

WYROK
z dnia 10 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel IT Sp. z o.o., SIMPLE S.A., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izbę Celną we Wrocławiu, 50 – 950 Wrocław, ul. Hercena 11**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sygnity S.A., SoftHard S.A., 02 – 486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **ComArch Polska S.A., 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 41G** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, **Izbie Celnej we Wrocławiu, 50 – 950 Wrocław, ul. Hercena 11**, unieważnienie czynności polegającej na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych z dnia 20 czerwca 2012 r.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, **Izbę Celną we Wrocławiu, 50 – 950 Wrocław, ul. Hercena 11**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel IT Sp. z o.o., SIMPLE S.A., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Izby Celnej we Wrocławiu, 50 – 950 Wrocław, ul. Hercena 11** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Impel IT Sp. z o.o., SIMPLE S.A., 53 – 111 Wrocław, ul. Ślężna 118**, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1286 i Nr 240, poz. 1429), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. Izba Celną we Wrocławiu (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na

wykonanie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie, wykonanie/dostosowanie i wdrożenie Systemu Zintegrowanego Zarządzania Zasobami Ludzkimi HERMES2 w Służbie Celnej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 20 marca 2012 r., poz. 2011/S 55-090156 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 26 czerwca 2012 r. Impel IT sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez wadliwe wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, mimo że Odwołujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem ważnej oferty Odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy (dalej: Przystępujący).

- wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A., SoftHard S.A. po stronie Odwołującego,
- ComArch Polska S.A. po stronie Zamawiającego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

3

Odwołujący stwierdzał, iż czynność Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2012 r. dokonana w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, dotycząca wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług - została dokonana z rażącym naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Wskazywał, że odpowiedzią z dnia 26 kwietnia br. Zamawiający dokonał obowiązującej modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż jednoznacznie potwierdził, że warunek doświadczenia zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się wdrożeniem systemu analogicznego tj., który co do zakresu i wartości posiada min. moduły kadrowy i płacowy oraz portal samoobsługi pracowniczej i kierowniczej, obsługujące wymagane ilości użytkowników w rozproszonych geograficznie lokalizacjach, Odpowiedź potwierdziła możliwość wykorzystania usług i referencji, które wykazał Wykonawca w złożonej ofercie, jak i rozwiała wszelkie wątpliwości o niemożliwości ich użycia. Analizując wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, w którym Zamawiający odrzucił referencje Wykonawcy dostarczone w ofercie, uznając je za niezasadne, bo „nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonych w rozdziale V, w pkt. 4.1 i 4.2 SIWZ”, Zamawiający w ocenie Odwołującego pominął fakt jednoznacznego wyjaśnienia Wykonawcy w dniu 26 kwietnia 2012 r. możliwości okazania usług i referencji, które następnie odrzucił, twierdząc bezzasadnie, że z informacji pozyskanych przez Zamawiającego wynika, że przedmiotem wyżej wymienionego wdrożenia był system SAP ERP, SAP HR a nie oferowany system SIMPLE.PERSONEL firmy SIMPLE S.A.

W konsekwencji Zamawiający według Odwołującego w sposób bezprawny zmienił wymagania, obowiązujące już w związku z udzielonymi wyjaśnieniami z dnia 26 kwietnia 2012 r., na wymagania co do spełnienia warunku doświadczenia dotyczącego wykazania się przez Wykonawcę wdrożeniem jednego ze składników Oprogramowania COTS, które Wykonawca wykorzysta do wdrożenia systemu HERMES2. Wykonawca, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w formularzu cenowym w tabeli o nazwie „Oprogramowanie COTS w tym: bazadane i inne niezbędne” wyszczególnił 4 składniki oprogramowania COTS, z użyciem którego powstanie system HERMES2. Wykonawca

zaoferował Zamawiającemu wdrożenie systemu HERMES2, w szczególności określonego specyfikacją wymagań, dotychczasową korespondencją i syntetycznie opisanym zakresem w formularzu cenowym, którego dostawa licencji COTS, w szczególności SIMPLE.PERSONEL, jest tylko pewnym elementem przedmiotu zamówienia. Bezasadnym jest wobec powyższego wymaganie przez Zamawiającego wykazania się przez Wykonawcę doświadczeniem we wdrożeniu systemu, który w ofercie stanowi jeden ze składników COTS - fragment przedmiotu zamówienia i odrzucenie referencji dostarczonych przez Wykonawcę, które potwierdzają wdrożenie systemu o zakresie analogicznym z wymaganiami całościowymi Zamawiającego. Referencje okazane przez Wykonawcę

4

w złożonej ofercie przetargowej z całą pewnością są analogiczne do systemu, który ma zostać wdrożony (tj. HERMES2), W szczególności Wykonawca okazał bowiem wraz z ofertą referencje z realizacji projektów wdrożeniowych systemów informatycznych, zawierających moduły, jak w wymaganiach postawionych przez Zamawiającego i wymaganiach analogicznych co do obszaru HR, jaki ma być objęty systemem informatycznym, procesów kadrowo-placowych w nim obsługiwanych, procesów obsługi menadżerskiej i pracowniczej, obszaru geograficzno-terytorialnego, ilości obsługiwanych użytkowników i wartości wdrożeń, Charakter zrealizowanych wdrożeń, jakich dotyczą referencje, również był analogiczny, tzn. zamawiający wymagali zarówno realizacji wdrożenia, szkoleń, prowadzenia projektu, a także wykształcenia ich własnych kompetencji w trakcie projektu tak, aby samodzielnie byli w stanie zmieniać system po wdrożeniu zarówno w kontekście modyfikacji oprogramowania, jak i procesów obsługiwanych przez system. W referencyjnych wdrożeniach Wykonawca zapewniał też wykwalifikowanych ekspertów z zakresu kadr i plac, miękkiego HR, analityki biznesowej, koordynowania analityków, a także inżynierów systemowych i infrastruktury IT, podobnie do wymagań Zamawiającego.

Zamawiający polemizując z zarzutami odwołania, wskazywał na rozbieżność pomiędzy znaczeniem słowa „system” a „rozwiązanie” użytym w odwołaniu. Stanowczo twierdził, że nie zmodyfikował warunku udziału w postępowaniu odpowiedzią z dnia 26 kwietnia 2012 r. Nie określił wymogu co do systemu rodzajowo, ale przez określenie wymienionych parametrów, które nie były wygórowane ani co do wymogów merytorycznych tj. obsługi minimalnej ilości osób, ani co do wartości. Odpowiedź zamawiającego z 26 kwietnia 2012 r. należy interpretować w kontekście zadanego pytania i postanowień rozdz. V pkt 4.1 i 4.2 specyfikacji.

Odwołujący zdaniem Zamawiającego na rozprawie nietrafnie wskazywał, że w odpowiedzi z dnia 26 kwietnia 2012 r. powołano się na oferowany system – uczyniono to dwukrotnie, pierwszy raz wprost, kiedy Zamawiający wyjaśniał, co rozumie przez wdrożenie oferowanego systemu, a drugi raz pośrednio przez przywołanie rozdz. V pkt 4.1 i 4.2 specyfikacji, w których to postanowieniach również jest mowa o oferowanym systemie. Z przyczyn oczywistych i w kontekście zadanego pytania negacja w wyjaśnieniu, co Zamawiający rozumie przez oferowany system, odnosiła się wyłącznie do systemu HERMES2. Nie oznaczało to w żadnym wypadku, że Zamawiający zrezygnował z wymogu, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem we wdrożeniu oferowanego systemu. Zamawiający nie ograniczał konkurencji przez wymóg określonego systemu, ale oczekiwał, że wykonawca składając ofertę będzie miał doświadczenie we wdrożeniu systemu, który oferuje. Wskazuje, że 4 innych wykonawców nie miało wątpliwości co do takiego sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na pytanie Przewodniczącej co Zamawiający

5

rozumie pod pojęciem „system” wskazuje, że jest to system informatyczny posiadający określone moduły. Ustalił na podstawie artykułów branżowych, że Odwołujący wdrożył system SAP ERP i SAP HR, a tymczasem oferuje system SIMPLE.PRESONEL. Na pytanie Przewodniczącej czy można porównać wdrożenie systemu Windows i oferowanie systemu Linux zamawiający potwierdził, że jest możliwość takiej analogii i w takim wypadku wymagał by oferowania systemu już wdrożonego. Zamawiający wskazuje, że oprogramowanie typu COTS jest to oprogramowanie spółki, będące gotowym rozwiązaniem. W konsekwencji

wnosił o oddalenie odwołania w całości.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty wobec treści wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych by się potwierdziły, to zostałby on wykluczony z postępowania, a zatem utraciłby szansę na uzyskanie zamówienia (treść wezwania jednoznacznie przesądzała, że w ocenie Zamawiającego Odwołujący za pomocą dokumentów załączonych do oferty nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu).

Izba uznała, że obaj Przystępujący mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść Strony, do której przystąpili i skutecznie stali się uczestnikami postępowania odwoławczego zgodnie z art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Przystępujący po stronie Odwołującego argumentował, że z dotychczasowego toku postępowania wynika, że Zamawiający analogicznie, jak referencje Odwołującego, zamierza potraktować referencje Przystępującego, zatem w konsekwencji Izba stwierdziła, że rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Odwołującego (uwzględnienie odwołania) może doprowadzić do akceptacji referencji Przystępującego w spornym zakresie, a więc korzyść Przystępującego z rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Odwołującego jest oczywista.

Z kolei wobec zgłoszenia przystąpienia po stronie Zamawiającego Odwołujący wniósł opozycję z powołaniem się na brak interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego. Izba jednak stwierdziła, że Przystępujący po stronie Zamawiającego ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na jego korzyść (oddaleniu odwołania), ponieważ w ten sposób doprowadzi do ograniczenia kręgu potencjalnych konkurentów do uzyskania zamówienia (ewentualne oddalenie odwołania pociągałoby za sobą wykluczenie Odwołującego z postępowania).

6

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podnoszonych zarzutów, Izba ustaliła, co następuje:

1. W rozdziale V pkt 4 SIWZ (kopia SIWZ, jak i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu, znajduje się w aktach sprawy) Zamawiający określił wymóg, iż w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, konieczne jest wykazanie się należytych wykonaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:
 - jednym wdrożeniem oferowanego systemu obejmującego minimum moduł kadrowy i placowy obsługującego minimum 6 000 osób, funkcjonującego w rozproszonych geograficznie lokalizacjach o wartości minimum 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych);
 - jednym wdrożeniem oferowanego rozwiązania portalu samoobsługi pracowniczej zintegrowanego z systemem kadrowo-placowym na rzecz odbiorcy, i kierowniczej obsługującego min. 1 000 zarejestrowanych użytkowników.
2. W dniu 26 kwietnia br. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na pytanie zadane przez jednego z wykonawców (brzmienie przywołane zgodnie z treścią pytania i odpowiedzi):

„W rozdziale V SIWZ w pkt, 4 ppkt 4.1 i 4.2 Zamawiający określił warunki, konieczne do spełnienia przez Wykonawcę do udziału w niniejszym postępowaniu:

 - 4.1, *jednego wdrożenia oferowanego systemu obejmującego minimum moduł kadrowy i placowy obsługującego minimum 6 000 osób, funkcjonującego w rozproszonych geograficznie lokalizacjach o wartości minimum 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych);*
 - 4.2, *jednego wdrożenia oferowanego rozwiązania portalu samoobsługi pracowniczej i kierowniczej na zintegrowanego z systemem kadrowo-placowym rzecz odbiorcy, obsługującego min. 1 000 zarejestrowanych użytkowników.*

Pytanie:

Ponieważ jako wykonawca w przedmiotowym postępowaniu oferujemy Zamawiającemu wdrożenie systemu informatycznego o nazwie HERMES2, który obecnie nie jest dostępny na rynku i dopiero w efekcie realizacji zamówienia zostanie wdrożony oraz dostosowany wg wymagań SIWZ, a także do którego Zamawiającemu zostaną przekazane prawa majątkowe w określonym zakresie, to czy Zamawiający na potrzeby wykazania doświadczenia uzna referencje wdrożenia systemu o analogicznym zakresie, jak wymagany odpowiednio

7

w rozdziale V SIWZ w pkt 4 ppkt. 4.1 i 4.2 zamiast referencji na „wdrożenie oferowanego systemu”, w tym przypadku HERMES2?”

„Tak. Zamawiający przez wdrożenie oferowanego systemu nie rozumie z przyczyn oczywistych systemu Hermcs2 tylko system, który spełnia kryteria określone w Rozdziale V pkt. 4.1 i 4.2 tj. obejmujący minimum moduł kadrowy i płacowy obsługujący minimum 6 000 osób, funkcjonujący w rozproszonych geograficznie lokalizacjach o wartości minimum 3 000 000 zł brutto (słownie; trzy miliony złotych) oraz portal samoobsługi pracowniczej i kierowniczej zintegrowany z systemem kadrowo-płacowym na rzecz odbiorcy, obsługujący min. 1 000 zarejestrowanych użytkowników.”

3. Nie było sporne, że referencje posiadane Odwołującego w zakresie wartości, zakresu, obszaru organizacyjnego, założeń funkcjonowania systemu, a także poszczególnych obszarów w projekcie pokrywają się z wymaganiami Zamawiającego (dlatego nie było konieczne badanie ich treści, znajdowały się w utajnionej części oferty).

4. W dniu 20 czerwca 2012 r. Odwołujący otrzymał pismo Zamawiającego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów o następującej treści:

„Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą, Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający informuje, że w wyznaczonym terminie składania ofert nie złożyli Państwo dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Oz. U. Nr 226, poz. 1817). Zamawiający wymaga! w szczególności wykazania się należytym wykonaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- jednym wdrożeniem oferowanego rozwiązania obejmującego minimum moduł kadrowy i płacowy obsługującego minimum 6 000 osób, funkcjonującego w rozproszonych geograficznie lokalizacjach o wartości minimum 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych);
- jednym wdrożeniem oferowanego rozwiązania portalu samoobsługi pracowniczej z na odbiorcy, i kierowniczej zintegrowanego systemem kadrowo-płacowym rzecz

8

obsługującego min. 1 000 zarejestrowanych użytkowników.”

W wykazie dostaw i usług, na potwierdzenie spełniania powyższych warunków, wskazali Państwo:

- dostawę i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego dla firmy IMPEL Security

Polska Sp. z o.o., co zostało potwierdzone w referencji. Z informacji pozyskanych przez Zamawiającego wynika, że przedmiotem wyżej wymienionego wdrożenia był system SAP ERP, SAP HR a nie oferowany system SIMPLE.PERSONEL firmy S1MPLE S.A.”.

Odwołanie kwestionował powyższe wezwanie – konkludując wywody

Odwołującego, nie było powodu, aby Zamawiający oczekiwał wykazania się wdrożeniem „SIMPLE.PERSONEL firmy S1MPLE S.A.” w przypadku zaoferowania wykonania systemu będącego przedmiotem zamówienia za jego pomocą.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

W niniejszym stanie faktycznym, rozstrzygnięcie odwołania sprowadzało się do interpretacji opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu: jaki był ostateczny wymóg Zamawiającego co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego, wobec treści opisu tego warunku w ogłoszeniu i SIWZ w świetle późniejszej odpowiedzi na pytanie z dnia 26 kwietnia 2012 r. Według Odwołującego, odpowiedzią z dnia 26 kwietnia 2012 r. Zamawiający dokonał obowiązującej modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż jednoznacznie potwierdził, że warunek doświadczenia zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się wdrożeniem systemu analogicznego tj., który co do zakresu i wartości posiada min. moduły kadrowy i płacowy oraz portal samoobsługi pracowniczej i kierowniczej, obsługujące wymagane ilości użytkowników w rozproszonych geograficznie lokalizacjach,

Tymczasem Zamawiający stanowczo twierdził, że nie zmodyfikował warunku udziału w postępowaniu odpowiedzią z dnia 26 kwietnia 2012 r., którą należy interpretować w kontekście zadanego pytania i postanowień rozdz. V pkt 4.1 i 4.2 specyfikacji. Odwołujący zdaniem Zamawiającego na rozprawie nietrafnie wskazywał, że w odpowiedzi z dnia 26 kwietnia 2012 r. powołano się na oferowany system – uczyniono to dwukrotnie, pierwszy raz wprost, kiedy Zamawiający wyjaśniał, co rozumie przez wdrożenie oferowanego systemu, a drugi raz pośrednio przez przywołanie rozdz. V pkt 4.1 i 4.2 specyfikacji, w których to postanowieniach również jest mowa o oferowanym systemie. Z przyczyn

9

oczywistych i w kontekście zadanego pytania negacja w wyjaśnieniu, co Zamawiający rozumie przez oferowany system, odnosiła się wyłącznie do systemu HERMES2. Nie oznaczało to w żadnym wypadku, że Zamawiający zrezygnował z wymogu, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem we wdrożeniu oferowanego systemu.

Co najmniej dwaj spośród wykonawców którzy złożyli oferty, zinterpretowali opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu tak, jak Odwołujący (tj. Odwołujący i Przystępujący po jego stronie), pozostali czterej wykonawcy – jak twierdził Zamawiający – zinterpretowali warunek zgodnie z jego intencjami. Słusznie jednak zauważono na rozprawie, że w tej mierze pewności nie może być do momentu, w którym Zamawiający rzeczywiście (formalnie) dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zostanie to ujawnione dopiero w chwili zawiadomienia wykonawców (art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

Izba, analizując treść opisu tego warunku w ogłoszeniu i SIWZ w świetle odpowiedzi na pytanie z dnia 26 kwietnia 2012 r., stwierdziła, że ostatecznie Zamawiający wymagał wykazania się (w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu) wdrożeniem systemu obejmującego „minimum moduł kadrowy i płacowy obsługujący minimum 6 000 osób, funkcjonujący w rozproszonych geograficznie lokalizacjach o wartości minimum 3 000 000 zł brutto (słownie; trzy miliony złotych) oraz portal samoobsługi pracowniczej i kierowniczej zintegrowany z systemem kadrowo-płacowym na rzecz odbiorcy, obsługujący min. 1 000 zarejestrowanych użytkowników”.

Zamawiający argumentował na rozprawie, że nie życzy sobie, aby wykonawca podczas realizacji zamówienia po raz pierwszy wdrażał system, który będzie wykonywał, twierdził, że oczekuje praktyki w tym zakresie i polemizował z użyciem przez Odwołującego w odwołaniu słowa „rozwiązanie” zamiast system” (zgodnego z treścią opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu).

Niewątpliwie Zamawiający ma prawo określić opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób przez siebie wybrany, na oczekiwanym przez siebie poziomie szczegółowości. Zamawiający w tym zakresie podlega jedynie ograniczeniom związanym z obowiązkiem opisanego warunku w taki sposób, aby był on adekwatny do przedmiotu

zamówienia, związany z nim w sposób proporcjonalny, ale nie nadmierny; nie może on naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Opis sposobu dokonania oceny warunku udziału w postępowaniu musi być jasny, jednoznaczny, logiczny. Dlatego jeżeli Zamawiający używa w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku określonych wyrażeń, powinny być one przez niego zdefiniowane, szczególnie wówczas, jeżeli nie posiadają definicji legalnej, a ich rozumienie potoczne jest szerokie. Izba, odnosząc

10

się do wiedzy potocznej, notoryjnej, co do znaczenia słowa „system” odwołała się do Wikipedii, która obecnie jest największym zbiorem wiedzy powszechnej, mającą również tą zaletę, że jest powszechnie dostępna (podlega ona nieustającym zmianom, ze względu na stałą możliwość redagowania i poprawiania haseł, dlatego odwołania do definicji w niej zawartych przytoczono na dzień wydania orzeczenia).

Najistotniejsze wyrażenie, jakie pojawiło się w opisie sposobu warunku udziału w postępowaniu, które zasadniczo wywołało postępowanie odwoławcze, to „oferowany system”. „System (stgr. σύστημα systema – rzecz złożona) – obiekt fizyczny lub abstrakcyjny, w którym można wyodrębnić zespół lub zespoły elementów wzajemnie powiązanych w układy, realizujących jako całość funkcję nadrzędną lub zbiór takich funkcji (funkcjonalność). Z uwagi na fakt, że wyodrębnienie wszystkich elementów przynależących do systemu bywa w praktyce niekiedy bardzo trudne, dlatego do badania systemów wykorzystuje się ich uproszczone modele. Elementy przynależące do jednego systemu nie mogą jednak stanowić jednocześnie elementów przynależnych do innego systemu.”

<http://pl.wikipedia.org/wiki/System>

Należy zauważyć, że Zamawiający nie doprecyzował pojęcia „system” żadnym określeniem, wskazującym na jego rodzaj, zawartość, innym, niż „oferowany”. Stąd pytanie wykonawcy, na które padła odpowiedź w dniu 26 kwietnia br. było zasadne: jedyny system, który został opisany (zdefiniowany) w SIWZ, to system będący przedmiotem zamówienia (HERMES2); skoro jest to system, który dopiero zaistnieje w przyszłości – będzie wykonany w związku ze specyficznymi potrzebami Zamawiającego – to nie można na etapie składania oferty wykazać się wdrożeniem takiego systemu. Odpowiadając na zadane pytanie, Zamawiający powinien był wyjaśnić, co rozumie przez „oferowany system” – jeżeli pod tym pojęciem rozumiał rodzaj użytego oprogramowania narzędziowego, powinien był to wyraźnie wyartykułować. Tymczasem Zamawiający odpowiedział, że jest oferowany system to nie system HERMES2 (z przyczyn oczywistych), ale „system, który spełnia kryteria określone w Rozdziale V pkt, 4.1 i 4.2 tj. obejmujący minimum moduł kadrowy i placowy obsługujący minimum 6 000 osób, funkcjonujący w rozproszonych geograficznie lokalizacjach o wartości minimum 3 000 000 zł brutto (słownie; trzy miliony złotych) oraz portal samoobsługi pracowniczej i kierowniczej zintegrowany z systemem kadrowo-placowym na rzecz odbiorcy, obsługujący min. 1 000 zarejestrowanych użytkowników.” Na rozprawie Zamawiający twierdził, że w żaden sposób nie zmienił pierwotnego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ jego zamiarem było jedynie wskazanie przez „oferowany system” nie rozumie systemu HERMES2, ale system, który spełnia kryteria określone w Rozdziale V pkt, 4.1 i 4.2, a więc:

„ - jednym wdrożeniem oferowanego systemu obejmującego minimum moduł kadrowy i placowy obsługującego minimum 6 000 osób, funkcjonującego w rozproszonych

11

geograficznie lokalizacjach o wartości minimum 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych);

- jednym wdrożeniem oferowanego rozwiązania portalu samoobsługi pracowniczej zintegrowanego z systemem kadrowo-placowym na rzecz odbiorcy, i kierowniczej obsługującego min. 1 000 zarejestrowanych użytkowników.”

Jeżeli jednak chcecie rozumieć odpowiedź na pytanie Zamawiającego w taki sposób, jak wskazywał Zamawiający, to zawiera ona błąd logiczny *circulus in definiendo*, ponieważ w definicji wyrażenia znajduje się definiowane wyrażenie („oferowany system to oferowany system”), a więc nie niesie żadnej nowej treści. W ocenie Izby zatem odpowiedź należało rozumieć tak, jak przyjął Odwoływający, a rzeczywiste wyjaśnienie znalazło się po skrócie „t.j.” (to

jest): oferowany system to system obejmujący minimum moduł kadrowy i placowy obsługujący minimum 6 000 osób, funkcjonujący w rozproszonych geograficznie lokalizacjach o wartości minimum 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych) oraz portal samoobsługi pracowniczej i kierowniczej zintegrowany z systemem kadrowo-placowym na rzecz odbiorcy, obsługujący min. 1 000 zarejestrowanych użytkowników. Wdrożeniem takiego systemu należało się więc wykazać – a nie było sporne, że system wdrożony przez Odwołującego takie parametry spełnia.

Zamawiający twierdził, że wymagał, aby, jeżeli wykonawca zamierza zaoferować wykonanie systemu będącego przedmiotem zamówienia za pomocą określonego „systemu” np. SIMPLUS, to nie może się wykazywać wdrożeniem systemu za pomocą „systemu” np. SAP ERP. Wskazywał przy tym, że Odwołujący w odwołaniu mylił „system” z „rozwiązaniem”. Jednak Izba zwróciła uwagę, że to Zamawiający po raz pierwszy użył zamiennie słowa „rozwiązanie” zamiast „system” (jak w pkt 4.1 SIWZ). W ocenie Izby potwierdza to pośrednio, że sam Zamawiający mylił używane pojęcia i ich znaczenia. Być może intencje Zamawiającego podczas opisywania warunku były inne, natomiast nie zostały one wyrażone w samej treści opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ostatecznie dla ustalenia treści opisu sposobu spełnienia warunku miał znaczenie fakt, że Zamawiający nie zdefiniował ani pojęcia „rozwiązanie”, ani „system”, interpretacja dokonana przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 26 kwietnia 2012 r. prezentowana w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie zawierała błąd logiczny, a Zamawiający w ocenie Izby w dniu 26 kwietnia 2012 r. nadał znaczenie wyrażeniu „oferowany system” wskazując, że jest to „system obejmujący minimum moduł kadrowy i placowy obsługujący minimum 6 000 osób, funkcjonujący w rozproszonych geograficznie lokalizacjach o wartości minimum 3 000 000 zł brutto (słownie; trzy miliony złotych) oraz portal samoobsługi pracowniczej i kierowniczej zintegrowany z systemem kadrowo-placowym na rzecz odbiorcy, obsługujący min. 1 000 zarejestrowanych użytkowników.”

12

W ocenie Izby SAP ERP, SAP HR, SIMPLUS to raczej oprogramowanie, pakiet rozwiązań, narzędzia (oprogramowanie narzędziowe) do tworzenia systemu będącego przedmiotem zamówienia, a nie sam system za pomocą nich tworzony. W taki sposób producent SAP POLSKA opisuje - przykładowo - najczęściej swój produkt na własnej stronie internetowej: „SAP ERP to pakiet oprogramowania, który w ramach podstawowej licencji zawiera pełne spektrum rozwiązań informatycznych, a więc zarówno system transakcyjny (SAP R/3 lub SAP ECC), gdzie przeprowadzane są wszystkie operacje, jak i hurtownię danych, portal, obsługę urządzeń mobilnych (palmtopy, terminale radiowe) oraz narzędzia integracyjne i programistyczne (ABAP, JAVA). Rozwiązanie oparte jest o platformę technologiczną SAP NetWeaver.

Oprogramowanie SAP ERP może być stosowane jako podstawowe oprogramowanie biznesowe w dużych i średnich organizacjach wszystkich branż i sektorów.

Pełny obraz możliwości oprogramowania ERP SAP zawiera mapa rozwiązań (ang.).

Rozwiązanie SAP ERP otrzymało rekomendację Stowarzyszenia Księgowych w Polsce oraz certyfikat klasy A wydany przez Polskie Stowarzyszenie Zarządzania Kadrami.

SAP jako standard

Wybór rozwiązania **SAP ERP** jako standardu informatyzacji organizacji oznacza: pracę na najczęściej wykorzystywanej na świecie informatycznej platformie biznesowej (...)

<http://www.sap.com/poland/solutions/business-suite/erp/index.epx>.

W ocenie Izby powyższe nie stoi w sprzeczności z możliwością nazwania SAP ERP (i innych rozwiązań pakietowych) systemem – sama nazwa nie ma takiego znaczenia, jak obiekt, który jest nim opisywany – tymczasem wyrażenie „oferowany system”, jak wynika z uzasadnienia powyżej, nie posiadało – na potrzeby niniejszego postępowania - przypisanego przez Zamawiającego desygnatu.

Zamawiający na rozprawie, zapytany przez Izbę o definicję systemu, i co to jest SAP ERP i SAP HR, nie potrafił udzielić zadowalającej odpowiedzi. Jak na wstępie wskazano w uzasadnieniu, pojęcie „system” jest pojęciem bardzo szerokim, nawet gdyby przyjąć, że jest to system „informatyczny”, to nie wniosłoby to żadnej nowej treści do znaczenia opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. „System informatyczny – jest

to *zbiór* powiązanych ze sobą elementów, którego funkcją jest *przetwarzanie danych* przy użyciu *techniki komputerowej*. Na systemy informatyczne składają się obecnie takie elementy jak:

13

sprzęt – obecnie głównie *komputery*, oraz
urządzenia służące do przechowywania danych
urządzenia służące do komunikacji między sprzętowymi elementami systemu
urządzenia służące do komunikacji między ludźmi a komputerami
urządzenia służące do odbierania danych ze świata zewnętrznego – nie od ludzi (na przykład czujniki elektroniczne, kamery, skanery)
urządzenia służące do wywierania wpływu przez systemy informatyczne na świat zewnętrzny – elementy wykonawcze (na przykład silniki sterowane komputerowo, roboty przemysłowe, podłączony do komputera ekspres do kawy, sterowniki urządzeń mechanicznych)

urządzenia służące do przetwarzania danych niebędące komputerami

oprogramowanie

zasoby osobowe – ludzie

elementy organizacyjne – czyli procedury (procedury organizacyjne – termin z zarządzania) korzystania z systemu informatycznego, instrukcje robocze itp.

elementy informacyjne; bazy wiedzy – ontologie dziedziny/dziedzin, w których używany jest system informatyczny – na przykład podręcznik księgowania w wypadku systemu finansowo-księgowego” http://pl.wikipedia.org/wiki/System_informatyczny.

W konsekwencji, określenie systemu jako „informatyczny” również w tym przypadku w żaden sposób nie precyzowałoby wymogów Zamawiającego. Zamawiający bowiem nie wyartykułował swojego wymogu, w jaki sposób (za pomocą jakich elementów, rozwiązań programistycznych) ma być wykonany „wdrożony” system, który ma być zgodny z „oferowanym”. Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wskazał żadnych podstaw w ogłoszeniu, SIWZ i w odpowiedziach na zadane pytania, aby obecnie domagać się wykazania się wdrożeniem systemu wykonanego za pomocą pakietu, narzędzi, oprogramowania „SIMPLUS”, jeżeli wykonawca oferuje wykonanie systemu, będącego przedmiotem zamówienia, za jego pomocą.

W konsekwencji trudno znaleźć uzasadnienie, dlaczego Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy wykażą się wdrożeniem systemu wykonanego za pomocą takiego oprogramowania narzędziowego, jakim zamierzają wykonać oferowany system, skoro taki wymóg nie znalazł się ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający nie miał podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w sposób opisany w wezwaniu z dnia 20 czerwca br., i dlatego orzeczono jak w sentencji.

14

Izba, wobec treści art. 192 ust. 3 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, który pozwala Izbie „nakazanie unieważnienia czynności” Zamawiającego (Odwołujący wnosil o „nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności”), zdecydowała się w sentencji nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych z dnia 20 czerwca 2012 r.

Ponieważ to Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zgodności oferty z treścią SIWZ (a taka ocena na dzień orzekania jeszcze nie została dokonana), niniejsze orzeczenie nie przesądza, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a jedynie, że wzywanie go do uzupełnienia dokumentów w zakresie takim, jak w piśmie z dnia 20 czerwca br. nie było uzasadnione.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....