

Sygn. akt: KIO/2123/10

WYROK

z dnia 14 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 30 września 2010 roku przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice oraz COIG-Software Sp. z o.o., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Gminę Bogatynia, ul. Daszyńskiego 1, 59-920 Bogatynia**

przy udziale Wykonawcy: **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice oraz COIG-Software Sp. z o.o., ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „System elektronicznych usług publicznych w Bogatyni – Wrota Bogatyni” zostało wszczęte w dniu 29 maja 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej. W miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego ogłoszenie to zostało zamieszczone w dniu 31 maja 2010 r. W dniu 26 czerwca 2010 r. powołane ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w wyniku czego ukazało się ono w dniu 29 czerwca 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 103-156470).

W dniu 20 września 2010 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr 2.

W dniu 30 września 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. oraz COIG-Software Sp. z o.o., zwanych dalej łącznie Odwołującym.

W dniu 4 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez Sygnity S.A., zwaną dalej Przystępującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania.

Stanowisko Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. oraz COIG-Software Sp. z o.o.:

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez dokonanie

wyboru jako najkorzystniejszej w Pakiecie nr 2 oferty złożonej przez Sygnity S.A. podczas gdy powinien on wykluczyć tego Wykonawcę, ponieważ nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, a złożoną przez niego ofertę odrzucić, ponieważ jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Uwzględniając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w pkt 9.2.1 SIWZ określił w odniesieniu do Pakietu nr 2 wymóg, aby Wykonawca wykazał wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień polegających na dostawie i wdrożeniu systemu autorstwa Wykonawcy, którego elementem było oprogramowanie aplikacyjne będące przedmiotem oferty wykonawcy porównywalne z przedmiotem zamówienia przynajmniej w zakresie Systemu Obiegu Dokumentów SEOD oraz elektronicznej skrzynki podawczej dla co najmniej 120 użytkowników, gdzie wartość projektu wynosiła co najmniej 500 tys. PLN każda.

W ocenie Odwołującego, z powołanego zapisu SIWZ wynika, że Wykonawca zobowiązany był wykazać zamówienia, które kumulatywnie posiadały następujące cechy:

- zostały wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,
- polegały na dostawie i wdrożeniu systemu autorstwa Wykonawcy, którego elementem było oprogramowanie aplikacyjne będące przedmiotem oferty porównywalne z przedmiotem zamówienia przynajmniej w zakresie Systemu Obiegu Dokumentów SEOD oraz elektronicznej skrzynki podawczej – w tym zakresie Odwołujący wykazywał, że każdy z elementów wykazywanego systemu, każde oprogramowanie aplikacyjne, powinno być autorstwa Wykonawcy. Podkreślał także, iż system, jako taki, nie został zdefiniowany w SIWZ. Wskazany jest jedynie zbiór aplikacji, które mogą działać niezależnie od siebie, a przetwarzają jedynie te same informacje, niezależnie od siebie.
- dostawa i wdrożenie musiało obejmować co najmniej 120 użytkowników, gdzie wartość projektu wynosiła co najmniej 500 tys. PLN każda.

W ocenie Odwołującego, treść warunku określonego w pkt 9.2.1 SIWZ spowodowała, iż część wykonawców zrezygnowała ze złożenia oferty w tym postępowaniu, a zmiana interpretacji postanowień SIWZ, narusza zasadę równego traktowania. W ocenie Odwołującego, zmiana takiej interpretacji nastąpiła dopiero w trakcie oceny ofert, w wyniku złożenia wyjaśnień przez Przystępującego.

Odwołujący podnosił, iż żadna z dwóch wykazanych przez Przystępującego prac nie spełniała minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego.

Wskazywał on, iż w przypadku zamówienia zrealizowanego dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko-Mazurskiego, dostarczany w jego ramach System Elektronicznego Obiegu Dokumentów, ani nie był autorstwa wykonawcy Sygnity S.A., ani też nie jest oprogramowaniem aplikacyjnym będącym przedmiotem oferty. Podnosił, iż z treści oferty złożonej przez Przystępującego w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Warmińsko-Mazurskiego wynikało, że dostawę i wdrożenie systemu obiegu dokumentów powierzył on firmie R-DATA Sp. z o. o. na zasadzie podwykonawstwa, a przedsiębiorca ten posiada prawa autorskie do tego programu. Odwołujący wskazywał również, że Przystępujący zaoferował Zamawiającemu inny system, niż ten który był wdrażany w ramach realizacji zamówienia dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko-Mazurskiego.

Analogiczne zarzuty Odwołujący podnosił w odniesieniu do drugiej wykazanej przez Przystępującego pracy, wykonanej na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający w części II SIWZ, dla Pakietu nr 2, w pkt. 2.3 - *Ogólne wymagania stawiane wobec zamawianego oprogramowania aplikacyjnego* w pkt 2) wymagał, aby oprogramowanie aplikacyjne działało w technologii trójwarstwowej, tzn. wykorzystywało w zakresie wszystkich oferowanych funkcji pracę poprzez graficzne przeglądarki internetowe pochodzące od minimum dwóch różnych producentów.

Odwołujący podnosił, że oprogramowanie zaoferowane przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu, co najmniej w zakresie systemu obiegu dokumentów nie spełniało powołanego warunku. Nie umożliwia ono, bowiem w ogóle pracy w przeglądarce internetowej. Wyjaśniał przy tym, że opierał te zarzuty na podstawie ogólnie dostępnej wiedzy z rynku informatycznego. Podnosił, iż jedynym systemem autorstwa Sygnity S.A. jest system E-dok, który skonstruowany jest w architekturze dwuwarstwowej, a zatem innej, niż wymagana przez Zamawiającego.

Stanowisko Zamawiającego – Gminy Bogatynia:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. oraz COIG-Software Sp. z o.o. na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Wyjaśniał, iż w jego ocenie, Wykonawca miał być autorem systemu w świetle warunku określonego w SIWZ, nie jest jednak konieczne, aby był autorem każdego z elementów składającego się na ten system. Odnosząc się do treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 5 sierpnia 2010 r., które skierował on do Przystępującego, wykazywał, iż zostało ono sformułowane w sposób niefortunny, a jego zamiarem było wezwanie Sygnity S.A. do wskazania w sposób wyraźny, iż jest ona autorem systemu, którego dostawę potwierdzają złożone wraz z ofertą dokumenty.

Podnosił, iż dostarczona próbka wraz z ofertą Sygnity S.A. zawierała oprogramowanie aplikacyjne w zakresie wymaganym przez Zamawiającego i umożliwiała ona pracę w systemie przez przeglądarkę internetową, wobec czego Zamawiający uznał, iż oferta złożona przez Przystępującego odpowiada treści SIWZ.

Stanowisko Przystępującego – Sygnity S.A.:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. oraz COIG-Software Sp. z o.o. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą.

Wnosił on o oddalenie odwołania.

Podnosił on, iż Odwołujący dokonał nadinterpretacji postanowień pkt 9.2.1 SIWZ. W jego ocenie to system, którego dostawę wykazywał on na potwierdzenie spełniania warunku, miał być jego autorstwa, a nie poszczególne składające się na niego oprogramowania aplikacyjne. Wskazywał on, że aspekt własnościowy odnoszący się do elementów systemu nie miał znaczenia. W jego ocenie istotą postawionego warunku było potwierdzenie doświadczenia w realizacji odpowiedniego rodzaju usługi, a nie potwierdzenia podstawy prawnej dysponowania danym elementem systemu. W takim zaś wypadku bezsporne jest, iż wykonawca, który realizuje zadanie przy udziale

podwykonawców, nabywa doświadczenie, co do całości zrealizowanego przedmiotu zamówienia. Tak też było w przypadku wykazanych przez niego prac. Przystępujący nabył doświadczenie w zakresie realizacji całego zamówienia, pomimo faktu, że co do części zamówienia, powierzył wykonanie zadania podwykonawcom. Wskazywał on również, iż powyższe wątpliwości były przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego, z którymi zwrócił się on do Przystępującego. W piśmie z dnia 10 sierpnia 2010 r. Przystępujący wyjaśnił i podkreślił fakt, że ani w ogłoszeniu ani w SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby Wykonawca był autorem oprogramowania aplikacyjnego. Zamawiający zaakceptował powołane wyjaśnienia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących treści oferty złożonej przez Przystępującego, podnosił on, iż Odwołujący nie mógł zapoznać się z oferowanym przez niego rozwiązaniem, albowiem część oferty zawierająca niezbędne dla takiej oceny informacje stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogła być znana Odwołującemu. W części jawnej oferty brak jest informacji technicznych dotyczących oferty Przystępującego, w związku z tym brak jest jakichkolwiek podstaw dowodowych, na bazie których Odwołujący mógłby ocenić spełnienie przez oferowany przez Przystępującego system wymogów SIWZ. Tym samym, w ocenie Przystępującego, zarzut Odwołującego opiera się wyłącznie na hipotezie i niczym nieuzasadnionych domysłach. W rzeczywistości, bowiem, oferowane rozwiązanie spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył możliwość wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym również ofertę złożoną przez Przystępującego.

Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego przez Odwołującego dowodu z załączonej do oferty złożonej przez Sygnity S.A. próbki systemu oraz dowodu z opinii biegłego. Jak ustaliła Izba, w treści punktu 3.2.2.1 SIWZ Zamawiający postanowił, iż próbka powinna być przygotowana w formie maszyny wirtualnej, zawierającej serwer bazy danych, aplikacji umożliwiającej pracę w systemie przez przeglądarkę internetową, w którym to zapisie mowa wyraźnie o jednej przeglądarce, co w zestawieniu z postanowieniami części II pkt 2.3.2 SIWZ, gdzie mowa o minimum dwóch różnych przeglądarkach internetowych powoduje to, iż powołany zapis 3.2.2.1 SIWZ nie odzwierciedla w sposób prawidłowy warunku określonego w części II pkt 2.3.2 SIWZ. Tym samym w ocenie Izby, Zamawiający formułując zakres funkcjonalności, który potwierdzać ma przedstawiona przez Wykonawców próbka, zawęził je w porównaniu z wymaganiami stawianymi oferowanemu systemowi. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż powołane wnioski dowodowe zostały powołanej jedynie dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie analizy postanowień SIWZ, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 9.2.1 SIWZ określił w odniesieniu do Pakietu nr 2 wymóg, aby Wykonawca wykazał wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień polegających na dostawie i wdrożeniu systemu autorstwa Wykonawcy, którego elementem było oprogramowanie aplikacyjne będące przedmiotem oferty wykonawcy porównywalne z przedmiotem zamówienia przynajmniej w zakresie Systemu Obiegu Dokumentów SEOD oraz elektronicznej skrzynki podawczej dla co najmniej 120 użytkowników, gdzie wartość projektu wynosiła co najmniej 500 tys. PLN każda.

Analiza powołanych zapisów SIWZ, w ocenie Izby, uzasadnia twierdzenie, iż ich interpretacja dokonana przez Odwołującego, nie znajduje oparcia w ich literalnym brzmieniu. Izba uznała, iż Wykonawca zobowiązany był wykazać, iż wykonał dwa zamówienia, które swoim przedmiotem obejmowały dostawę i wdrożenie systemu, którego elementami (przedmiotem oferty na wykonanie wykazywanych prac) było oprogramowanie aplikacyjne, które jest porównywalne z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby

z powołanych zapisów nie można wywodzić, iż Wykonawca miał wykazać się realizacją dostawy, której przedmiotem było oprogramowanie aplikacyjne oferowane przez Wykonawcę Zamawiającemu. W takim przypadku niepotrzebnym byłoby dookreślanie, co Wykonawca powinien rozumieć przez oprogramowanie porównywalne z przedmiotem zamówienia, co zostało przez Zamawiającego dokładnie sprecyzowane.

Izba uznała także za zasadne twierdzenia Przystępującego, w zakresie, w jakim wykazywał on, iż aspekt własnościowy odnoszący się do elementów systemu nie miał znaczenia, oraz że istotą tak postawionego warunku było potwierdzenie doświadczenia w realizacji odpowiedniego rodzaju usługi, a nie potwierdzenia podstawy prawnej dysponowania danym elementem systemu, którego wykonanie Wykonawca wykazywał. Zaś przez samo pojęcie autorstwa należy rozumieć jedynie kompilację różnych oprogramowań aplikacyjnych w jednej ofercie, a następnie ich wdrożenie w ramach wykazywanej pracy.

Inna interpretacja, w ocenie Izby, przeczyłaby literalnemu brzmieniu powołanego zapisu SIWZ i powodowałaby, iż warunek rozumiany, w sposób który postulował Odwołujący, byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Takiej wykładni tych postanowień SIWZ nie mogło zmienić nawet błędne sformułowanie treści wezwania do wyjaśnień skierowanego do Przystępującego.

Odnosząc się do wykazania różnicy między zakresem pojęciowym wyrażen system i oprogramowanie aplikacyjne w kontekście zapisów SIWZ oraz ich ewentualnego ujęcia w tychże zapisach, Izba uznała, iż już poprzez samą nazwę zadania Zamawiający wskazał to, że systemem jest wszystko to, co zgodnie ze szczegółowymi postanowieniami SIWZ składa się na przedmiot zamówienia, w szczególności różne oprogramowanie aplikacyjne. Dlatego też za niezasadne Izba uznała twierdzenia Odwołującego, iż w żadnym z postanowień SIWZ nie zostało sprecyzowane co należy rozumieć przez system.

Izba uznała również, iż Odwołujący w sposób nieuprawniony przekłada opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na określenie przedmiotu zamówienia i jego szczegółowy opis. Nie wskazał on bowiem żadnego z zapisów opisu przedmiotu zamówienia, z którego wynikałoby, że Wykonawca składający ofertę miał być autorem każdego z oferowanych przez siebie oprogramowań aplikacyjnych. Wniosków takich nie można bowiem wywodzić jedynie z nieprawidłowej interpretacji postanowień pkt 9.2.1 SIWZ dokonanej przez Odwołującego.

Mając na celu rozstrzygnięcie o zasadności zarzutów odnoszących się do treści oferty i jej niezgodności z treścią SIWZ, Izba ustaliła, że Zamawiający w części II SIWZ, dla Pakietu

nr 2, w pkt. 2.3 - *Ogólne wymagania stawiane wobec zamawianego oprogramowania aplikacyjnego* w pkt 2) wymagał, aby oprogramowanie aplikacyjne działało w technologii trójwarstwowej, tzn. wykorzystywało w zakresie wszystkich oferowanych funkcji pracę poprzez graficzne przeglądarki internetowe pochodzące od minimum dwóch różnych producentów.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że oferowane przez Przystępującego oprogramowanie aplikacyjne nie spełnia powołanego wymogu SIWZ. Swoje twierdzenia oparł jedynie na powoływanym wcześniej, a przyjętym przez siebie, założeniu, że oferowane przez Wykonawców oprogramowanie aplikacyjne musi być autorstwa tych Wykonawców oraz własnych hipotez, że oferowane przez Przystępującego oprogramowanie nie spełnia wymogów SIWZ. Wobec uznania powołanego założenia za błędne i niemające oparcia w postanowieniach SIWZ oraz nieuwodnienia przez Odwołującego formułowanych przez niego twierdzeń, Izba uznała także te zarzuty za bezzasadne.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:

.....