

Sygn. akt: KIO/UZP 1363/08

KIO/UZP 1392/08

WYROK
z dnia 09 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* **05.12.2008 r.** w Warszawie
odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
01.12.2008 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. ComArch S.A 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a (sygn. akt KIO/UZP 1363/08).

**B. Konsorcjum: Betacom S.A, PKP Informatyka Sp. z o.o., 01-337 Warszawa, ul.
Połczyńska 31A (sygn. akt KIO/UZP 1392/08).**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Fundacja FUNDUSZ WSPÓŁPRACY Jednostka
Finansująca-Kontraktująca, 00-444 Warszawa, ul. Górnośląska 4A** protestów:

A. ComArch S.A 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a z dnia 14.11.2008 r.

**B. Konsorcjum: Betacom S.A, PKP Informatyka Sp. z o.o., 01-337 Warszawa, ul.
Połczyńska 31A z dnia 17.11.2008 r.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Deloitte Business Consulting S.A, Pentacomp
Systemy Informatyczne S.A., 00-549 Warszawa, ul. Piękna 18** zgłaszającego swoje
przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
przy udziale wykonawcy **ComArch S.A 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a**
zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1392/08,
przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Betacom S.A, PKP Informatyka Sp. z o.o., 01-337
Warszawa, ul. Połczyńska 31A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie odwołującego się w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1363/08.

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

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

**B. Konsorcjum: Betacom S.A, PKP Informatyka Sp. z o.o., 01-337 Warszawa, ul.
Połczyńska 31A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł
00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty
wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
A koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote
zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A 31-864
Kraków, al. Jana Pawła II 39a,**
B koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote
zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Betacom S.A,
PKP Informatyka Sp. z o.o., 01-337 Warszawa, ul. Połczyńska 31A,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych

zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
Akwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez
ComArch S.A 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a na rzecz **Fundacja FUNDUSZ WSPÓŁPRACY Jednostka Finansująca-Kontraktująca, 00-444 Warszawa, ul. Górnośląska 4A** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2

B kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez
Konsorcjum: Betacom S.A, PKP Informatyka Sp. z o.o., 01-337 Warszawa, ul. Polczyńska 31A na rzecz **Fundacja FUNDUSZ WSPÓŁPRACY Jednostka Finansująca-Kontraktująca, 00-444 Warszawa, ul. Górnośląska 4A** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

Akwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

4) dokonać zwrotu kwoty 30936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

Akwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **ComArch S.A 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a**

B kwoty 12 968 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Betacom S.A, PKP Informatyka Sp. z o.o., 01-337 Warszawa, ul. Polczyńska 31A.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Wspólnot Europejskich w dniu 12.09.2008r. pod poz. 2008/S 177 – 235969.

Przedmiotem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest wykonanie i "Zaprojektowanie, wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego(SWUTK) wraz z przeprowadzeniem szkoleń w ramach projektu Transition Facility 2006/018 180.01.07 Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce"

3

Zamawiającym jest Fundacja "Fundusz Współpracy", Jednostka Finansująca - Kontraktująca ul. Górnośląska 4a, 00-444 Warszawa zwany dalej "Zamawiającym", a beneficjentem zamówienia jest Urząd Transportu Kolejowego.

W przedmiotowym postępowaniu rozpatrzono dwa odwołania :

1. ComArch S.A. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, któremu nadano Sygn.akt KIO/UZP/1363/08
2. Konsorcjum firm: Betacom S.A. ul. Polczyńska 31A 01-337 Warszawa PKP Informatyka spółka z o.o.. Aleje Jerozolimskie 140 02-305 Warszawa, któremu nadano Sygn.akt KIO/UZP/1392/08.

Zarządzeniem Prezesa KIO z dnia 01.12.2008r.sprawy zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

Odwołanie Sygn.akt KIO/UZP/1363/08.

Dnia 24 listopada 2008 roku ComArch S.A. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zwany dalej "ComArch" wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu z dnia 19.11.2008 r., wniesionego do Zamawiającego w dniu 14.11.2008 r.

Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. 2007 Nr 223 poz.1655) zwana dalej "Ustawą" wnosi niniejszym:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. 2007 Nr 223, poz.1655 zm. Dz.U 2008r. Nr 171, poz. 1058) zwana dalej "Ustawą":

4

1. naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 1) Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A., z siedzibą przy ul. Pięknej 18, 00- 549 Warszawa i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29, 01687 Warszawa zwany dalej "Konsorcjum Deloitte", pomimo że Deloitte Business Consulting S.A., członek i lider Konsorcjum Deloitte wykonywało bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności;
2. naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Deloitte, pomimo że złożenie oferty przez Konsorcjum Deloitte stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1) Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie ComArch S.A.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Deloitte;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Konsorcjum Deloitte na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1) Ustawy;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Deloitte na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy;
5. nakazanie Zamawiającemu dokonanie poprawienia w ofercie ComArch S.A. oczywistej omyłki pisarskiej.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono następującą argumentację formalno -prawną
W dniu 7 listopada 2008 r. ComArch S.A. otrzymał od Zamawiającego pismo, w którym Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający zawiadomił, że dokonał wyboru jak najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Deloitte.

5

ComArch S.A. nie mógł zgodzić się z powyższą decyzją Zamawiającego dotyczącą oceny złożonych ofert. ComArch S.A. stwierdził, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum Deloitte na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1) Ustawy, a także zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Deloitte na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy. Ponadto ComArch S.A. stwierdził, że Zamawiający zaniechał poprawienia w ofercie ComArch S.A. oczywistej omyłki pisarskiej. Jeżeli ta oczywista omyłka pisarska w ofercie ComArch S.A. została poprawiona to biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, oferta ComArch S.A. powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza nawet w przypadku zaniechania wykluczenia Konsorcjum Deloitte i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Deloitte.

W związku z powyższym w dniu 14 listopada 2008 roku Konsorcjum ComArch wniosło protest na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 2 Ustawy.

W dniu 19 listopada 2008 roku Zamawiający poinformował Konsorcjum ComArch, że oddala protest w całości. Zamawiający stwierdził, że żaden z podniesionych przez ComArch S.A. zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie. Rozstrzygnięcie protestu jest dla Konsorcjum ComArch zupełnie nieuzasadnione.

W niniejszym odwołaniu Konsorcjum ComArch podtrzymuje zarzuty podniesione w proteście, które niniejszym powtarza, odnosząc się jednocześnie do rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego.

1

Co do naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 1) Ustawy

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ("SIWZ") do przedmiotowego postępowania Zamawiający na stronie 31 w pkt. 1.4. wskazał "Programy związane z niniejszym przedmiotem zamówienia" w tym między innymi program "Transition Facility 2005/017-488.02.03 Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego, który obecnie realizowany jest w UTK. Podstawowym celem projektu jest wzmocnienie i poszerzenie zdolności administracyjnych oraz kompetencji polskich struktur administracyjnych w celu wdrożenia niezbędnych środków prawnych, organizacyjnych i ekonomicznych

6

prowadzących do zreformowania krajowego rynku kolejowego, a w konsekwencji do uregulowania tego rynku. W następnym zdaniu Zamawiający podkreśla: W ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 opracowane zostały szczegółowe wymagania w odniesieniu do rejestru taboru kolejowego.

Z powyższego wynika, że przedmiotem umowy zawartej w wyniku postępowania Transition Facility 2005/017- 488.02.03 jest opracowanie szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotowego postępowania.

Dodatkowo Zamawiający udzielając w dniu 21.10.2008 r. wyjaśnień na pytanie: W specyfikacji wskazano, iż w trakcie realizacji zadań od 1 do 3 (wymienionych w Przedmiocie Zamówienia) wykonawca uwzględni rezultaty poprzednich projektów doradczych wykonywanych na rzecz beneficjenta. Rezultaty jakich projektów doradczych wykonawca winien uwzględnić w trakcie realizacji zadań od 1 do 3 - prosimy o udostępnienie informacji o przedmiotowych projektach doradczych, w szczególności wskazując ich wykonawców, przedmiot i zakresu prac, czas i okres realizacji oraz dostępną dokumentację ich wniosków, udzielił następującej odpowiedzi: W trakcie realizacji zadań od 1 do 3, Wykonawca uwzględni rezultaty projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 "Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" w zakresie działania związanego z opracowaniem założeń dla systemu rejestracji taboru kolejowego.

Powyższym Zamawiający potwierdził, że w przedmiocie wykonywanej umowy zawartej w wyniku postępowania Transition Facility 2005/017-488.02.03 było opracowanie założeń dla systemu rejestracji taboru kolejowego.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że postępowanie Transition Facility 2005/017-488.02.03, którego beneficjentem był Urząd Transportu Kolejowego zostało rozstrzygnięte 28 września 2007 r. przez Jednostkę Finansująco-Kotraktującą Fundacja Fundusz Współpracy. Wykonawcy który wykonywał umowę w wyniku tego rozstrzygnięcia, była spółka Deloitte Business Consulting S.A. z siedzibą na ul. Pięknej 13 w Warszawie. Przedmiotem zawartej umowy było między innymi jak czytamy w Opisie Przedmiotu zamówienia pkt. 2.1. 5) "Opracowanie szczegółowej struktury funkcjonalnej, organizacyjnej i technicznej systemów rejestracji pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów, na potrzeby Urzędu Transportu Kolejowego oraz przedstawienie sposobów jego wdrożenia i funkcjonowania."

7

Z powyższego wynika, że przedmiotem umowy Transition Facility 2005/017

488.02.03 było opracowanie szczegółowej struktury funkcjonalnej, organizacyjnej i technicznej oraz przedstawienie sposobów wdrożenia i funkcjonowania systemów rejestracji pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów. Natomiast przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest jak to zostało określone w SIWZ Rozdz. II pkt. I "przedmiot zamówienia" Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego w realizacji zadań, którymi są wg tego samego punktu SIWZ licencjonowanie transportu kolejowego, regulacja rynku kolejowego, certyfikacji bezpieczeństwa ruchu w transporcie kolejowym, interoperacyjność systemów kolejowych oraz rejestracja taboru kolejowego, licencji dla maszynistów i świadectw uzupełniających.

Wobec powyższych nie ulega wątpliwości, że Deloitte Business Consulting S.A. w umowie Transition Facility 2005/017-488.02.03 zawartej pomiędzy Jednostką Finansującą-Kotraktującą Fundusz Współpracy wykonywał prace mające na celu przygotowanie szczegółowych wymagań dotyczących systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust 2 pkt 1) Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Deloitte, pomimo że Deloitte Business Consulting S.A., członek i lider Konsorcjum Deloitte wykonywało bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdził, że "... Wykonawca Deloitte Business Consulting S.A. realizuje zamówienie w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 "Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" zwane dalej "projektem TF 2005" Jednakże założenia określone w ww. zamówieniu oraz w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o nr ref. 2006/018-180.01.07.01 realizowanego w ramach projektu Transition Facility 2006-180.01.07 "Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie

8

monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce zwanym dalej "projektem TF 2006, obejmowały działania niezależne od siebie"

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że nieprawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego jakoby "Projekt TF 2005" i "projekt TF 2006" obejmowały działania niezależne od siebie, przede wszystkim dlatego, że Zamawiający przed składaniem ofert w przedmiotowym postępowaniu wprost postanowił, że: "W trakcie realizacji zadań od 1 do 3, Wykonawca uwzględni rezultaty projektu Transition Facility 2005/017- 488.02.03 "Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" w zakresie działania związanego z opracowaniem założeń dla systemu rejestracji taboru kolejowego." (odpowiedź Zamawiającego z dnia 21.10.2008 r. na zadane pytanie dot. treści SIWZ).

Twierdzenie Zamawiającego jakoby projekt TF 2005 i projekt 2006 obejmowały dwa niezależne od siebie działania są zaprzeczeniem zapisów, które Zamawiający sam sporządził.

Ponadto w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający napisał, że: "Projekt TF 2005 ma inny charakter niż projekt TF 2006 i koncentruje się na działaniach analitycznych dotyczących zgodności polskich przepisów prawnych i stosowanych rozwiązań w Polsce z prawodawstwem unijnym, z uwzględnieniem i analizą analogicznych rozwiązań stosowanych w wybranych państwach UE, oraz na przeprowadzeniu szkoleń na rzecz Beneficjenta i podmiotów działających na rynku kolejowym w Polsce. Z tego powodu realizacja w ramach projektu TF2005 zadanie "Stworzenie założeń nowoczesnego systemu rejestracji pojazdów kolejowych -towarowych i pasażerskich i rejestracji praw jazdy dla maszynistów przez UTK, w swoich założeniach i planowanych do uzyskania wynikach miało stanowić analizę

istniejącego stanu w zakresie rejestracji taboru prowadzonego zgodnie z wymogami prawa krajowego (rozporządzenie Ministra Transportu z dnia 31 maja 2006 roku w sprawie rejestru i oznakowania pojazdów kolejowych -Dz. U. Nr 105. poz. 713). W tym kontekście między innymi zadanie Wykonawcy Deloitte Business Consulting S.A. miało polegać na zebraniu niezbędnych informacji w celu zbadania zgodności stosowanej legislacji krajowej i stosowanych rozwiązań z wymogami określonymi w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 9 listopada 2007r. (2007/758/EC). Analiza uzyskanych wyników badania została wykorzystana do

9

przygotowania założeń, które umożliwiają realizację niezależnego posiadanego (innego niż przedmiotowe postępowanie na wykonanie i wdrożenie Informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego SWUTK) na wykonanie całkowicie autonomicznego dziedzinowego systemu informatycznego, który w założeniach i funkcjonalności musi być zgodny z wytycznymi w zakresie prowadzenia krajowych rejestrów taboru kolejowego (IVR-National Vehicle Register), określonymi w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 9 listopada 2007 r. (2007/758EC)

Odnosząc się do powyższego znów należy zauważyć, że twierdzenia Zamawiającego są niezgodne z rzeczywistością. Przedmiot umowy dotyczącej postępowania na "projekt TF 2005", podpisanej pomiędzy Zamawiającym a Deloitte Business Consulting S.A., do której ComArch S.A. miał wgląd w dniu 21.11.2008, brzmiał:

"Artykuł 2 Przedmiot umowy:

2.1 Przedmiot umowy:

Przedmiotem Umowy obejmuje zagadnienia z obszaru regulacji rynku kolejowego, bezpieczeństwa transportu kolejowego i interoperacyjności, z uwzględnieniem realizacji następujących zadań:

1. dokonanie oceny schematu organizacyjnego, procedur i środków oraz podziału kompetencji pomiędzy instytucjami odpowiedzialnymi za regulację rynku kolejowego i zarządzanie tym rynkiem w warunkach polskich w oparciu o przejrzyste i konkurencyjne zasady, wraz z zaproponowaniem gotowych do wdrożenia rozwiązań w przedmiotowym zakresie ukierunkowanych na zwiększenie przejrzystości i efektywności systemu,
2. Dokonanie przeglądu i oceny krajowych przepisów dotyczących bezpieczeństwa transportu kolejowego i interoperacyjności oraz wybranych przepisów wewnętrznych z zakresu bezpieczeństwa opracowanych przez przewoźników kolejowych i zarządców infrastruktury kolejowej pod względem ich zgodności z odpowiednimi przepisami i standardowymi Unii Europejskiej wraz z opracowaniem propozycji gotowych do wdrożeń zmian i uzupełnień w przedmiotowym zakresie,
3. Opracowanie metody oceny kolejnych inwestycji infrastrukturalnych pod względem ich zgodności z zasadami bezpieczeństwa i interoperacyjności, gotowej do zastosowania w warunkach polskich, wraz z przeprowadzeniem

10

przykładowej oceny wybranej przez Beneficjenta, krajowej inwestycji infrastrukturalnej,

4. Opracowanie szczegółowego wielowariantowego planu wdrożenia zasad interoperacyjności w Polsce do końca 2013r. wraz ze wskazaniem niezbędnych działań legislacyjnych organizacyjnych i inwestycyjnych uwzględniających krajowe uwarunkowania,
5. Opracowanie szczegółowej struktury funkcjonalnej, organizacyjnej i technicznej systemów rejestracji pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów na potrzeby Urzędu Transportu Kolejowego oraz przedstawienie sposobów jego wdrożenia i funkcjonowania,
6. Przeprowadzanie szkoleń w formie seminariów, warsztatów oraz wizyt studyjnych w oparciu o zaakceptowane przez beneficjenta programy

szkoleniowe z uwzględnieniem tak zwanych "szkoleń dla przyszłych trenerów", zapewniających ciągłość efektów projektu. -"Usługa"~ zgodnie z ofertą"

W zacytowanym ww. punkcie 5 wprost wspomniane zostało, że podczas projektu zostanie opracowana "szczegółowa struktura funkcjonalnej, organizacyjnej i technicznej systemów rejestracji pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów na potrzeby Urzędu Transportu Kolejowego". Tymczasem właśnie przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu (TF 2006) jest właśnie budowa jednego z ww. systemów, o czym świadczy choćby tytuł zamówienia na TF 2006: "Zaprojektowanie, wykonanie wdrożenie informatycznego Systemu Urząd Transportu (SWUTK) wraz z Wspomagającego Kolejowego przeprowadzeniem szkoleń, w ramach projektu Transition Facility 2006/018-180.01.07 Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce"

Nie ma żadnych wątpliwości, że prace wykonywane przez Konsorcjum Deloitte dotyczą bezpośrednio opracowania wymagań dotyczących jednego z zadań w przedmiotowym zamówieniu (TF2006). Na str. 4 przedmiotowego SIWZ Zamawiający postanowił, że:

Zadanie 1:

11

Przegląd i identyfikacja procesów biznesowych oraz metod zbierania, rejestrowania i przetwarzania danych, stosowanych obecnie przez Urząd Transportu Kolejowego w zakresie realizacji ustawowych zadań w obszarze: licencjonowania transportu kolejowego, regulacji rynku kolejowego, certyfikacji bezpieczeństwa ruchu w transporcie kolejowym, interoperacyjności systemów kolejowych oraz rejestracji taboru kolejowego, licencji dla maszynistów i świadectw uzupełniających.

zmian dostosowujących Opracowanie

szczegółowego zakresu koniecznych

obowiązujące procesy i metody do aktualnych wymagań prawa wspólnotowego oraz umożliwiających wdrożenie systemu informatycznego SWUTK wspomagającego realizację tych zadań.

Niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający doszedł do wniosku, że wspomniane projekty są od siebie niezależne, skoro nawet w rozstrzygnięciu protestu podkreślił, że (...) Założenie przygotowane w ramach projektu TF 2005 nie stanowią wytycznych do koncepcji i założeń dla projektu TF 2006, a mogą być jedynie wykorzystane w trakcie realizacji zamówienia na etapie analizy projektu TF 2006 jako materiał pomocniczy i poznawczy a nie jako podstawa do stworzenia nowego systemu SWUTK.

Niniejszym podnosimy, że dostępność materiału pomocniczego przed przystąpieniem do przedmiotowego postępowania (TF 2006) daje konkurencyjnemu wykonawcy olbrzymią przewagę w obliczaniu takich determinantów cenowych jak:

1. kalkulacja ryzyka wykonania projektu,
2. skala projektu w tym: zasoby ludzkie, materialne i niematerialne potrzebne na wykonanie projektu,
3. przewaga cenowa związana z odpowiednio wcześniej zabezpieczonymi upustami na licencje na oprogramowanie standardowe pod warunkiem, że wie się ile ich będzie potrzeba i jakie do wykonania danego projektu.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdził, że: "W założeniach przyjętych do realizacji projektu TF 2005 nie został zawarty żaden warunek oraz wymaganie dotyczące wykonywania założeń do realizacji projektu TF 2006. z tego powodu w trakcie przygotowania koncepcji i założeń oraz dokumentacji związanej z realizacją projektu TF 2006 nie uczestniczyli w żadnym stopniu przedstawiciele i

12

pracownicy Deloitte Busines Consulting S.A. W zakresie opracowania koncepcji, założeń i dokumentacji związanej z realizacją projektu TF 2006 uczestniczyli wyłącznie informatycy Urzędu Transportu Kolejowego i zatrudniony niezależny ekspert z zakresu projektowania systemów informatycznych oraz pracownicy Urzędu Transportu Kolejowego odpowiedzialni za prowadzenie projektu pod względem formalno-organizacyjnym."

Odnosząc się do powyższego ComArch S.A. pragnie podkreślić, że osoba która łączy oba projekty tj. TF 2005 i TF 2006 od strony Deloitte Busines Consulting S.A. jest Pan Krzysztof J. występujący w projekcie TF2005 w roli Eksperta z zakresu projektowania systemów informatycznych (str. 50 umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Deloitte Busines Consulting S.A.), ponadto Pan Krzysztof J. jest osobą wymienioną w przedmiotowej ofercie. Pan Krzysztof J. jest również w postępowaniu dotyczącym przedmiotowego zamówienia (TF2006) pełnomocnikiem konsorcjum Deloitte Busines Consulting S.A i Pentacomp.

W związku z powyższym spełnione zostały wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 2 pkt 1) Ustawy. Konsorcjum Deloitte powinno zostać wykluczone, ponieważ członek i lider Konsorcjum Deloitte wykonywało bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Zachodzi bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy członka Konsorcjum Deloitte przygotowawczym, a jego wykorzystaniem przez w postępowaniu o udzielenie w Zamawiającego przedmiotowym postępowaniu zamówienia publicznego. Zamawiający nie może twierdzić, że udział Konsorcjum Deloitte nie utrudnia uczciwej konkurencji. Wiedza tego wykonawcy nabyta w trakcie realizacji projektu TF 2005 stawia tego wykonawcę w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców, ponieważ rezultaty pracy członka Konsorcjum Deloitte mają bezpośredni wpływ na wymagania dotyczące przedmiotowego postępowania, wycenę i treść oferty, a w efekcie na wynik przedmiotowego postępowania.

2.

13

Naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 1) Ustawy oraz naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy

Niezależnie od wyżej przytoczonych okoliczności związanych z naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1) Ustawy, podnieść należy naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Deloitte, pomimo że złożenie oferty przez Konsorcjum Deloitte stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiują pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503). Oferta Konsorcjum Deloitte stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wykorzystując informacje wynikające z realizacji poprzedniej umowy z Zamawiającym, Konsorcjum Deloitte utrudnia innym przedsiębiorcom swobodne i wolnorynkowe konkurowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Takie działanie prowadzi do naruszenia zasad uczciwego postępowania.

W SIWZ dot. niniejszego postępowania tj. o numerze: 2006/018-180.01.07.01 pt. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego (SWUTK) wraz z przeprowadzeniem szkoleń w ramach projektu Transition 2006/018-180.01.07 " Wzmocnienie zdolności Facility instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie

monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce.", w załączniku nr 3 do SIWZ, pt. "Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia :", w rozdziale 1. WPROWADZENIE, na stronie 31. znajduje się następujący zapis: "Programy związane z niniejszym przedmiotem zamówienia

-PHARE 2002/000-196.01.02 Wdrożenie prawodawstwa UE w zakresie lotnictwa cywilnego i w sektorze kolejowym. Celem projektu było przygotowanie ram organizacyjnych dla UTK jako urzędu właściwego do spraw regulacji i bezpieczeństwa rynku kolejowego oraz interoperacyjności

14

transportu kolejowego.

-Transition Facility 2005/017-488.02.03 Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego, który obecnie realizowany jest w UTK. Podstawowym celem projektu jest: Wzmocnienie i poszerzenie zdolności administracyjnych oraz kompetencji polskich struktur administracyjnych w celu wdrożenia niezbędnych środków prawnych, organizacyjnych i ekonomicznych, prowadzących do zreformowania krajowego rynku kolejowego, a w konsekwencji do uregulowania tego rynku. W ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 opracowane zostały szczegółowe wymagania w odniesieniu do rejestru taboru kolejowego. "

W dniu 21.10.2008 Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane do SIWZ pytania:

Pytanie nr 2

W specyfikacji wskazano, iż w trakcie realizacji zadań od 1 do 3 (wymienionych w Przedmiocie Zamówienia) wykonawca uwzględni rezultaty poprzednich projektów doradczych wykonywanych na rzecz beneficjenta.

Rezultaty jakich projektów doradczych wykonawca winien uwzględnić w trakcie realizacji zadań od 1 do 3-prosimy o udostępnienie informacji o przedmiotowych projektach doradczych, w szczególności wskazując ich wykonawców, przedmiot i zakresu prac, czas i okres realizacji oraz dostępną dokumentację ich wyników.

Odpowiedź nr 2

W trakcie realizacji zadań od 1 do 3, Wykonawca uwzględni rezultaty projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 "Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" w zakresie działania związanego z opracowaniem założeń dla systemu rejestracji taboru kolejowego. Wyniki prac przeprowadzonych w ramach wyżej wymienionego działania udostępnione zostaną Wykonawcy przez Beneficjenta na etapie prowadzenia analizy w ramach przedmiotowego zamówienia.

15

Beneficjent udostępni również Wykonawcy, na etapie prowadzenia analizy w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, wyniki prac przeprowadzonych w ramach pozostałych działań w projekcie TF 2005, przy czym zapoznanie się przez Wykonawcę z wynikami wymienionych prac będzie miało charakter wyłącznie poznawczy i ukierunkowane będzie na zaznajomienie się z uregulowaniami prawnymi oraz strukturą nadzoru nad rynkiem kolejowym w Polsce. Informacje na temat wykonawców oraz terminów realizacji ww. projektu nie są istotne z punktu widzenia przedmiotowego zamówienia. "

Z treści "INFORMACJI O WYKONAWCACH WYKLUCZONYCH Z POSTĘPOWANIA, OFERTACH ODRZUCONYCH ORAZ O WYBORZE OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ", w ramach postępowania o numerze: 2005/017-488.02.03.02 pt. Realizacja usługi doradczo-szkoleniowej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03

"Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego", opublikowanej na stronie Fundacji Funduszu Współpracy: wynika, że do realizacji projektu na realizację usługi doradczo -szkoleniowej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 została wybrana "oferta nr 2, złożona przez firmę Deloitte Business Consulting S.A., ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa. Cena oferty wynosi 3.980.860,00 złotych brutto."

Należy podkreślić, że jest to projekt będący częścią programu związanego z przedmiotowym zamówieniem. Spółka Deloitte Business Consulting S.A., ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa, która wykonywała zamówienie w ramach projektu: 2005/017-488.02.03.02 pt. Realizacja usługi doradczo-szkoleniowej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 "Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" to ta sama spółka, która jest członkiem Konsorcjum firm, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach niniejszego postępowania objętego przedmiotowym protestem tj. na "zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd (SWUTK) wraz z Transportu Kolejowego przeprowadzeniem szkoleń w ramach projektu Transition Facility 2006/018-180.01.07 "Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu

16

Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce."

Konsorcjum Deloitte w przeciwieństwie do Wykonawcy zadającego pytanie nr 2: W specyfikacji wskazano, iż w trakcie realizacji zadań od 1 do 3 (wymienionych w Przedmiocie Zamówienia) wykonawca uwzględni rezultaty poprzednich projektów doradczych wykonywanych na rzecz beneficjenta. Rezultaty jakich projektów doradczych wykonawca winien uwzględnić w trakcie realizacji zadań od 1 do 3- prosimy o udostępnienie informacji o przedmiotowych projektach doradczych, w szczególności wskazując ich wykonawców, przedmiot i zakresu prac, czas i okres realizacji oraz dostępną dokumentację ich wyników." jest w posiadaniu "rezultatów poprzednich projektów doradczych wykonywanych na rzecz beneficjenta" jako, że wykonywało bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności.

Ponadto Konsorcjum Deloitte miało dostęp do informacji mających wpływ na obliczenie ceny końcowej i pozostałych parametrów inni zaś wykonawcy mieli utrudniony do nich dostęp w związku z odpowiedzią Zamawiającego na wspomniane pytanie nr 2.

Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Deloitte z przedmiotowego postępowania jest naruszeniem art. 24 ust 2 pkt 1) Ustawy, ponieważ Deloitte Business Consulting S.A., członek i lider Konsorcjum Deloitte wykonywało bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności.

3.

Naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1) Ustawy ComArch S.A. w formularzu ofertowym jako okres gwarancji wpisał 12 miesięcy.

Tymczasem wolą ComArch S.A. było wpisanie okresu 22 miesięcy jako okresu gwarancji. Wpisanie liczby „12” zamiast liczby „22” jest oczywistą omyłką pisarską,

17

"czeskim błędem". Na okoliczność, iż nie byłoby racjonalne wpisanie liczby „12” miesięcy i musi to być oczywista omyłka pisarska wskazuje zapis SIWZ, który

stanowi, iż "zaoferowanie 12 miesięcznego okresu gwarancji nie podlega ocenie w przedmiotowym kryterium". Przy takim zapisie SMW żaden racjonalnie działający wykonawca nie wpisałby okresu 12 miesięcy - gdyż w sposób automatyczny pozbawiałby się szansy uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

ComArch S.A. ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ - gdyby Zamawiający nie naruszył wyżej wskazanych przepisów Ustawy oferta ComArch S.A. zostałaby wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Naruszenia przepisów Ustawy miały istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, ponieważ uniemożliwiły wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Do powyższego postępowania odwoławczego przystąpił Konsorcjum firm: Betacom S.A. ul. Polczyńska 31A 01-337 Warszawa PKP Informatyka spółka z o.o.. Aleje Jerozolimskie 140, 02-305 Warszawa,

Przystępujący przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w zakresie działania lub zaniechania Zamawiającego polegającego na:

4. ocenie i wyborze przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Deloitte Business Consulting S.A. oraz Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.,
5. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Deloitte na podstawie art. 24 ust.2 pkt 1 Ustawy,
6. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Deloitte na podstawie art.89 ust. 1 pkt 3 Ustawy,

W przystąpieniu przedstawiono następującą argumentację formalno - prawną.

Przystępujący w pełni zgadza się z argumentacją Odwołującego ComArch w zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum Deloitte. Konsorcjum Deloitte winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 PZP, a ich

oferta odrzucona, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 PZP.

Na podkreślenie tego faktu należy jeszcze wskazać okoliczność, iż Konsorcjum Deloitte stosuje nieuczciwe praktyki rynkowe. Spółka Deloitte Business Consulting S.A. po uzyskaniu zamówienia w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03, wystosowywała liczne kwestionariusze do PKP Informatyka spółka z o.o. mające na celu zbadanie rynku, uzyskanie informacji w zakresie rejestrów pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów, a więc w zakresie niniejszego postępowania. W złożonej ofercie zostały wykorzystane informacje, w posiadanie których Spółka Deloitte weszła na podstawie kwestionariuszy (kwestionariusze w załączeniu - z uwagi na fakt, iż w kwestionariuszu znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wnosząc o nie udostępnianie tych informacji innym podmiotom), które zostały wypełnione i przesłane do Deloitte działającego na rzecz Urzędu Transportu Kolejowego. Spółka PKP Informatyka spółka z o.o. nie miała żadnych informacji na temat faktu, iż w tym zakresie za chwilę zostanie rozpisany przetarg, a jako że PKP Informatyka spółka z o.o. i UTK znajdują się w licznych kontaktach gospodarczych nie miała podstaw nawet przypuszczać, iż zostanie to wykorzystane do przygotowania konkurencyjnej oferty. Działanie takie jest sprzeczne z prawem, oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89. ust 1 pkt 3 gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Co więcej, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) PZP Konsorcjum Deloitte winno zostać wykluczone z postępowania, gdyż jeden z konsorcjantów, mianowicie Spółka Deloitte Business Consulting S.A. wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem niniejszego postępowania oraz posługiwała się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Na potwierdzenie tych okoliczności załączamy pismo skierowane do PKP Informatyka spółka z o.o. z dnia 21 grudnia 2007 roku, podpisane przez pana Krzysztofa J., będącego w

niniejszym postępowaniu pełnomocnikiem konsorcjum Deloitte, umocowanym do składania oświadczeń woli w imieniu Konsorcjum Deloitte. W treści pisma czytamy " Deloitte na zlecenie Fundacji Fundusz Współpracy w Warszawie i w porozumieniu z Urzędem Transportu Kolejowego prowadzi projekt realizacji usługi doradczo - szkoleniowej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego, którego celem jest wszczęcie procedury zamówienia publicznego na zbudowanie

19

systemu rejestracji dla pojazdów kolejowych. zgodnie z aktualnymi wymaganiami prawa krajowego i prawa Unii Europejskiej (...), a także przedstawienie propozycji dla systemu rejestracji praw jazdy .dla maszynistów." Z powyższego wyraźnie wynika, że Deloitte prowadzi usługę doradczą, której celem było przygotowanie niniejszego postępowania, co więcej osoby uczestniczące w przygotowaniu założeń dla niniejszego postępowania przygotowywały ofertę złożoną przez Konsorcjum Deloitte - Pan Krzysztof J.

Przystępujący do postępowania odwoławczego posiada interes prawny w przystąpieniu do niniejszego postępowania z uwagi na fakt, iż nienaruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów skutkować będzie wykluczeniem z postępowania Konsorcjum Deloitte, a poprzez pozytywne rozpatrzenie odwołania wniesionego przez Konsorcjum Betacom, Przystępujący ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie Sygn.akt KIO/UZP/1392/08.

Dnia 27 listopada 2008 roku Konsorcjum firm: Betacom S.A. Ul. Polczyńska 31A 01-337 Warszawa PKP Informatyka spółka z o.o.. Aleje Jerozolimskie 140 02-305 Warszawa zwane dalej Konsorcjum Betacom S.A (Odwołujący) składa odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego.
Czynności i zaniechania objęte niniejszym odwołaniem:
zaniechanie odrzucenia oferty ComArch S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP i art. 90 ust. 3 PZP

Odwołujący Konsorcjum Betacom S.A zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

20

4. art. 7 PZP poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez nieodrzućenie oferty spółki ComArch, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
6. art. 89 ust.1 pkt 4 PZP poprzez nieodrzućenie oferty spółki ComArch S.A. z uwagi na rażąco niską cenę,
7. art. 90 ust. 3 PZP poprzez nieodrzućenie oferty spółki ComArch S.A. z uwagi na złożenie niewystarczających wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz nieprzedstawienie dowodów uzasadniających dokonanie kalkulacji kosztów na tak niskim poziomie.

Odwołujący się wnosí o:

6. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej weryfikacji złożonych wyjaśnień przez Spółkę ComArch,
7. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ComArch S.A. na podstawie art.89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 PZP oraz na podstawie art. 90 ust.3 PZP

W uzasadnieniu podano następującą argumentację formalno - prawną.

W dniu 29 października 2008 roku złożone zostały cztery oferty.

W dniu 7 listopada 2008 roku Zamawiający przesłał via fax rozstrzygnięcie postępowania, w którym poinformował wykonawców, że tylko jedna oferta została odrzucona w przedmiotowym postępowaniu oferta Konsorcjum T4B i Infovide ze względu na zastosowanie błędnej stawki VAT, a błąd ten nie może zostać uznany jako omyłka pisarska i poprawiony przez Zamawiającego. W dniu 17 listopada 2008 roku Konsorcjum złożyło protest, który w dniu 19 listopada 2008 roku został przez Zamawiającego oddalony w całości. Odwołujący się nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego przedstawioną w rozstrzygnięciu protestu.

Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 PZP i art. 90 ust. 3 PZP

21

Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego postępowania przeznaczył kwotę 6.163.248,00 zł. brutto. Zgodnie z art. 32 ust. 1 PZP Zamawiający ustala wartość zamówienia z należytą starannością. Wykonawcy natomiast złożyli swoje oferty opiewające na następujące kwoty:

1. Konsorcjum Betacom i PKP Informatyka 5.558.990 zł. brutto
2. Konsorcjum T4B I Infovide 5.027.832 zł. brutto
3. Konsorcjum Deloitte Consulting i Pentacomp 4.212.916 zł. brutto
4. ComArch S.A. 2.880.749 zł. brutto

Jak widać z powyższego, oferta spółki ComArch w sposób znaczący odbiega od cen zaproponowanych przez innych oferentów. Co więcej, Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 6.163.248,00 zł, a cena zaproponowana przez spółkę ComArch stanowi 46,7 % tej kwoty. Jak zostało stwierdzone w orzeczeniu nr UZP/ZOIO-209/07 z dnia 8 marca 2007 roku, podstawowym kryterium oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę jest stosunek oferty do wartości przedmiotu zamówienia. Wartość przedmiotu zamówienia, powiększona o należny podatek VAT stanowi kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W opisanej sytuacji Zamawiający powinien mieć uzasadnione wątpliwości czy cena oferty nie jest rażąco niska, podjąć procedurę określoną w art.90 PZP, a jeżeli złożone wyjaśnienia nie dają podstaw do zweryfikowania dlaczego cena jest tak niska, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić taką ofertę.

Co prawda Zamawiający skorzystał z procedury określonej w art. 90 PZP, jednak na podstawie art. 90 ust. 3 zobowiązany jest on do odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta zawiera rażąco niską cenę, jeżeli ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Spółka ComArch S.A. co prawda złożyła pismo, które rzekomo miało przedstawiać wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, jednak w żaden sposób nie wyjaśnia, dlaczego złożona oferta zawiera cenę, która w tak drastyczny sposób odbiega od cen zaproponowanych przez innych wykonawców oraz od oszacowanej przez

22

Zamawiającego wartości zamówienia. Również do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody potwierdzające dokonanie kalkulacji kosztów na tak niskim poziomie.

Należy stwierdzić, że w piśmie skierowanym do ComArch S.A. Zamawiający żądał, by wykonawca przedstawił wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na żądanie Zamawiającego ComArch w żaden sposób nie odniósł się do elementów oferty, a jedynie ogólnie przedstawił podstawy kalkulacji cen, które w niektórych pozycjach nie mają zastosowania do przedmiotowego postępowania (pkt 4d) złożonych wyjaśnień: Wybrane rozwiązania techniczne, gdzie Spółka ComArch wskazuje na dostawców sprzętu, a przedmiotem, jak też elementem niniejszego postępowania nie jest dostawa sprzętu). Przedstawione w wyjaśnieniach podstawy nie wyjaśniają w dostateczny sposób, na

jakiej podstawie Spółka ComArch S.A. zaproponowała tak niską cenę. W swoich wyjaśnieniach ComArch S.A. wskazuje na podstawę do zaproponowania tak niskiej ceny dokonanie kalkulacji kosztów przez zespół ekspertów. Czy w takim razie oferty innych wykonawców, w tym kalkulacje kosztów, nie były przygotowywane przez ekspertów? Wątpliwe. W punkcie e) oryginalność projektu wykonawcy Wyjaśnień ComArch wskazują, że na tak niską cenę miały wpływ spadki kursów dolara i euro w stosunku do złotego, które w trakcie przygotowywania oferty pozwoliły ComArch na zabezpieczenie dla siebie tańszego kupna sprzętu oraz oprogramowania pochodzenia zagranicznego do realizacji niniejszego zamówienia. Oferty zostały złożone w 28 października 2008 roku, w tym dniu kurs dolara wynosił 2.84 zł., podczas gdy na początku miesiąca kurs ten wynosił 2.38. Podobna sytuacja miała miejsce z euro. Nieprawdziwe jest więc twierdzenie ComArch, że kurs dolara i euro w czasie przygotowywania oferty znacznie spadł. Było wręcz przeciwnie-kursy dolara i euro z dnia na dzień szły do góry, był to początek tzn. kryzysu finansowego. Na potwierdzenie tego załączał tabele kursów dolara i euro Narodowego Banku Polskiego.

Jako kolejną podstawę zaproponowania tak niskiej ceny ComArch S.A. podał fakt, iż siedziba spółki znajduje się na terytorium Specjalnej Strefy Ekonomicznej "Krakowski Park Technologiczny", dzięki czemu Spółka posiada zwolnienia podatkowego co upoważnia do korzystania z pakietu pomocy publicznej, w tym w szczególności do określonych zwolnień z płacenia podatku. Jednak zarówno w wyjaśnieniach, jak i

23

przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego Spółka ComArch nie podała jakie są to zwolnienia i w jakiej wysokości, co uzasadniałoby zastosowanie tak niskiej ceny. Wskazał jedynie, że są to "specjalne przepisy przejściowe dotyczące takich inwestorów". 2 października 2003 roku, a więc przed wejściem Polski do Unii Europejskiej, wydana została ustawa o zmianie ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych i niektórych ustaw (dz. U. z 2003 r. nr 188, poz. 1840), w której właśnie uregulowane są zasady przyznawania pomocy publicznej przedsiębiorcom prowadzącym działalność na terenie strefy i o tych przepisach przejściowych wspominał Przystępujący do postępowania protestacyjny. Na podstawie art. 5 ust. 2 pkt 1 wskazanej ustawy dochody przedsiębiorcy, który uzyskał zezwolenie na prowadzenie działalności w specjalnej strefie ekonomicznej przed 1 stycznia 2001 roku (spółka ComArch S.A. uzyskała takie zezwolenie w dniu 22 marca 1999 roku) są zwolnione z podatku dochodowego, z tym że maksymalna wysokość zwolnienia wynosi 75% kosztów inwestycji poniesionych od dnia uzyskania zezwolenia do dnia 31 grudnia 2006 roku. Co więcej, zwolniony jest tylko dochód uzyskany z działalności gospodarczej prowadzonej na terenie strefy w ramach zezwolenia. Z uwagi na fakt, iż ComArch S.A. posiada aż 10 oddziałów, w których także jest prowadzona działalność gospodarcza, nie jest zwolniony z podatku dochodowego cały zysk (zgodnie ze sprawozdaniem finansowym za rok 2007 zysk netto 27,5 mln. zł.), lecz tylko część przypadająca na siedzibę w SSE. Oddziały natomiast prowadzą działalność gospodarczą na zasadach ogólnych.

Należy stwierdzić, że działalność w specjalnej strefie ekonomicznej nie usprawiedliwia ComArch S.A. do stosowania cen, które stanowią prawie 50% oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia.

W złożonych wyjaśnieniach Spółka ComArch wskazuje na inne postępowania, w których ich oferta była najkorzystniejsza, a gdzie podstawą wyboru było kryterium 100 % cena. Jednak, czym innym jest zastosowanie ceny, która w nieznaczny sposób różni się od pozostałych, a czym innym jest cena, która w rażący sposób odbiega od innych złożonych ofert i od szacunków Zamawiającego. Jednak, pomimo tego, że ComArch, jak wskazuje w wyjaśnieniach, posiada wyjątkowo sprzyjające warunki wykonaniu przedmiotu zamówienia, gdzie wskazuje pozycję firmy, doświadczenie w realizacji projektów czy też pomoc publiczną udzieloną na podstawie odrębnych przepisów, w innych postępowaniach, nota bene

24

prowadzonych przez tego samego Zamawiającego-Fundację Fundusz Współpracy, oferty spółki ComArch były znacznie mniej korzystne niż oferty innych wykonawców (kryterium 100% cena). Oferty ComArch znajdowały się odpowiednio na pozycjach 3 i 6. Postępowania te prowadzone były w podobnych zagadnieniach i tematykach jak też w nieodległym czasie ostatni rok. Zastanawiające jest zatem, dlaczego pomimo faktu, iż ComArch posiada sprzyjające warunki do wykonania przedmiotu zamówienia, ich oferty w innych postępowaniach są na pozycjach dalekich od pierwszej, a w tym postępowaniu cena jest tak niska-rażąco niska. Na potwierdzenie załączam informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w innych postępowaniach, gdzie brała udział spółka ComArch.

Reasumując należy stwierdzić, że pomimo faktu iż Spółka Comarch złożyła wyjaśnienia

trybie art. 90 PZP, są one przedstawione w sposób ogólny, nie wyjaśniają w dostateczny sposób podstaw do zastosowania tak niskiej ceny oraz brak jest jakichkolwiek dowodów, które uzasadniałyby dokonanie kalkulacji kosztów na tak niskim poziomie. Dlatego też Zamawiający winien był na podstawie art. 90 ust. 3 PZP odrzucić ofertę spółki ComArch, czego nie uczynił, w związku z tym niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i winno być uwzględnione w całości.

Naruszenie art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP

Na podkreślenie zasługuje fakt, iż przedstawioną w ofercie rażąco niską cenę należy traktować na równi z czynem nieuczciwej konkurencji polegającym na utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, w szczególności przez sprzedaż towaru lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, mając w ten sposób na celu eliminację innych przedsiębiorców (art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Dlatego też złożona oferta na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP winna zostać odrzucona gdyż stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący się powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 19.11.2008, poprzez otrzymanie pisma od Zamawiającego o rozstrzygnięciu protestu. Na podstawie art. 4 ust. 2 Ustawy z dnia 4 września 2008 roku o zmianie ustawy-Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw niniejsze odwołanie jest wniesione w terminie określonym w art. 180 ust.2 PZP.

25

Odwołujący się posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania z uwagi na fakt, iż oferta Konsorcjum Betacom poprzez naruszenie przepisów ustawy PZP została uznana za mniej korzystną niż oferta ComArch S.A., a wraz z wniesieniem przystąpienia do postępowania protestacyjnego wszczętego przez ComArch S.A. na skutek wniesienia przez nich protestu w dniu 14 listopada 2008 roku oraz odwołania w dniu 24 listopada 2008 roku ma możliwość uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający oddalił wniesiony protest w dniu 17 listopada 2008 roku przez Konsorcjum Wykonawców: Betacom.

W ocenie Zamawiającego, zarzuty podniesione przez Konsorcjum Betacom, nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie, należy podkreślić, iż Zamawiający dokonał badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z należytą starannością oraz zgodnie z fundamentalnymi z punktu widzenia zamówień publicznych, zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji zawartymi w art. 7 ustawy.

Zamawiający korzystając z dyspozycji przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, pismem z dnia 31 października 2008 roku (znak: JFKIPPt-OIAGKI411-35/08/3809) zwrócił się do Wykonawcy ComArch S.A. o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Po uzyskaniu odpowiedzi od ww. firmy (pismo z dnia 04 listopada 2008 roku), Zamawiający dokonał wnikliwej analizy przedstawionych wyjaśnień.

W tym momencie nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Protestującego, iż: " (...)

Spółka Comarch S.A. co prawda złożyła pismo, które rzekomo miało przedstawiać wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, jednak w żaden sposób nie wyjaśnia, dlaczego złożona oferta zawiera cenę, która w tak drastyczny sposób odbiega od cen zaproponowanych przez innych wykonawców oraz od szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia".

26

Należy wyraźnie wskazać, iż Wykonawca ComArch S.A. z należytą starannością i w sposób wiarygodny przedstawił szczegółową kalkulację ceny wykonania wszystkich produktów i usług stanowiących przedmiot zamówienia. Ponadto firma Comarch S.A. szczegółowo opisała warunki sprzyjające wykonaniu przedmiotu zamówienia dostępne Wykonawcy.

Z uwagi na przekonującą argumentację zawartą w wyjaśnieniach ComArch SA, Zamawiający nie znalazł żadnych podstaw do tego, aby ponownie zwrócić się do ww. firmy o dodatkowe wyjaśnienia. Należy podnieść, iż nie każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia zawiera rażąco niską cenę. Ponadto, dokonana ocena wyjaśnień Wykonawcy ComArch S.A. nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tym samym Zamawiający nie mógł skorzystać z dyspozycji przepisu art. 90 ust. 3 ustawy i odrzucić ofertę firmy ComArch S.A.

Na poparcie słuszności poglądów prezentowanych przez Zamawiającego, warto przywołać orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołów Arbitrów, które w omawianej sprawie w pełni znajduje zastosowanie:

Jak wynika z uzasadnienia wyroku z dnia 9 stycznia 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 1441/07) :

" (...) Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, zawiera rażąco niską cenę (...)W orzecznictwie nie wykształcił się jednolity pogląd co do wysokości różnicy ceny oferty w porównaniu do wartości przedmiotu zamówienia (wraz z podatkiem VAT) lub średniej cen zbliżonych cenowo ofert, która powinna powodować wszczęcie procedury wyjaśniającej określonej w art. 90Ust. 1 p.z.p."

Natomiast w wyroku z dnia 8 stycznia 2008 roku (KIO/UZP36/07) skład orzekający zważył m.in.:

" (...) Odwołujący się i Wykonawca działają w warunkach konkurencyjnego rynku. tego samego segmentu dostaw, zatem podejmowanie działań służących obniżaniu ceny jest naturalne (...) Należy podkreślić, że zgodnie z treścią art. 188 ust. 1 p.z.p. strony zobowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący się tymczasem takich dowodów nie powołuje.

27

opiera się na swoim subiektywnym odczuciu i jego zdaniem "zasadach logicznego rozumowania".

Ponadto w wyroku z dnia 21 października 2004 roku (sygn. UZP/ZO/0-1737/04) orzeczono:

" (...) Zdaniem Zespołu Arbitrów, odwołujący w sposób wystarczający nie wykazał, iż zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania. (...) Zespół Arbitrów uważa, iż interpretacja odwołującego co do obowiązku podjęcia ww. procedury w każdym przypadku, jest za daleko idąca. Skoro zamawiający analizując ofertę stwierdził, że zaproponowana cena odpowiada cenom rynkowym, nie jest niewiarygodna, jest realistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. decyzja o podjęciu procedury wyjaśnień należy wyłącznie do zamawiającego. W rozstrzygnięciu protestu oraz w toku wyjaśnień składanych na rozprawie zamawiający wykazał, że jego dotychczasowe doświadczenie wskazuje na fakt, iż bardzo często ceny ofertowe odbiegają w znacznym stopniu od wartości zamówienia ustalonego przez zamawiającego, co nie świadczy o tym, iż zamówienia nie zostały zrealizowane rzetelnie, terminowo,

wzamian za cenę dużo niższą".

Zamawiający pragnie również zwrócić uwagę, iż uzasadnienie protestu jest lakoniczne, niespójne i wzajemnie sprzeczne. Samo stwierdzenie Konsorcjum Betacom: „(...) Z informacji przedstawionych w wyjaśnieniach przez Spółkę Comarch SA wynika, że jest ona dużym przedsiębiorcą (...) i na tej podstawie należy stwierdzić że pomoc publiczna w tym zakresie nie przysługuje mu", należy uznać za daleko idące przypuszczenia, a wręcz spekulacje. Protestujący w żaden sposób nie udowodnił swoich twierdzeń.

Warto w tym momencie przywołać treść wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 sierpnia 2007 r. (sygn. akt VCa 1400/07), w którym czytamy:

„(...) brak zarzutów ze strony wnoszącego odwołanie odnośnie czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania powinno skutkować oddaleniem odwołania, ponieważ poza samym zakwestionowaniem czynności unieważnienia postępowania wnoszący odwołanie nie przedstawia żadnych argumentów na uzasadnienie swego stanowiska przeciwko słuszności decyzji zamawiającego, przynajmniej wynikającej z jednej z dwóch podanych przez niego podstaw, tj. podstawy opartej na przesłankach wskazanych w art 93ust 1 pkt6 pzp (...)”.

28

Na marginesie, należy zauważyć, iż Protestujący, pomimo wymogu wynikającego z art. 179 ust. 1 ustawy, nie wykazał interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, który miałby doznać uszczerbku w wyniku dokonania przez Zamawiającego podważanych w proteście czynności. Nie istnieje bowiem związek przyczynowy pomiędzy dokonaniem przez Zamawiającego kwestionowanej czynności, a uzyskania przez możliwość przedmiotowego zamówienia Protestującego. W przypadku, gdyby Zamawiający uznał podniesione zarzuty za zasadne i dokonał czynności zgodnie z żądaniem Konsorcjum Betacom, tj. odrzucił ofertę spółki ComArch S.A., sytuacja taka w żaden sposób nie skutkowałaby uznaniem oferty Protestującego za najkorzystniejszą.

Na potwierdzenie ww. poglądu, warto przywołać orzecznictwo Zespołu Arbitrów, które ma swoje zastosowanie. W wyroku z dnia 18 stycznia 2005 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-2/05) czytamy m.in.:

, (...) W świetle powyższego skoro nie potwierdziły się zarzuty w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty PUH "Wodkan" i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 i art. 87 ust. 1 ustawy -Prawo zamówień publicznych Zespół Arbitrów stwierdza, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w kwestii zarzutów podnoszonych wobec oferty przedsiębiorstwa Inżynieryjnego "AKWABUD". Oferta Odwołującego sklasyfikowana została, bowiem na 3 miejscu. Interes prawny Odwołującego może doznać uszczerbku w postępowaniu, w którym on uczestniczy i polega na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. W zaistniałym stanie faktycznym skoro oferta uznana za najkorzystniejszą wybrana została prawidłowo Odwołujący i tak nie uzyskałby zamówienia nawet gdyby zarzuty wobec oferty Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego "AKWABUD" okazały się zasadne. Nie stwarzałoby to bowiem Odwołującemu możliwości ubiegania się o zamówienie. Z tych względów Zespół Arbitrów odstąpił od badania zarzutów wobec oferty ww. firmy".

Natomiast w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 18 kwietnia 2005 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-705/05), orzeczono:

, (...) Powyższy zarzut nie może zostać przez Zespół Arbitrów uwzględniony ze względu na brak interesu prawnego Odwołującego. W zadaniu nr 8 złożono cztery oferty. zaś oferta Odwołującego po ocenie ofert zajęła trzecie miejsce. Z uwagi na fakt, że zarzut dotyczący drugiej oferty nie został przez Arbitrów uwzględniony.

29

zgodnie z linią orzecznictwa o interesie prawnym można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca może uzyskać zamówienie (zadanie).".

Z uwagi na powyższe, zarzuty naruszenia art. 7 ustawy poprzez naruszenie zasady

uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy poprzez nieodrżucenie oferty Wykonawcy ComArch S.A. z uwagi narażać niską cenę, art. 90 ust 3 ustawy poprzez nieodrżucenie oferty Wykonawcy ComArch S.A. z uwagi na złożenie niewystarczających wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, należy uznać za bezzasadne.

Reasumując, z uwagi na przedstawioną argumentację Zamawiający oddala protest jak w petitum.

Do postępowania odwoławczego przystąpił Com Arch po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Obydwa odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Co do odwołania ComArch.

Co do zarzutu:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 1) Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum firm: Deloitte Business Consulting S.A., z siedzibą przy ul. Pięknej 18, 00- 549 Warszawa i Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29, 01687 Warszawa zwany dalej "Konsorcjum Deloitte", pomimo że Deloitte Business Consulting S.A., członek i lider Konsorcjum Deloitte wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności;

Skład orzekający ustalił.

30

Przedmiotem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest wykonanie i "Zaprojektowanie, wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego(SWUTK) wraz z przeprowadzeniem szkoleń w ramach projektu Transition Facility 2006/018 180.01.07 Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce"

Na str. 4 przedmiotowego SMZ Zamawiający postanowił, że:

Zadanie 1:

Przegląd i identyfikacja procesów biznesowych oraz metod zbierania, rejestrowania i przetwarzania danych, stosowanych obecnie przez Urząd Transportu Kolejowego w zakresie realizacji ustawowych zadań w obszarze: licencjonowania transportu kolejowego, regulacji rynku kolejowego, certyfikacji bezpieczeństwa ruchu w transporcie kolejowym, interoperacyjności systemów kolejowych oraz rejestracji taboru kolejowego, licencji dla maszynistów i świadectw uzupełniających. Opracowanie szczegółowego zakresu koniecznych zmian dostosowujących obowiązujące procesy i metody do aktualnych wymagań prawa wspólnotowego oraz umożliwiających wdrożenie systemu informatycznego SWUTK wspomagającego realizację tych zadań.

Zadanie Nr 2

zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego w realizacji jego ustawowych zadań, w tym w szczególności w prowadzeniu rejestrów, z uwzględnieniem prawa krajowego i wspólnotowego w tym zakresie oraz opracowanie szczegółowej specyfikacji technicznej sprzętu służącego do eksploatacji produkcyjnej systemu informatycznego SWUTK oraz specyfikacji technicznej oprogramowania standardowego dla systemu SWUTK.

Zadanie Nr 3

Przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych w zakresie wymogów prawa europejskiego i krajowego odnośnie prowadzenia rejestrów dotyczących transportu kolejowego oraz funkcjonowania i eksploatacji opracowanego informatycznego systemu SWUTK z uwzględnieniem szkoleń dla instruktorów.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ("SIWZ") do przedmiotowego postępowania Zamawiający na stronie 31 w pkt. 1.4. wskazał

"Programy związane z niniejszym przedmiotem zamówienia"

1. PHARE 2002/000-196.01.02 Wdrożenie prawodawstwa UE w zakresie lotnictwa cywilnego i w sektorze kolejowym. Celem projektu było przygotowanie ram organizacyjnych dla UTK jako urzędu właściwego do spraw regulacji bezpieczeństwa rynku kolejowego oraz interoperacyjności transportu kolejowego.
2. program "Transition Facility 2005/017-488.02.03 Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego, który obecnie realizowany jest w UTK. Podstawowym celem projektu jest wzmocnienie i poszerzenie zdolności administracyjnych oraz kompetencji polskich struktur administracyjnych w celu wdrożenia niezbędnych środków prawnych, organizacyjnych i ekonomicznych prowadzących do zreformowania krajowego rynku kolejowego, a w konsekwencji do uregulowania tego rynku.

W następnym zdaniu Zamawiający podkreśla: W ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 opracowane zostały szczegółowe wymagania w odniesieniu do rejestru taboru kolejowego.

Z kolei na str. 34 SIWZ zawarł zapis:

Beneficjent wymaga, aby podczas realizacji zadań w ramach niniejszego zamówienia, Wykonawca wykorzystał w szczególności wyniki dotychczasowych prac w zakresie rejestracji taboru kolejowego zrealizowanych w ramach projektu

Transition Facility 2005/017 – 488.02.03 oraz ewentualne rozwiązania wdrożone w tym zakresie przez Beneficjenta.

W dniu 21.10.2008 Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane do SIWZ pytania:

Pytanie nr 2

W specyfikacji wskazano, iż w trakcie realizacji zadań od 1 do 3 (wymienionych w Przedmiocie Zamówienia) wykonawca uwzględni rezultaty poprzednich projektów doradczych wykonywanych na rzecz beneficjenta.

Rezultaty jakich projektów doradczych wykonawca winien uwzględnić w trakcie realizacji zadań od 1 do 3-prosimy o udostępnienie informacji o przedmiotowych projektach doradczych, w szczególności wskazując ich wykonawców, przedmiot i zakresu prac, czas i okres realizacji oraz dostępną dokumentację ich wyników.

Odpowiedź nr 2

W trakcie realizacji zadań od 1 do 3, Wykonawca uwzględni rezultaty projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 "Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" w zakresie działania związanego z opracowaniem założeń dla systemu rejestracji taboru kolejowego.

Wyniki prac przeprowadzonych w ramach wyżej wymienionego działania udostępnione zostaną Wykonawcy przez Beneficjenta na etapie prowadzenia analizy w ramach przedmiotowego zamówienia.

Beneficjent udostępni również Wykonawcy, na etapie prowadzenia analizy w ramach

realizacji przedmiotowego zamówienia, wyniki prac przeprowadzonych w ramach pozostałych działań w projekcie TF 2005, przy czym zapoznanie się przez Wykonawcę z wynikami wymienionych prac będzie miało charakter wyłącznie poznawczy i ukierunkowane będzie na zaznajomienie się z uregulowaniami prawnymi oraz strukturą nadzoru nad rynkiem kolejowym w Polsce. Informacje na temat wykonawców oraz terminów realizacji ww. projektu nie są istotne z punktu widzenia przedmiotowego zamówienia. "

33

W odwołaniu ComArch wskazał :

Z treści "INFORMACJI O WYKONAWCACH WYKLUCZONYCH Z POSTĘPOWANIA, OFERTACH ODRZUCONYCH ORAZ O WYBORZE OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ", w ramach postępowania o numerze: 2005/017-488.02.03.02 pt. Realizacja usługi doradczo-szkoleniowej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03

"Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego", opublikowanej na stronie Fundacji Funduszu Współpracy: wynika, że do realizacji projektu na realizację usługi doradczo -szkoleniowej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 została wybrana "oferta nr 2, złożona przez firmę Deloitte Business Consulting S.A., ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa. Cena oferty wynosi 3.980.860,00 złotych brutto."

Należy podkreślić, że jest to projekt będący częścią programu związanego z przedmiotowym zamówieniem. Spółka Deloitte Business Consulting S.A., ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa, która wykonywała zamówienie w ramach projektu: 2005/017-488.02.03.02 pt. Realizacja usługi doradczo-szkoleniowej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 "Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" to ta sama spółka, która jest członkiem Konsorcjum firm, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach niniejszego postępowania objętego przedmiotowym protestem tj. na "zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd (SWUTK) wraz z Transportu Kolejowego przeprowadzeniem szkoleń w ramach projektu Transition Facility 2006/018-180.01.07 "Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce."

Przedmiot umowy dotyczącej postępowania na "projekt TF 2005", podpisanej pomiędzy Zamawiającym a Deloitte Business Consulting S.A., do której ComArch S.A. miał wgląd w dniu 21.11.2008, brzmi:

"Artykuł 2 Przedmiot umowy:

2.1 Przedmiot umowy:

34

Przedmiotem Umowy obejmuje zagadnienia z obszaru regulacji rynku kolejowego, bezpieczeństwa transportu kolejowego i interoperacyjności, z uwzględnieniem realizacji następujących zadań:

1. dokonanie oceny schematu organizacyjnego, procedur i środków oraz podziału kompetencji pomiędzy instytucjami odpowiedzialnymi za regulacje rynku kolejowego i zarządzanie tym rynkiem w warunkach polskich w oparciu o przejrzyste i konkurencyjne zasady, wraz z zaproponowaniem gotowych do wdrożenia rozwiązań w przedmiotowym zakresie ukierunkowanych na zwiększenie przejrzystości i efektywności systemu,
2. Dokonanie przeglądu i oceny krajowych przepisów dotyczących bezpieczeństwa transportu kolejowego i interoperacyjności oraz wybranych przepisów wewnętrznych z zakresu bezpieczeństwa opracowanych przez przewoźników kolejowych i zarządców infrastruktury kolejowej pod względem ich zgodności z odpowiednimi przepisami i standardowymi Unii

Europejskiej wraz z opracowaniem propozycji gotowych do wdrożeń zmian i uzupełnień w przedmiotowym zakresie,

3. Opracowanie metody oceny kolejnych inwestycji infrastrukturalnych pod względem ich zgodności z zasadami bezpieczeństwa i interoperacyjności, gotowej do zastosowania w warunkach polskich, wraz z przeprowadzeniem przykładowej oceny wybranej przez Beneficjenta, krajowej inwestycji infrastrukturalnej,
4. Opracowanie szczegółowego wielowariantowego planu wdrożenia zasad interoperacyjności w Polsce do końca 2013r. wraz ze wskazaniem niezbędnych działań legislacyjnych organizacyjnych i inwestycyjnych uwzględniających krajowe uwarunkowania,
5. Opracowanie szczegółowej struktury funkcjonalnej, organizacyjnej i technicznej systemów rejestracji pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów na potrzeby Urzędu Transportu Kolejowego oraz przedstawienie sposobów jego wdrożenia i funkcjonowania,
6. Przeprowadzanie szkoleń w formie seminariów, warsztatów oraz wizyt studyjnych w oparciu o zaakceptowane przez beneficjenta programy szkoleniowe z uwzględnieniem tak zwanych "szkoleń dla przyszłych trenerów", zapewniających ciągłość efektów projektu. -"Usługa"- zgodnie z ofertą"

35

W zacytowanym ww. punkcie 5 wprost wspomniane zostało, że podczas projektu zostanie opracowana "szczegółowa struktura funkcjonalnej, organizacyjnej i technicznej systemów rejestracji pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów na potrzeby Urzędu Transportu Kolejowego". Tymczasem właśnie przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu (TF 2006) jest właśnie budowa jednego z ww. systemów, o czym świadczy choćby tytuł zamówienia na TF 2006: "Zaprojektowanie, wykonanie wdrożenie informatycznego Systemu

Urząd Transportu (SWUTK) wraz z Wspomagającego Kolejowego przeprowadzeniem szkoleń, w ramach projektu Transition Facility 2006/018-180.01.07 Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce" .

Skład orzekający zważył

Zgodnie z art.24 ust.2 pkt 1 Ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Z brzmienia przepisu wynika wprost, że wykluczeniu podlegają ci wykonawcy, którzy wykonywali bezpośrednie czynności związane z przygotowaniem postępowania. Przygotowanie postępowania jest regulowane w artykułach od 29 do 36 ustawy i obejmuje opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości zamówienia oraz sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.. Z oświadczenia Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu oraz oświadczeń pełnomocników Zamawiającego (przedstawicieli Beneficjenta – Urzędu Transportu Kolejowego) złożonych na rozprawie wynika, że SMZ sporządzano z udziałem pracowników Urzędu Transportu Kolejowego i jednego eksperta, którym nie był Krzysztof J.

Powyższemu oświadczeniu nie zaprzeczył, w toku postępowania odwoławczego, Odwołujący ComArch.

36

Natomiast Odwołujący ComArch upatrywał udział bezpośredniego uczestniczenia w przygotowaniu postępowania poprzez realizację zadania o nazwie usługi doradczo-

szkoleniowe w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03
"Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego"

Bezspornym jest, że udział Konsorcjum Deloitte dotyczył odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie jednym z sześciu zadań było
"Opracowanie szczegółowej struktury funkcjonalnej, organizacyjnej i technicznej systemów rejestracji pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów na potrzeby Urzędu Transportu Kolejowego oraz przedstawienie sposobów jego wdrożenia i funkcjonowania".

Z tytułu tego zadania wynika, że jego przedmiotem było opracowanie struktury czyli układu systemu rejestracji pojazdów kolejowych oraz systemu rejestracji praw jazdy dla maszynistów.

Z kolei w przedmiotowym postępowaniu zadanie nr 1 obejmuje : Przegląd i identyfikację procesów biznesowych oraz metod zbierania, rejestrowania i przetwarzania danych, stosowanych obecnie przez Urząd Transportu Kolejowego w zakresie realizacji ustawowych zadań w obszarze między innymi : rejestracji taboru kolejowego, licencji dla maszynistów i świadectw uzupełniających. Opracowanie szczegółowego zakresu koniecznych zmian dostosowujących obowiązujące procesy i metody do aktualnych wymagań prawa wspólnotowego oraz umożliwiających wdrożenie systemu informatycznego SWUTK wspomagającego realizację tych zadań. Z dosłownego brzmienia treści zadania wynika, że wykonawca będzie musiał po pierwsze opisać zbieranie, rejestrowanie, przetwarzanie danych dotyczących rejestracji taboru kolejowego i licencji dla maszynistów, według stanu aktualnego, a po drugie opracować zakres koniecznych zmian dostosowujących procesy i metody do wymogów prawa wspólnotowego oraz umożliwiających wdrożenie systemu informatycznego SWUTK.. Natomiast zadanie nr 2 obejmuje zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Urząd Wspomagającego Transportu Kolejowego w realizacji jego ustawowych zadań, w tym w szczególności w prowadzeniu rejestrów.

Z ogólnej nazwy zamówienia wynika, że jego przedmiotem jest "Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego(SWUTK) wraz z przeprowadzeniem szkoleń w ramach

37

projektu Transition Facility 2006/018 180.01.07 Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce" czyli zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego, wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego.

Z kolei z ogólnej nazwy zamówienia poprzedniego postępowania wynika, że jego przedmiotem było "Realizacja usługi doradczo-szkoleniowej".

Z powyższych porównań wynika, że różny jest charakter zadań w każdym z postępowań, w pierwszym chodzi o usługi doradcze, a w drugim chodzi o zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego UTK, w zakresie rejestracji taboru kolejowego i licencji dla maszynistów i świadectw uzupełniających.

Natomiast w ocenie Izby zbyt daleko idące są wnioski Odwołującego co do tego, że można zastosować art.24 ust. 2 pkt 1 Ustawy do wykonawcy, który wykonywał zadania zbieżne tematycznie (rejestr taboru kolejowego i prawa jazdy maszynistów), ale na podstawie innego zamówienia publicznego, tak więc o innym przedmiocie zamówienia ; w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03

"Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" usługi doradczo – szkoleniowe, w ramach Transition Facility 2006/018 180.01.07 Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce" usługi zaprojektowania, wykonania i wdrożenia systemu informatycznego, wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego. Bowiem przywołany przez Odwołującego przepis wyraźnie reguluje zagadnienie wykluczenia do czynności związanych z przygotowaniem poszczególnego zamówienia (

Transition Facility 2006/018 180.01.07), a nie z udziałem w innych postępowaniach. (Transition Facility 2005/017-488.02.03), nawet w przypadku, znalezienia elementów wspólnych to jest tematyki rejestru taboru kolejowego i praw jazdy maszynistów. Tak więc zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 Ustawy skład orzekający nie uwzględnia, ponieważ Odwołujący nie wykazał wystąpienia pierwszej przesłanki do wykluczenia konsorcjum Deloitte z postępowania, a mianowicie wykonawca lub osoby przy pomocy, których sporządzał ofertę bezpośrednio wykonywali czynności związane z przygotowaniem postępowania ((Transition Facility 2006/018 180.01.07)), przez które to czynności rozumie się czynności o których mowa w art.

38

29 -36 ustawy. Drugą przesłanką do wykluczenia jest rozpatrzenie zagadnienia, czy udział w czynnościach przygotowania postępowania narusza zasady uczciwej konkurencji, ale pod warunkiem wystąpienia pierwszej przesłanki, która w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiła. Tak więc skoro pierwsza z przesłanek wykluczenia konsorcjum Deloitte na podstawie art.24 ust.2 pkt 1 ustawy nie wystąpiła, skład orzekający Izby nie uwzględnił w tym zakresie zarzutu Odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Deloitte, pomimo że złożenie oferty przez Konsorcjum Deloitte stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Skład orzekający Izby ustalił.

Przedmiotem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest wykonanie i "Zaprojektowanie, wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego(SWUTK) wraz z przeprowadzeniem szkoleń w ramach projektu Transition Facility 2006/018 180.01.07 Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce" Na str. 4 przedmiotowego SMZ Zamawiający postanowił, że:
Zadanie 1:

Przegląd i identyfikacja procesów biznesowych oraz metod zbierania, rejestrowania i przetwarzania danych, stosowanych obecnie przez Urząd Transportu Kolejowego w zakresie realizacji ustawowych zadań w obszarze: licencjonowania transportu kolejowego, regulacji rynku kolejowego, certyfikacji bezpieczeństwa ruchu w transporcie kolejowym, interoperacyjności systemów kolejowych oraz rejestracji taboru kolejowego, licencji dla maszynistów i świadectw uzupełniających. Opracowanie szczegółowego zakresu koniecznych zmian dostosowujących obowiązujące procesy i metody do

39

aktualnych wymagań prawa wspólnotowego oraz umożliwiających wdrożenie systemu informatycznego SWUTK wspomagającego realizację tych zadań.

Zadanie Nr 2

zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Wspomagającego Urząd Transportu Kolejowego w realizacji jego ustawowych zadań, w tym w szczególności w prowadzeniu rejestrów, z uwzględnieniem prawa krajowego i wspólnotowego w tym zakresie oraz opracowanie szczegółowej specyfikacji technicznej sprzętu służącego do eksploatacji produkcyjnej systemu informatycznego SWUTK oraz specyfikacji technicznej oprogramowania standardowego dla systemu SWUTK.

Zadanie Nr 3

Przeprowadzenie szkoleń specjalistycznych w zakresie wymogów prawa europejskiego i krajowego odnośnie prowadzenia rejestrów dotyczących transportu kolejowego oraz funkcjonowania i eksploatacji opracowanego informatycznego systemu SWUTK z uwzględnieniem szkoleń dla instruktorów.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ("SIWZ") do przedmiotowego postępowania Zamawiający na stronie 31 w pkt. 1.4. wskazał

"Programy związane z niniejszym przedmiotem zamówienia"

3. PHARE 2002/000-196.01.02 Wdrożenie prawodawstwa UE w zakresie lotnictwa cywilnego i w sektorze kolejowym. Celem projektu było przygotowanie ram organizacyjnych dla UTK jako urzędu właściwego do spraw regulacji bezpieczeństwa rynku kolejowego oraz interoperacyjności transportu kolejowego.
4. program "Transition Facility 2005/017-488.02.03 Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego, który

40

obecnie realizowany jest w UTK. Podstawowym celem projektu jest wzmocnienie i poszerzenie zdolności administracyjnych oraz kompetencji polskich struktur administracyjnych w celu wdrożenia niezbędnych środków prawnych, organizacyjnych i ekonomicznych prowadzących do zreformowania krajowego rynku kolejowego, a w konsekwencji do uregulowania tego rynku.

W następnym zdaniu Zamawiający podkreśla: W ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 opracowane zostały szczegółowe wymagania w odniesieniu do rejestru taboru kolejowego.

Z kolei na str. 34 SIWZ zawarł zapis:

Beneficjent wymaga, aby podczas realizacji zadań w ramach niniejszego zamówienia, Wykonawca wykorzystał w szczególności wyniki dotychczasowych prac w zakresie rejestracji taboru kolejowego zrealizowanych w ramach projektu Transition Facility 2005/017 – 488.02.03 oraz ewentualne rozwiązania wdrożone w tym zakresie przez Beneficjenta.

W dniu 21.10.2008 Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane do SIWZ pytania:

Pytanie nr 2

W specyfikacji wskazano, iż w trakcie realizacji zadań od 1 do 3 (wymienionych w Przedmiocie Zamówienia) wykonawca uwzględni rezultaty poprzednich projektów doradczych wykonywanych na rzecz beneficjenta.

Rezultaty jakich projektów doradczych wykonawca winien uwzględnić w trakcie realizacji zadań od 1 do 3-prosimy o udostępnienie informacji o przedmiotowych projektach doradczych, w szczególności wskazując ich wykonawców, przedmiot i zakresu prac, czas i okres realizacji oraz dostępną dokumentację ich wyników.

Odpowiedź nr 2

41

W trakcie realizacji zadań od 1 do 3, Wykonawca uwzględni rezultaty projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 "Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" w zakresie działania związanego z opracowaniem założeń dla systemu rejestracji taboru kolejowego.

Wyniki prac przeprowadzonych w ramach wyżej wymienionego działania udostępnione zostaną Wykonawcy przez Beneficjenta na etapie prowadzenia analizy w ramach przedmiotowego zamówienia.

Beneficjent udostępni również Wykonawcy, na etapie prowadzenia analizy w ramach

realizacji przedmiotowego zamówienia, wyniki prac przeprowadzonych w ramach pozostałych działań w projekcie TF 2005, przy czym zapoznanie się przez Wykonawcę z wynikami wymienionych prac będzie miało charakter wyłącznie poznawczy i ukierunkowane będzie na zaznajomienie się z uregulowaniami prawnymi oraz strukturą nadzoru nad rynkiem kolejowym w Polsce. Informacje na temat wykonawców oraz terminów realizacji ww. projektu nie są istotne z punktu widzenia przedmiotowego zamówienia. "

Spółka Deloitte Business Consulting S.A., ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa, która wykonywała zamówienie w ramach projektu: 2005/017488.02.03.02 pt. Realizacja usługi doradczo-szkoleniowej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 "Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego" to ta sama spółka, która jest członkiem Konsorcjum firm, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach niniejszego postępowania objętego przedmiotowym protestem tj. na "zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie informatycznego Systemu Urząd Wspomagającego Transportu Kolejowego (SWUTK) wraz z przeprowadzeniem szkoleń w ramach projektu Transition Facility 2006/018-180.01.07 "Wzmocnienie zdolności instytucjonalnych i organizacyjnych Urzędu Transportu Kolejowego w zakresie monitorowania i nadzoru rynku kolejowego w Polsce."

Przedmiotem Umowy obejmuje zagadnienia z obszaru regulacji rynku kolejowego, bezpieczeństwa transportu kolejowego i interoperacyjności, z uwzględnieniem między innymi realizacji zadania:

42

5 Opracowanie szczegółowej struktury funkcjonalnej, organizacyjnej i technicznej systemów rejestracji pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów na potrzeby Urzędu Transportu Kolejowego oraz przedstawienie sposobów jego wdrożenia i funkcjonowania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego BETACOM stwierdził, że należy jeszcze wskazać okoliczność, iż Konsorcjum Deloitte stosuje nieuczciwe praktyki rynkowe. Spółka Deloitte Business Consulting S.A. po uzyskaniu zamówienia w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03, wystosowywała liczne kwestionariusze do PKP Informatyka spółka z o.o. mające na celu zbadanie rynku, uzyskanie informacji w zakresie rejestrów pojazdów kolejowych oraz praw jazdy dla maszynistów, a więc w zakresie niniejszego postępowania. W złożonej ofercie zostały wykorzystane informacje, w posiadanie których Spółka Deloitte weszła na podstawie kwestionariuszy (kwestionariusze w załączeniu-z uwagi na fakt, iż w kwestionariuszu znajdują się informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wnosząc o nie udostępnianie tych informacji innym podmiotom), które zostały wypełnione i przesłane do Deloitte działającego na rzecz Urzędu Transportu Kolejowego. Spółka PKP Informatyka spółka z o.o. nie miała żadnych informacji na temat faktu, iż w tym zakresie za chwilę zostanie rozpisany przetarg, a jako że PKP Informatyka spółka z o.o. i UTK znajdują się w licznych kontaktach gospodarczych nie miała podstaw nawet przypuszczać, iż zostanie to wykorzystane do przygotowania konkurencyjnej oferty. Działanie takie jest sprzeczne z prawem, oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89. ust 1 pkt 3 gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Co więcej, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) PZP Konsorcjum Deloitte winno zostać wykluczone z postępowania, gdyż jeden z konsorcjantów, mianowicie Spółka Deloitte Business Consulting S.A. wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem niniejszego postępowania oraz posługiwała się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Na potwierdzenie tych okoliczności załączamy pismo skierowane do PKP Informatyka spółka z o.o. z dnia 21 grudnia 2007 roku, podpisane przez pana Krzysztofa J., będącego w niniejszym postępowaniu pełnomocnikiem konsorcjum Deloitte, umocowanym do składania oświadczeń woli w imieniu Konsorcjum Deloitte. W treści pisma czytamy "Deloitte na zlecenie Fundacji Fundusz Współpracy w Warszawie i w porozumieniu z

Urzędem Transportu Kolejowego prowadzi projekt realizacji usługi doradczo - szkoleniowej w ramach projektu Transition Facility 2005/017-488.02.03 Rozszerzenie kompetencji administracyjnych w celu wdrożenia unijnych regulacji rynku kolejowego, którego celem jest wszczęcie procedury zamówienia publicznego na zbudowanie systemu rejestracji dla pojazdów kolejowych. zgodnie z aktualnymi wymaganiami prawa krajowego i prawa Unii Europejskiej (...), a także przedstawienie propozycji dla systemu rejestracji praw jazdy „dla maszynistów.” Z powyższego wyraźnie wynika, że Deloitte prowadził usługę doradczą, której celem było przygotowanie niniejszego postępowania, co więcej osoby uczestniczące w przygotowaniu założeń dla niniejszego postępowania przygotowywały ofertę złożoną przez Konsorcjum Deloitte

- Pan Krzysztof Jakubowski.

Skład orzekający zważył co następuje .

Zgodnie z art.89 ust.1 pkt 3 Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Za komentatorem Jerzym Pierogiem (Prawo zamówień publicznych 8 wydanie Komentarze Becka str. 295) “Ustawa nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, lecz odsyła w tym zakresie do ustawy z 16.4.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003r. Nr 153 , poz.1503 ze zm.) . Ustawa ta wśród wielu czynów nieuczciwej konkurencji wymienia w art. 15 ust. 1 czyn polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku m.in. przez sprzedaż towarów lub usług poniżej ich kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jak dotąd ten przepis był wykorzystywany przy kwestionowaniu prawidłowości złożonej oferty. Należy jednak przy posługiwaniu się tą ustawą mieć na względzie fakt iż przewiduje on drogę sądową dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia uczciwej konkurencji. Wątpliwa jest zatem możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez zamawiającego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i podejmowania na tej podstawie decyzji o odrzuceniu oferty.”

Odwolujący ComArch podniósł, że dostępność materiału pomocniczego przed przystąpieniem do przedmiotowego postępowania (TF 2006) daje konkurencyjnemu olbrzymią przewagę w takich wykonawcy obliczaniu determinantów cenowych jak:

1. kalkulacja ryzyka wykonania projektu,
2. skala projektu w tym: zasoby ludzkie, materialne i niematerialne potrzebne na wykonanie projektu,
3. przewaga cenowa związana z odpowiednio wcześniej zabezpieczonymi upustami na licencje na oprogramowanie standardowe pod warunkiem, że wie się ile ich będzie potrzeba i jakie do wykonania danego projektu.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdził, że: "W założeniach przyjętych do realizacji projektu TF 2005 nie został zawarty żaden warunek oraz wymaganie dotyczące wykonywania założeń do realizacji projektu TF 2006. z tego powodu w trakcie przygotowania koncepcji i założeń oraz dokumentacji związanej z realizacją projektu TF 2006 nie uczestniczyli w żadnym stopniu przedstawiciele i pracownicy Deloitte Business Consulting S.A. W zakresie opracowania koncepcji, założeń i dokumentacji związanej z realizacją projektu TF 2006 uczestniczyli wyłącznie informatycy Urzędu Transportu Kolejowego i zatrudniony niezależny ekspert z zakresu projektowania systemów informatycznych oraz pracownicy Urzędu Transportu Kolejowego odpowiedzialni za prowadzenie projektu pod względem formalno-organizacyjnym."

W ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący postawił tylko tezy wskazujące na

czyn nieuczciwej konkurencji nie wykazując ich stosownymi dowodami zgodnie z art. 6 kc. w związku z art. 14 Ustawy, a powinien swoje twierdzenia udowodnić wywodząc skutki prawne w postaci żądania odrzucenia oferty konsorcjum Deloitte z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy.

Poza tym Odwołujący Com Arch podnosi, że brak wiedzy o materiałach pomocniczych ma wpływ na szereg determinantów cenowych przy przygotowywaniu oferty. Tak postawiony zarzut nie może być uwzględniony w sytuacji gdy konsorcjum Betacom stawia zarzut rażąco niskiej ceny Com Arch, ponieważ jego oferta jest poniżej 50 % wartości szacunkowej zadania.

45

Bezspornym jest, że wykonawcy otrzymali w dniu 21.10.2008r. odpowiedź, w której Zamawiający wyjaśnił, że związane z przedmiotowym postępowaniem TF 2005 materiały mają charakter poznawczy, a wykorzystanie wyników postępowania TF 2005, ma nastąpić w trakcie realizacji zadania, a nie w trakcie przygotowywania oferty i tym samym odmówił ich dostarczenia. Na rozprawie, co potwierdza przedłożona przez Com Arch jako dowód w sprawie umowa z dnia 22.11.2007r. (Preambuła umowy : okres realizacji projektu upływa w dniu 15 grudnia 2008r.), przedstawiciele Beneficjenta Urząd Transportu Kolejowego oświadczyli, że umowa ta nie była zrealizowana w dniu udzielania odpowiedzi (21.10.2008r.).

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut nieuczciwej konkurencji wobec Konsorcjum Deloitte nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że Odwołujący otrzymując odpowiedź w dniu 21.10.2008r., że nie otrzyma dokumentacji wykonawczej TF 2005 nie oprotestował tej czynności i zwlekał z postawieniem z tego tytułu zarzutu do wyboru najkorzystniejszej oferty. Dlatego Izba z tego powodu zarzut uznała za spóźniony.

Bezpodstawnym jest też zarzut nieuczciwej konkurencji postawiony przez Przystępującego do postępowania odwoławczego konsorcjum Betacom, który jako dysponent informacji udzielał ich konsorcjum Deloitte. Należy w tym miejscu stwierdzić, że gdyby uznać taki zarzut za wykazany to można byłoby go bardziej odnieść do Betacom, a nie Deloitte, który od Betacom uzyskał informacje. Reasumując Izba nie stwierdziła naruszenia zasad uczciwej konkurencji przez złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu przez konsorcjum Deloitte.

Co do zarzutu naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt1 Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie ComArch S.A.

Skład orzekający Izby ustalił

46

W ofercie Com Arch podano gwarancję na 12 miesięcy. Zgodnie z SMZ jednym z kryteriów oceny ofert był okres na jaki udzielono gwarancji. Przy czym w przypadku podania okresu gwarancji na okres 12 miesięcy przyznaje się w skali ocen zero punktu.

ComArch podnosił, że pomylił się, ponieważ jego zamiarem było wpisanie 22 miesięcy, a nie 12 miesięcy okresu gwarancji.

Skład orzekający Izby zważył.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 Ustawy Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie.

Za komentarzem Prawo zamówień publicznych Wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego Wydanie Urzędu Zamówień Publicznych str. 299, "Przez oczywistą omyłkę pisarską należy rozumieć widocznie mylną pisownię wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części itp."

W pkt 7 oferty Com Arch znajduje się następujący zapis "7.ZOBOWIĄZUJEMY

SIE do udzielenia gwarancji jakości na okres 12 miesięcy”

W ocenie Izby w powyżej zacytowanym fragmencie oferty Com Arch nie znajduje się żadna mylna pisownia, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenie wyrazu lub jego części czy inna omyłka wskazująca na podnoszony zamiar wpisania 22 miesięcy zamiast wpisanych 12 miesięcy.

Reasumując zarzut nie dokonania przez Zamawiającego poprawienia omyłki pisarskiej Izba nie uwzględniła.

Co do odwołania konsorcjum Betacom.

47

Izba oddała odwołanie z uwagi na brak interesu prawnego w domaganiu się odrzucenia oferty Com Arch z powodu rażąco niskiej ceny, ponieważ wobec nie uwzględniania odwołania ComArch co do odrzucenia oferty konsorcjum Deloitte, pozycja Betacom w rankingu ofert znajduje się nadal na trzeciej pozycji.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy złożyli oferty, które podlegały ocenie na następujące kwoty:

1. Konsorcjum Betacom i PKP Informatyka 5.558.990 zł. brutto
2. Konsorcjum Deloitte Consulting i Pentacomp 4.212.916 zł. brutto
3. ComArch S.A. 2.880.749 zł. brutto.

Izba w tym zakresie podzieliła następujący pogląd Zamawiającego, przedstawiony w rozstrzygnięciu protestu.

“Na marginesie, należy zauważyć, iż Protestujący, pomimo wymogu wynikającego z art. 179 ust. 1 ustawy, nie wykazał interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, który miałby doznać uszczerbku w wyniku dokonania przez Zamawiającego podważanych w proteście czynności. Nie istnieje bowiem związek przyczynowy pomiędzy dokonaniem przez Zamawiającego kwestionowanej czynności, a uzyskaniem przez możliwości przedmiotowego zamówienia Protestującego. W przypadku, gdyby Zamawiający uznał podniesione zarzuty za zasadne i dokonał czynności zgodnie z żądaniem Konsorcjum Betacom, tj. odrzucił ofertę spółki ComArch S.A., sytuacja taka w żaden sposób nie skutkowałaby uznaniem oferty Protestującego za najkorzystniejszą.

Na potwierdzenie ww. poglądu, warto przywołać orzecznictwo Zespołu Arbitrów, które ma swoje zastosowanie. W wyroku z dnia 18 stycznia 2005 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-2/05) czytamy m.in.:

, (...) W świetle powyższego skoro nie potwierdziły się zarzuty w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty PUH "Wodkan" i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 i art. 87 ust. 1 ustawy -Prawo zamówień publicznych Zespół Arbitrów stwierdza, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w kwestii zarzutów podnoszonych wobec oferty przedsiębiorstwa Inżynierskiego "AKWABUD". Oferta Odwołującego sklasyfikowana została, bowiem na 3 miejscu. Interes prawny Odwołującego może doznać uszczerbku w postępowaniu, w którym on uczestniczy i polega na tym, że

48

traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. W zaistniałym stanie faktycznym skoro oferta uznana za najkorzystniejszą wybrana została prawidłowo Odwołujący i tak nie uzyskałby zamówienia nawet gdyby zarzuty wobec oferty Przedsiębiorstwa Inżynierskiego "AKWABUD" okazały się zasadne. Nie stwarzałoby to bowiem Odwołującemu możliwości ubiegania się o zamówienie. Z tych względów Zespół Arbitrów odstąpił od badania zarzutów wobec oferty ww. firmy”.

Natomiast w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 18 kwietnia 2005 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-705/05), orzeczono:

, (...) Powyższy zarzut nie może zostać przez Zespół Arbitrów uwzględniony ze

względu na brak interesu prawnego Odwołującego. W zadaniu nr 8 złożono cztery oferty. zaś oferta Odwołującego po ocenie ofert zajęła trzecie miejsce. Z uwagi na fakt, że zarzut dotyczący drugiej oferty nie został przez Arbitrów uwzględniony. zgodnie z linią orzecznictwa o interesie prawnym można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca może uzyskać zamówienie (zadanie).".

Z uwagi na powyższe, zarzuty naruszenia art. 7 ustawy poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy ComArch S.A. z uwagi narażać niską cenę, art. 90 ust 3 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty Wykonawcy ComArch S.A. z uwagi na złożenie niewystarczających wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, należy uznać za bezzasadne.

Reasumując, z uwagi na przedstawioną argumentację Zamawiający oddala protest jak w petitum. "

Reasumując Izba oddala odwołanie konsorcjum Betacom z uwagi na brak interesu prawnego do jego wniesienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. zasądzając koszty pełnomocnika Zamawiającego zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

49

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

50