

WYROK
z dnia 18 czerwca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Stanisław Sadowy
Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. M. Flisa 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Południowy Koncern Węglowy S.A., 43-600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37** protestu z dnia 12 maja 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. M. Flisa 4
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. M. Flisa 4,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. M. Flisa 4.**

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia jest "Dostawa, wdrożenie oraz obsługa informatyczna na zasadzie outsourcingu, systemu informatycznego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A., wspomagającego procesy związane ze sprzedażą węgla", znak sprawy: 14/2009IEEZPIMZ.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.665 ze zm.) [Ustawa albo PZP] w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy i Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienie sektorowe zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 2009/S 81-117186 (usługi) w dniu 28 kwietnia 2009 r.

Zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest Południowy Koncern Węglowy S.A., z siedzibą w Jaworznie, a odwołującym - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Industrial and Financial Systems Poland sp. z o.o z siedzibą w Warszawie [Wykonawca lub Konsorcjum].

Odwołanie wniesione zostało od braku rozstrzygnięcia protestu Wykonawcy z dnia 12 maja 2009 r. wobec treści ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że w dniu 28 kwietnia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowane zostało ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu, które w opinii odwołującego się Wykonawcy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu określone zostały z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 22 ust. 1 i 2 pzp i art. 7 ust. 1 pzp, a wobec faktu, iż Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, odwołujący się nie ma możliwości ustosunkowania się do ewentualnej

zarzutów. W związku z tym, Odwołujący się przywołał i podtrzymał w całym zakresie zarzuty, żądania i argumentację zawarte w proteście, a w szczególności stwierdził, że w Ogłoszeniu o zamówieniu:

1. w pkt II.1.5. ppkt 3 - wymaganie, by system działał na platformach bazodanowych pochodzących od co najmniej trzech różnych producentów jest wymaganiem dyskryminacyjnym, bowiem jednoznacznie wskazuje na produkty jedynie dwóch producentów, to jest SAP i JD Edwards i eliminuje z postępowania innych wykonawców. Równocześnie, postawienie tego wymagania nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Wymaganie powinno być więc wykreślone z ogłoszenia.
2. w pkt II.1.5 ppkt 3 - wymaganie udostępnienia użytkownikom funkcjonalności systemu w sposób ciągły przez 24 godziny na dobę oraz czas przywrócenia pracy systemu po wystąpieniu awarii do 4 godzin jest wysoce nieprecyzyjne. Spełnienie tego wymagania w brzmieniu opisanym w ogłoszeniu może być bardzo trudne lub wręcz niemożliwe. Nie sposób w szczególności ustalić, czy każda awaria ma być usuwana w czasie 4 godzin (powszechne na rynku jest różnicowanie kategorii awarii i przypisywanie poszczególnym ich rodzajom różnych czasów naprawy) oraz nie wiadomo, czy wykonawca będzie w stanie usunąć awarię w czasie liczonym od jej faktycznego wystąpienia, ponieważ nie wiadomo, w jakim czasie Zamawiający poinformuje wykonawcę o awarii. Wymaganie powinno więc zostać wykreślone z ogłoszenia.
3. w pkt II.1.5 ppkt 3 - wymaganie udostępnienia help desku zorganizowanego zgodnie z metodyką ITIL jest wprost sprzeczne z zasadami opisu przedmiotu zamówienia opisanymi w art. 29 pzp, ponieważ wymaganie takie wskazuje poprzez podanie znaku towarowego na konkretną metodykę, którą stosować ma wykonawca. Jest to także wymaganie dyskryminacyjne, ponieważ eliminuje z postępowania wykonawców, którzy w swojej działalności stosują inne metodyki oraz jest to wymaganie nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego, ponieważ identyczny standard świadczonych usług można zapewnić stosując jedną z wielu innych metodyk. Omawiane wymaganie powinno więc zostać usunięte z ogłoszenia.
4. w pkt III.2.3 (pkt 1.a.) - warunek udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu wykonania określonego wdrożenia systemu klasy ERP w ramach tej samej firmy jest wymaganiem nadmiarowym i dyskryminacyjnym, ponieważ eliminuje z postępowania wszystkich tych wykonawców, które wymagane wdrożenia zrealizowali nie dla jednego zamawiającego, lecz dla grup kapitałowych. Wymaganie to nie jest również w żaden sposób uzasadnione potrzebami Zamawiającego, bowiem doświadczenie wykonawcy, który zrealizował dany system dla grupy kapitałowej jest, co najmniej równe doświadczeniu wykonawcy, który taki sam system zrealizował dla jednego podmiotu.

Formalne zorganizowanie danego organizmu gospodarczego jako jednego, dwóch czy kilku powiązanych podmiotów ma tylko takie znaczenie dla wdrażanego systemu informatycznego, że jego wykonawca musi uwzględnić dodatkowe uwarunkowania wynikające z faktu, iż dany organizm gospodarczy składa się z kilku formalnie wydzielonych podmiotów.

5. w pkt III.2.3. ppkt 1.a. oraz ppkt 2.a. - warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali co najmniej dwa wdrożenia o wartości co najmniej 5 000 000 zł., są nadmiarowe i faworyzują wykonawców, którzy realizowali systemy droższe. Jak zostało wykazane w proteście, w odniesieniu do systemów ERP nie można przyjmować ceny jako miernika jakości czy złożoności systemu. Koszt wdrożenia systemów o identycznej funkcjonalności i parametrach jest bowiem różny, w zależności od producenta danego systemu ERP. Omawiany warunek udziału w postępowaniu jest więc niekorzystny dla producentów systemów tańszych oraz nie znajduje oparcia w potrzebach Zamawiającego, ponieważ - jak już wspomniano - cena nie jest wyznacznikiem jakości i złożoności systemu informatycznego, a więc nie daje Zamawiającemu żadnej informacji o doświadczeniu

wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając zarzuty podniesione w proteście i odwołaniu, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy ustaliła oraz zważyła, co następuje,

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła podniesiony przez Zamawiającego na posiedzeniu zarzut, wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony. W tym przypadku Zamawiający wskazał, iż – w jego ocenie z treści odwołania wynika, że wnoszącym odwołanie są wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum IFS Industrial and Financial System Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. z siedzibą w Katowicach, podczas gdy protest został wniesiony przez Wykonawcę - IFS Industrial and Financial System Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Zatem odwołanie w ocenie Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust.4 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) [Ustawa lub PZP], gdyż zostało wniesione przed podmiot nieuprawniony.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił niniejszego wniosku, uznając, iż zarówno protest jak i odwołanie zostało wniesione przez Wykonawcę – IFS Industrial and Financial System Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W tym przypadku, w przekonaniu Izby, z faktu zaznaczenia w preambule odwołania przy oznaczeniu strony odwołującej (...)

4

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, i wobec braku dalej w treści odwołania potwierdzenia tej okoliczności, nie można wywodzić, iż wnoszącym odwołanie jest Konsorcjum - IFS Industrial and Financial System Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. z siedzibą w Katowicach. Dlatego też skład orzekający Izby uznał, iż odwołujący się Wykonawca uprawdopodobnił, iż użyte w preambule wyrazy (...) *Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia* były skutkiem omyłki pisarskiej.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak interesu prawnego Wykonawcy w rozumieniu art. 179 ust.1 PZP we wniesieniu niniejszego odwołania.

W tym przypadku Izba uwzględniała następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu niniejsze postępowanie na „Dostawę, wdrożenie oraz obsługę informatyczną na zasadzie outsourcingu, systemu informatycznego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A., wspomagającego procesy związane ze sprzedażą węgla”, prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Zgodnie z tym trybem udzielenia zamówienia i treścią ogłoszenia – Zamawiający ustalił termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do dnia 20 maja 2009 r. Wykonawca w dniu 12 maja 2009 r. wniósł protest a następnie w dniu 1 czerwca 2009 r. – odwołanie, wobec braku rozstrzygnięcia protestu, który to termin – jak przyznał Wykonawca upłynął w dniu 22 maja 2009 r. Zgodnie z treścią protokołu częściowego nr 8 z dnia 20 maja 2009 r. do tego postępowania przystąpiło 5 firm, w tym Konsorcjum, w którego skład wszedł wnoszący odwołanie Wykonawca - IFS Industrial and Financial System Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. z siedzibą w Katowicach, co potwierdził Zamawiający i treść umowy-pełnomocnictwa zawartego pomiędzy tymi firmami w dniu 19 maja 2009 r.

Z treści protestu i odwołania wynika, że zarzuty dotyczą, opisu przedmiotu zamówienia w zakresie: pkt II.1.5. ppkt 3 (zarzut 1 - wymaganie, by system działał na platformach bazodanowych pochodzących od co najmniej trzech różnych producentów), pkt II.1.5 ppkt 3 (zarzut 2 - wymaganie udostępnienia użytkownikom funkcjonalności systemu w sposób ciągły przez 24 godziny na dobę oraz czas przywrócenia pracy systemu po wystąpieniu awarii), pkt II.1.5 ppkt 3 (zarzut 3 - wymaganie udostępnienia help desku zorganizowanego zgodnie z metodyką ITIL) oraz warunków udziału w postępowaniu w zakresie: pkt III.2.3 (pkt 1.a.) (zarzut 4 - warunek udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu wykonania

określonego wdrożenia systemu klasy ERP w ramach tej samej firmy) i w pkt III.2.3. ppkt 1.a. i ppkt 2.a. (zarzut 5 - warunek udziału polegający na wykonaniu co najmniej dwóch wdrożeń o wartości co najmniej 5 000 000 zł.

W toku rozprawy Zamawiający potwierdził, że Konsorcjum, którego uczestnikiem jest Wykonawca potwierdziło spełnienie warunku z sekcji III.2 (Warunki udziału) - w zakresie pkt III.2.3 pkt 1a (zarzut 4) oraz pkt III.2.3. ppkt 1.a. i ppkt 2.a. (zarzut 5). Z kolei Wykonawca - w toku rozprawy oświadczył, iż nie popiera zarzutu w w zakresie pkt III.2.3 pkt 1a, jednakże w pozostałym zakresie popierając zarzuty wnoszą o ich uwzględnienie. W tym przypadku Wykonawca wskazał, iż co do zarzutu 5, jego uwzględnienie zgodnie z żądaniem zwiększy szanse uczestniczącego w konsorcjum wykonawcy na uzyskanie zamówienia. W odniesieniu do pozostałych – wywodził, iż zmiana Ogłoszenia o zamówieniu leży w interesie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym Konsorcjum z udziałem IFS, ponieważ część zarzutów dotyczy opisu przedmiotu zamówienia i sposobu oceny wniosków. Jednocześnie odwołujący się Wykonawca stwierdził, iż interes prawny wykonawcy powinien być oceniany wyłącznie na chwilę złożenia protestu, albowiem gdyby przyjąć inne stanowisko, to oznaczałoby, iż taki wykonawca pozbawiony byłby środka ochrony prawnej, w tym przypadku odwołania.

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny skład orzekający Izby, przede wszystkim nie podzielił poglądu Wykonawcy, iż badanie interesu prawnego w rozumieniu Ustawy dotyczyć może tylko i wyłącznie protestu. Takie ograniczenie nie wynika z przepisu art. 179 ust.1 PZP. W przekonaniu Izby, jego treść potwierdza wręcz odmienne stanowisko, albowiem regulacja w nim zawarta odwołuje się generalnie do środków ochrony prawnej określonych w dziale VI PZP, a zatem do protestu, odwołania jak również skargi.

Z tych też względów Izba stwierdziła brak interesu prawnego Wykonawcy w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy, albowiem – na tym etapie - zamiarem tego Wykonawcy nie jest ubieganie się o zamówienie publiczne w niniejszym postępowaniu, lecz wyłącznie – jak wskazał działanie na rzecz innego podmiotu, z którym na podstawie uprawnienia wynikającego z art. 23 PZP złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To oznacza, iż jeżeli nawet przyjąć, że warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia zostały określone z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 22 ust. 1 i 2 pzp i art. 7 ust. 1 pzp, to ewentualne uwzględnienie odwołania – w tych okolicznościach faktycznych nie pozwoli Wykonawcy na skuteczne złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tym bardziej, że z oświadczenia Wykonawcy taki zamiar nie wynika. Wręcz przeciwnie, Wykonawca – jak

oświadczył - nie będzie realizował swoich praw podmiotowych i ubiegał się o zamówienie publiczne, a to oznacza, iż rozpatrzenie zarzutów – w tych okolicznościach faktycznych stało się bezprzedmiotowe, albowiem nawet gdyby przyjąć, iż działanie zamawiającego ograniczało prawo potencjalnego (spełniającego warunki) wykonawcy do ubiegania się o zamówienie – uzyskania zamówienia – nie może być kwalifikowane jako naruszające interes prawny Wykonawcy wnoszącego odwołanie lub potencjalnie zagrażające temu interesowi, powodując jego uszczerbek w rozumieniu wskazanego na wstępie przepisu.

W konkluzji należy stwierdzić, iż w zakresie zarzutów objętych odwołaniem Wykonawca wnosząc odwołanie, nie wykazał interesu prawnego, a zatem odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Skład orzekający Izby, uwzględniając odpowiednio przepis § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), nie uwzględnił kosztów pełnomocnika Zamawiającego, albowiem przedłożona przez Zamawiającego faktura została wystawiona przez Instytut Prawa Spółek i Inwestycji

Zagranicznych sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, który to podmiot nie został wcześniej ujawniony i nie zastępował Zamawiającego przed KIO.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

8