oprogramowanie Aplikacyjne obejmuje wykonane przez wykonawcę rozbudowy (począwszy od dodanych funkcjonalności, warstw aż do nowych modułów) tak rozumianego standardowego rozwiązania klasy ERP, mające na celu jego dostosowanie do wymogów Zamawiającego {wg definicji podanej w pkt 1.2 załącznika nr 1 do OPZ}, czyli specyfiki działalności Zamawiającego, której nie uwzględniają występujące w standardowym rozwiązaniu klasy ERP moduły (komponenty) aplikacyjne.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu wymagał od wykonawców, oprócz złożenia pisemnej oferty, dołączenia do niej zestawu testowego z zainstalowaną wersją demonstracyjną Systemu, w tym standardowym oprogramowaniem klasy ERP oraz Oprogramowaniem Aplikacyjnym, służącego przeprowadzeniu prezentacji Systemu według scenariuszy testowych (dla obszarów: budżetowo-księgowego oraz opłat i podatków), w celu

weryfikacji stopnia jego gotowości do wdrożenia, stanowiącego jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 40% {pkt 10.11.2.1-10.11.2.2 s.i.w.z.; załącznik nr 3 do OPZ – *Regulamin oraz harmonogram prezentacji Systemu* pkt 1-2; załącznik nr 4 do OPZ; pkt 13.7 s.i.w.z.}.

Zamawiający podkreślił dodatkowo, że prezentacja wersji demonstracyjnej Systemu musi być wykonana w oparciu o standardowe rozwiązanie klasy ERP (zgodnie z opisem zawartym w OPZ) i musi być wykonana w tej samej technologii, co oferowany System {pkt 10.11.2.2 s.i.w.z.; pkt 2 załącznika nr 3 do OPZ}.

Standardowe rozwiązanie klasy ERP produkowane przez Oracle o nazwie E-Bussines Suite w wersji 12 w swej standardowej postaci, tj. takiej, w jakiej producent udostępnia i wprowadza je do obrotu rynkowego, zawiera następujące moduły (komponenty) aplikacyjne, które jednocześnie wyznaczają zakres dziedzinowy zastosowania tego rozwiązania standardowego: a) Manufacturing (produkcja), b) Inventory (inwentaryzacja), c) Fulfillment (logistyka) d) Finacial&Asset Management {nazywane również „Financials”} (finanse i zarządzanie aktywami), e) Customer Service (obsługa klienta), f) Customer Relations Management (zarządzanie relacjami z klientami), g) Sales & Order Management (zarządzanie sprzedażą i zamówieniami), h) Procurement (dostawy), i) Business Inteligence (analityka biznesowa), k) Custom (interfejs na dołączanie modułów niestandardowych) {odwołanie, str. 12; Ekspertyza A. K., str. 7.; odpowiedź na odwołanie, str. 4}

Systemy ERP innych producentów obejmują bardzo podobny zakres dziedzinowy. Różnice polegają na sposobach implementacji procesów biznesowych, struktur danych, funkcjonalności i zastosowanych sposobów pararametryzacji i narzędzi do kastomizacji rozwiązań. {Ekspertyza A. K., str. 7}

Oracle Financials jest centralnym miejscem w aplikacjach Oracle, w którym następuje obsługa finansowa następujących obszarów funkcjonalnych: księgi głównej, należności, zobowiązań, środków pieniężnych, środków trwałych i kas gotówkowych. Przy czym owo rozwiązanie finansowe Oracle jest zgodne z prawodawstwem polskim, szczególnie w zakresie ustawy o rachunkowości, ustaw podatkowych i ustawy o ochronie danych osobowych {str. 3 i 9 *Oracle E-Business Suite. Oracle Financials. Opis funkcjonalności produktu.}*

Oracle E-Bussines Suite 12 oparte jest m.in. na technologii Oracle Forms, czyli oprogramowaniu narzędziowym, za pomocą którego zostały utworzone ekrany systemu i które umożliwia tworzenie funkcjonalnych modułów aplikacyjnych {odwołanie, str. 10-11; oświadczenie Oracle Polska sp. z o.o. z 20 września 2016 r.; pismo Zamawiającego z 18 stycznia 2017 r., str. 3; pisma Przystępującego z 10 i 16 stycznia 2017 r., odpowiednio pkt 7 i

II.2}

Sygn. akt KIO 2439/16

Oracle uznaje tworzenie nowych modułów z wykorzystaniem technologii Oracle Forms jako mieszczące się w ramach tzw. Platformy E-Business Suite 12, a nie jako element standardowego rozwiązania klasy ERP Oracle E-Business Suite 12 {oświadczenie Oracle Polska sp. z o.o. z 20 września 2016 r.}

Niesporne jest, że zestaw testowy załączony do oferty Sputnika nie obejmował żadnego z modułów (komponentów) aplikacyjnych wchodzących w skład Oracle E-Bussines Suite sprzedawanego jako COTS, w szczególności Oracle Financials, a całość funkcji objętych prezentacją realizowana była przez wykonane w ramach Oprogramowania Aplikacyjnego moduły własne Sputnika zaprogramowane od podstaw z wykorzystaniem technologii Oracle Forms.

Sputnik nie deklaruje również wykorzystania gotowych modułów aplikacyjnych Oracle E-Bussines Suite w oferowanym docelowym Systemie, gdyż uważa, że *w* żadnym *postanowieniu SIWZ nie ma obowiązku wykonania zestawu testowego lub Systemu z wykorzystaniem „komponentu aplikacyjnego standardowego rozwiązania klasy ERP"* {fraza pogrubiona na str. 3 odwołania}.

Reasumując, Izba stwierdziła, co następuje:
– Skoro niesporne w postępowaniu odwoławczym było, że standardowe rozwiązanie klasy ERP produkcji Oracle o nazwie E-Bussines Suite 12 dostępne jako oprogramowanie COTS zawiera moduły aplikacyjne wyznaczające zakres jego możliwego zastosowania, w tym w odniesieniu do zarządzania finansami moduł Oracle Financials {powyżej nazywany również *Finacial&Asset Management},* nie można jednocześnie twierdzić, że bez tego typu modułów nadal stanowi „standardowe rozwiązanie klasy ERP", gdyż w takiej okrojonej postaci jest ono niekompletne i nie spełnia żadnych funkcji, do których jest przeznaczone, a zatem nie wspiera również zarządzania finansami.
– Rozwiązanie zaprezentowane i oferowane przez Sputnik, w którym zamiast standardowych modułów aplikacyjnych Oracle E-Bussines Suite 12 są wyłącznie moduły zaprogramowane od podstaw przez Sputnika z użyciem technologii Oracle Forms, nie odpowiada treści opisu przedmiotu zamówienia s.i.w.z. obowiązującej w tym postępowaniu, gdyż zamiast wykonania rozbudowy Oracle E-Bussines Suite 12, czyli standardowego rozwiązania klasy ERP, o niewystępujące w nim funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego, dzięki zaprogramowaniu nowych funkcjonalności, warstw lub nowych modułów, oferuje zastąpienie wszystkich istniejących standardowych modułów własnymi, wykonanymi według tej samej technologii w oparciu o tzw. platformę Oracle E-Bussines Suite 12.

Ponadto Izba stwierdziła, że w zawiadomieniu przekazanym Sputnikowi Zamawiający

Sygn. akt KIO 2439/16

zawarł uzasadnienie odrzucenia oferty, które uwzględniało powyżej ustalone okoliczności. Obszerne uzasadnienie faktyczne z użyciem terminu „komponent aplikacyjny" oraz diagramów służyło jak najdokładniejszemu wyjaśnieniu stwierdzonej adekwatnie przez Zamawiającego niezgodności zestawu testowego z oferty Sputnika z treścią postanowień s.i.w.z.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne

Odwołujący bezpodstawnie domaga się uchylenia odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż odwołanie opiera się na wybiórczej interpretacji postanowień opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności definicji Oprogramowania Aplikacyjnego, przy jednoczesnym zanegowaniu, że wymagane było zaoferowanie Systemu, który będzie opierał się na standardowym rozwiązaniu klasy ERP jako oprogramowaniu COTS rozbudowanym przez wykonawcę zamówienia jedynie w niezbędnym zakresie.

Odwołujący, wbrew treści opisu przedmiotu zamówienia, sprowadza rozumienie „standardowego rozwiązania klasy ERP" do wymogu wykonania przez wykonawcę zamówienia modułów aplikacyjnych w oparciu o to samo oprogramowanie narzędziowe co standardowe moduły aplikacyjne producenta tego rozwiązania służące wsparciu dziedzin działalności objętej przedmiotem zamówienia.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 pzp zastrzega

dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz,* wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r.

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231; dalej również: „rozporządzenie

o dokumentach"). Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 6 ust. 1 pkt 2 - 4 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 16 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2162/12), konsekwencją nieuzupełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z. W odniesieniu do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, oznacza to konieczność zidentyfikowania parametru oferowanego produktu, który nie znalazł w nich kwalifikowanego potwierdzenia, pomimo że w ofercie został zadeklarowany przez wykonawcę jako zgodny z parametrem wymaganym według opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się to do wspominanej powyżej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Z kolei z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów,

o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, lub którzy złożyli takie dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Ponadto zamawiający może w odniesieniu do złożonych pierwotnie lub uzupełnionych dokumentów zażądać od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Oczywiste jest, że instytucja ta służy wyjaśnieniu niezrozumiałej dla zamawiającego treści dokumentu, w szczególności ustaleniu gdzie znajduje się informacja potwierdzająca spełnianie wymagań, a nie zmianie treści dokumentu, co jest możliwe w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 13 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1863/10) nie można wyjaśnieniami przywrócić sobie możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby wydane: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)} – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art.87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Reasumując, przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Jednakże zastosowanie tych instrumentów jest możliwe tylko wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Zdaniem Izby w tej sprawie oferta Sputnika jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia w zasadniczy i nieodwracalny sposób, stąd nawet przy wykorzystaniu powyższych instrumentów nie da się uzyskać stanu zgodności jej treści z treścią s.i.w.z. W szczególności ponieważ zestaw testowy stanowił w tym przypadku część treści oferty podlegającej ocenie, niemożliwe jest jego uzupełnienie lub zmiana na inny, gdyż prowadziłoby to niedopuszczalnej zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. i 3. listy zarzutów}

Ponieważ zarzut z pkt 1 listy zarzutów ma charakter niesamoistny, gdyż jeżeli nie

naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, nie mogło dojść do naruszenia art. 91 ust. 1 pzp, jest on również niezasadny.

W odniesieniu do naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, co do którego w uzasadnieniu

odwołania nie podano żadnych odrębnych okoliczności, uniemożliwia odrębne rozpoznanie tak sformułowanego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: ……

……

……