

Kraków, dnia 15 kwietnia 2013 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17 A

02 – 676 Warszawa

**Zamawiający:**

Województwo Świętokrzyskie

– Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego

al. IX Wieków Kielc 3

25 – 516 Kielce

wraz z jednostkami samorządu terytorialnego województwa świętokrzyskiego

E-mail: [marzena.adamczyk@sejmik.kielce.pl](mailto:marzena.adamczyk@sejmik.kielce.pl)

Faks: +48 413445723

**Odwołujący:**

R-Data Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

31-982 Kraków, al. Jana Pawła II nr 190,

KRS 0000259042, nr NIP: 677-226-89-70, nr REGON: 120255750,

e-mail: [biuro@r-data.pl](mailto:biuro@r-data.pl)

Faks: + 48 12 37 04 441

*Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Pakiety oprogramowania dla baz danych i operacyjne”*

*Nr ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2013/S 066-110441, dnia 04.04.2013r. - Zakup i wdrożenie Systemów Dziedziny (SD) i Elektronicznego Obiegu Dokumentów (EOD) wraz z dostawą sprzętu komputerowego, w ramach projektu „e-świętokrzyskie Rozbudowa Infrastruktury Informatycznej JST”*

*Znak postępowania: DOA.III.272.1.22.2013.*

 1

## ODWOŁANIE

Niniejszym, na podstawie art. 180 ust. 1, art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) dalej ustawa pzp, Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp na „Zakup i wdrożenie Systemów Dziedzicowych (SD) i Elektronicznego Obiegu Dokumentów (EOD) wraz z dostawą sprzętu komputerowego, w ramach projektu „e-świętokrzyskie Rozbudowa Infrastruktury Informatycznej JST”.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

- art. 22 ust. 4 ustawy pzp, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nierówno traktujący wykonawców, w szczególności poprzez niejednoznaczność i nieprecyzyjność opisu, pozwalającego na różnorodne interpretacje,
- art. 29 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz poprzez nie podanie dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a także nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzanie oferty, a tym samym nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ofert, tj. ustalenie kryteriów w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i nierówno traktujący wykonawców a wręcz umożliwiający wystąpienie w postępowaniu zmowy wykonawców;

żądając:

- zmiany opisu sposobu oceny spełniania warunków w sposób proporcjonalny do zamówienia, nieutrudniający uczciwej konkurencji i równo traktujący wykonawców, a to:
  - *modyfikację pkt. III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu (brak numeracji nie pozwala na dokładniejsze wskazanie) oraz Rozdziału V.1.A.1) I lit. a – e SIWZ i wskazanie:*

- I. minimum 2 zamówień o łącznej wartości min. 2 milionów zł brutto, obejmujących dostawę i wdrożenie systemu elektronicznego obiegu dokumentów i/lub systemu dziedzicznego - każde, zrealizowanych łącznie na rzecz, co najmniej 5 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych, łącznie dla co najmniej 500 użytkowników wewnętrznych, przy czym:
  - a) co najmniej jedno zamówienie zostało zrealizowane na rzecz, co najmniej 50 użytkowników wewnętrznych,
  - b) co najmniej jedno zamówienie miało wartość równą lub większą niż jeden milion PLN brutto.
- **zmianę treści pkt. III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu (brak numeracji nie pozwala na dokładniejsze wskazanie), modyfikację Rozdział V.1.A.2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia:**
  - a) Kierownik Projektu – 1 osoba, która:
    - Posiada minimum 3 letnie doświadczenie zawodowe w branży IT na stanowisku kierownika projektu,
    - Pełniła rolę kierownika projektu, w ca najmniej 1 zakończonym sukcesem (odebrany przez zamawiającego) projekcie informatycznym z zakresu budowy, integracji i wdrożenia systemu informatycznego, dla co najmniej 5 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych, o wartości, co najmniej jednego miliona PLN brutto,
    - Posiada znajomość metodyki Prince2 lub PMI lub innej równoważnej metodyki zarządzania projektami obejmującej następujące obszary zarządzania: zakres, czas, harmonogram, jakość, zasoby, ryzyka, problemy, potwierdzoną certyfikatem Prince2 lub PMP lub równoważnym.
  - b) Architekt rozwiązania – 1 osoba, która:
    - Posiada minimum 3 letnie doświadczenie zawodowe w branży IT,
    - Uczestniczyła w roli architekta rozwiązania, w co najmniej jednym zakończonym sukcesem (odebrany przez zamawiającego) projekcie informatycznym z zakresu integracji i wdrożenia systemu informatycznego, dla co najmniej 5 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych, o wartości, co najmniej jednego miliona PLN brutto,
  - c) Kierownik zespołu wdrożeniowego – 3 osób, gdzie każda z nich:
    - Posiada minimum 2 lata doświadczenia zawodowego w branży IT na stanowisku związanym z zarządzaniem zespołami wdrożeniowymi,

– Brała udział na stanowisku kierownika zespołu, w co najmniej 2 projektach obejmujących wdrożenie systemu dziedziny lub systemu obiegu dokumentów,

o **modyfikację załącznika nr 1f do SIWZ poprzez uzupełnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia o:**

- pełny opis struktur danych,
- dostępnych mechanizmów kopiowania tych danych,

w odniesieniu do systemów dziedziny Partnerów Projektu, których objmie migracja danych do nowego systemu, bądź zaniechał wykonania migracji tych danych w ramach omawianego projektu;

o **modyfikację załącznika nr 1b do SIWZ poprzez uzupełnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia o:**

- *usunięcie z listy banków podmiotów nimi nie będących*
- *wskazanie listy banków spółdzielczych, które obsługują Partnerów projektu;*

o **zmianę treści w Rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę zasad oceny ofert w taki sposób, by:**

wynik punktowy (W) pozbawiony był wad, które są wskazane poniżej w uzasadnieniu. Jedną z możliwych opcji modyfikacji w tym zakresie mogłoby być np. zastąpienie wielkości:  $C_{MIN}$ ,  $L_{MAX}$  i  $G_{MAX}$  stałymi niezależnymi od ceny i punktacji  $L_{OB}$  i  $G_{OB}$  wszystkich ofert, np.:

- wartością budżetu,
- maksymalną możliwą do uzyskania wartością w kryterium: warunki licencjonowania (L), a nie wartością stanowiącą max. spośród ważnych ofert,
- maksymalną możliwą do uzyskania wartością w kryterium warunki gwarancji i rękojmi (G), a nie wartością stanowiącą max. spośród ważnych ofert odpowiednio.

o **Zastąpienie w obu tabelach dot. Zasad przyznawania punktów w kryterium (L),** obecnego sformułowania: „... *jakikolwiek inne ograniczenie...*” enumeratywnym wyszczególnieniem przedmiotowych ograniczeń, celem usunięcia niejednoznaczności oceny ofert lub zaniechanie oceny ofert w kryterium: *Warunki licencjonowania (L)*. W tym drugim przypadku Zamawiający winien skorygować pozostałe wagi.

 4

- *W związku z niedookreśleniem, o którym mowa w dalszej części niniejszego odwołania, a związanym z wprowadzeniem niejednoznaczności poprzez zapis, iż wszystkie obliczenia wykonywane są z dokładnością do czterech miejsc po przecinku Zamawiający winien:*
  - *wykreślić ten zapis,*
  - *bądź określić kolejności wykonywania działań matematycznych, jeżeli wskutek istnienia zapisu o zaokrągłaniu obliczeń do czterech miejsc po przecinku i z zasad arytmetyki wynika możliwość pojawiania się niejednoznaczności.*

Naruszenie przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów czyni koniecznym i w pełni zasadnym wniesienie niniejszego odwołania. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy pzp poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Prawidłowe działanie Zamawiającego umożliwiłoby bowiem złożenie oferty w niniejszym postępowaniu Odwołującemu, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Jednocześnie brak wniesienia odwołania w terminie o którym mowa w art. 182 ustawy pzp skutkowałby niemożnością podnoszenia zarzutów zgłaszanych w niniejszym odwołaniu na późniejszym etapie postępowania. Zamawiający poprzez naruszenie wyżej wskazanych przepisów ustawy uniemożliwił Odwołującemu uzyskanie niniejszego zamówienia, a które to naruszenia mogą skutkować unieważnieniem postępowania, uchylając jednocześnie zasadzie równego traktowania wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienia oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2013 r. zamieścił ogłoszenie o zamówieniu. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Odwołanie jest zatem wniesione w terminie.

Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania zgodnie z art. 187 ust. 2 ustawy Pzp i Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.03.2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010 r., Nr 41, poz. 238).

 5

## UZASADNIENIE

Zamawiający, w dniu 4.04.2013 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup i wdrożenie Systemów Dziedziniowych (SD) i Elektronicznego Obiegu Dokumentów (EOD) wraz z dostawą sprzętu komputerowego, w ramach projektu „e-światokrzyskie Rozbudowa Infrastruktury Informatycznej JST”. Przedmiotem zamówienie nie jest więc budowa czy wykonanie systemów informatycznych (tak elektronicznego obiegu dokumentów jak i systemów dziedziniowych) lecz tylko ich dostawa i wdrożenie oraz dostawa sprzętu komputerowego oraz wykonanie migracji danych z istniejących systemów dziedziniowych do systemów dziedziniowych podlegających dostawie.

Zgodnie z wymogami Zamawiającego, o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy spełniający warunki o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, a to ci wykonawcy którzy wykonali:

- I. **zarzut dotyczący treści pkt. III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu (brak numeracji nie pozwala na dokładniejsze wskazanie), Rozdział V.1.A.1) I lit. a – e specyfikacji istotnych warunków zamówienia:**

*I. minimum 10, lecz nie więcej niż 20 zamówień (dostaw/usług) o łącznej wartości min. 10 milionów zł brutto, obejmujących w szczególności dostawę i wdrożenie systemu elektronicznego obiegu dokumentów i/lub systemu dziedziniowego - każde, zrealizowanych łącznie na rzecz co najmniej 30 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych (przy czym za jednostki organizacyjne zamawiający nie uznaje komórek organizacyjnych, działów, wydziałów itp. Danego podmiotu), łącznie dla co najmniej 1000 użytkowników wewnętrznych, przy czym:*

*a) co najmniej 5 zamówień, z których każde polegało na dostawie i wdrożeniu, tj. instalacji, konfiguracji, migracji danych i instruktażu, systemu dziedziniowego obejmującego co najmniej trzy z następujących obszarów: finanse-księgowość, budżet, środki trwałe, kadry, płace, oraz co najmniej trzy z następujących obszarów: ewidencja ludności, podatki, opłaty lokalne, nieruchomości, windykacja należności,*

*b) co najmniej 5 zamówień obejmowała dostawę i wdrożenie, tj. instalację, konfigurację i instruktaż elektronicznego obiegu dokumentów,*

*c) co najmniej jedno zamówienie zostało zrealizowane na rzecz co najmniej 10 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych,*

 6

d) co najmniej jedno zamówienie zostało zrealizowane na rzecz co najmniej 50 użytkowników wewnętrznych,

e) co najmniej jedno zamówienie miało wartość równą lub większą niż 5 milionów zł brutto.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż wymóg wykonania minimum 10 zamówień o łącznej wartości min. 10 milionów zł brutto jest wygórowany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ilość wymaganych zamówień w połączeniu ze szczególnymi warunkami jakie Zamawiający wskazał w literach od „a” do „e”, biorąc także pod uwagę, iż mogą to być zamówienia wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert znacząco ogranicza konkurencję.

W tym miejscu należy wskazać na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2011 r., sygn. akt KIO 1820/11 zgodnie z którym: „Zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiatu zamówienia nie uniemożliwiły wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty.”

Należy przypomnieć, iż w myśl art. 22 ust. 4 ustawy pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału dokonany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wymogu tego nie spełnia.

"Proporcjonalny" oznacza bowiem, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym Słowniku Języka Polskiego, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym.

W myśl dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, TSUE wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, wykonawca dostarczyć ma m.in. elektroniczny obieg dokumentów (w załączniku 1 g do specyfikacji wskazano liczbę 91), systemu dziedzinowe dla miast i gmin (w załączniku 1 g do specyfikacji wskazano liczbę 91) oraz oprogramowanie i sprzęt komputerowy dla 101 jednostek samorządu terytorialnego województwa świętokrzyskiego.

<sup>7</sup>

Żądanie więc legitymowania się przez wykonawcę wykonaniem 10 zamówień, których przedmiotem była dostawa elektronicznego obiegu dokumentów i systemów dziedzinowych jest wygórowana i nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Wykonawca ma bowiem wykonać jedną złożoną dostawę. Rękojmię należytej realizacji zamówienia da więc wykonawca legitymujący się wykonaniem jednej, dwóch czy nawet trzech zamówień polegających na realizacji dostaw dla kilkudziesięciu lokalizacji. Tym bardziej, iż Zamawiający wskazał na dostawy o dużej wartości kwotowej (łączna wartość min. 10 milionów zł brutto, a w literze „e” mowa jest o jednej dostawie o wartości równej lub większej niż 5 milionów złotych brutto).

*Zamawiający, określając opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, umożliwiając udział w postępowaniu każdemu wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 15.12.2011 r., sygn. akt X Ga 509/11). W niniejszym postępowaniu żadne obiektywne przesłanki nie pozwalają żądać od wykonawców wykonania, aż dziesięciu dostaw. Precyzując warunki udziału w postępowaniu, zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia - niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt III CA 88/09). Wykonawca który wykonał jedną, dwie lub nawet trzy dostawy posiada umiejętności wystarczające do dostarczenia elektronicznego obiegu dokumentów, systemów dziedzinowych i sprzętu komputerowego dla Zamawiającego.*

Nadto, w ślad za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, przypomnieć należy, że blankietowy charakter art. 22 ustawy pzp nie oznacza, że zamawiający ma całkowitą i niczym nieograniczoną swobodę w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu oraz żądaniu dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. W art. 7 ustawy, sformułowana została bowiem zasada, która nakłada na zamawiających obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zatem dyrektyw tego przepisu zamawiający jest zobowiązany przestrzegać na wszystkich etapach postępowania. W konsekwencji określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć na względzie przeciwstawne interesy: wykonawców przez brak dyskryminacji i poszanowanie uczciwej konkurencji oraz własny, w postaci dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy posiadają potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców spełnienia warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 28.09.2011 r., sygn. akt 1949/11, 1954/11).

8  




Żądając więc od wykonawców wykonania co najmniej 10 zamówień, Zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Dalej, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonany przez Zamawiającego jest przy tym niejednoznaczny i wprowadzający w błąd. Otóż bowiem Zamawiający wymaga by *minimum 10 lecz nie więcej niż 20 zamówień* wykonanych było na rzecz *co najmniej 30 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych* (przy czym za jednostki organizacyjne zamawiający nie uznaje komórek organizacyjnych, działów, wydziałów itp. danego podmiotu). Zamawiający nie wyjaśnia co należy rozumieć pod pojęciem „niezależnych podmiotów”, a przytoczona definicja „jednostek organizacyjnych” jest niepełna i niekonkretna. Zamawiający jedynie przykładowo wskazał, co nie uznaje za „jednostki organizacyjne” używając określenia „i tym podobne”. Z powyższego wynika więc wyraźnie, iż Zamawiający nie dokonał konkretyzacji sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu skutkiem czego ta konkretyzacja nastąpić musi na późniejszym etapie postępowania, tj. najprawdopodobniej na etapie badania i oceny ofert.

Wykonawcy zainteresowani udziałem w niniejszym postępowaniu, w tym Odwołujący, nie są więc w stanie zweryfikować spełniania przez siebie lub nie warunków udziału w postępowaniu, albowiem nie wiadomo jaką definicją dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu posługiwać się będzie Zamawiający. Tym samym Zamawiający nie dołożył należytej staranności w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a także naruszyła art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Co istotne, użyte przez Zamawiającego określenia wskazują, iż w istocie Zamawiający miał na myśli dostawę lub usługi wykonane na rzecz jednostek administracji publicznej. Niezmierną rzadkością bowiem na rynku zamówień prywatnych są kontrakty gdzie 30 funkcjonujących niezależnie podmiotów (np. 30 różnych banków, biur podróży, marketów) podpisuje jedną umowę – jedno zamówienie na dostawę oprogramowania czy to sprzętu komputerowego. Definicja wskazana przez Zamawiającego nie pozwala bowiem uznać za spełnienie wymagania jeśli wykonawca wykonał projekt, na rzecz np. Banku X, posiadającego np. 45 oddziałów, albowiem nie są to funkcjonujące niezależnie podmioty pomimo, iż wykonanie zamówienia o takiej skali potwierdza zdolność wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Tym samym warunek postawiony przez Zamawiającego dotyczy – wbrew literalnemu brzmieniu - tylko i wyłącznie jednostek administracji publicznej realizującej wspólnie projekt dofinansowany ze środków unijnych. Jak bowiem pokazuje praktyka, jedynie wspólne pozyskanie dofinansowania pozwala 30 funkcjonującym niezależnie podmiotom – np. 30 jednostkom samorządu terytorialnego – zawrzeć jedną umowę na dostawę czy to oprogramowania, czy też sprzętu komputerowego.

Abstrahując od powyższego odwołujący stoi na stanowisku, że już dostawa oprogramowania i sprzętu komputerowego nawet na rzecz jednego podmiotu ale o rozbudowanej strukturze, z lokalizacjami



(dział, oddział, wydział, filia – nazewnictwo dowolne) w odrębnych miejscowościach w liczbie np. 30 daje już rękojmię, iż wykonawca w ramach niniejszego zamówienia będzie w stanie dostarczyć i sprzęt i oprogramowanie do 101 jednostek samorządu terytorialnego.

Należy także zwrócić uwagę, iż Zamawiający wymaga, by zamówienia wykonane były na rzecz podmiotu lub jednostki organizacyjnej – przy czym definiując pojęcie jednostki organizacyjnej – tj. wskazując czego za jednostkę organizacyjną Zamawiający nie uzna użyto wyrażenia „danego podmiotu”. Skoro jednostka organizacyjna jest i podmiotem to rozróżnienie w opisie sposobu oceny spełniania warunków wprowadza wykonawców w błąd i utrudnia – o ile ogólne nie uniemożliwia - zachowanie zasad uczciwej konkurencji między wykonawcami. Dalej, pojęcie jednostka organizacyjna definiowane jest jako: Jednostka organizacyjna jest terminem ogólnym odnoszącym się do wszelkich całości składających się z ludzi oraz wyposażenia (np. środków technicznych, materiałowych, zasobów pieniężnych); całości te określane są przez celowe zachowanie się oraz przez techniczny podział pracy, który przyporządkowuje funkcje poszczególnym elementom tworzącym daną całość, jednostka organizacyjna to zbiór komórek organizacyjnych, którymi kieruje jeden zwierzchnik (Adam Stabryła, Jerzy Trzcieniecki (red.), Organizacja i zarządzanie. Zarys problematyki, Akademia Ekonomiczna w Krakowie, Kraków 1986).

Z powyższego wynika, iż jednostka organizacyjna jest zbiorem komórek organizacyjnych, a Zamawiający wyjaśnia, iż *nie uznaje za jednostki organizacyjne komórki organizacyjnych*.

Jak już wskazano, tak skonstruowane warunki zmuszają Zamawiającego do dokonania sobie tylko znanej wykładni i interpretacji na etapie oceny ofert, co na gruncie pzp należy uznać za niedopuszczalne..

Dokładna analiza wymagań postawionych przez Zamawiającego zmusza do postawienia pytania jaką to zdolność do wykonania zamówienia weryfikuje w niniejszym postępowaniu Zamawiający.

Nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia jest także warunek opisany w lit. „a”, o treści: *co najmniej 5 zamówień, z których każde polegało na dostawie i wdrażeniu, tj. instalacji, konfiguracji, migracji danych i instruktażu, systemu dziedziczonego obejmującego co najmniej trzy z następujących obszarów: finanse-księgowość, budżet, środki trwałe, kadry, płace, oraz co najmniej trzy z następujących obszarów: ewidencja ludności, podatki, opłaty lokalne, nieruchomości, windykacja należności*.

To, iż w ramach niniejszego zamówienia wykonawca dostarczać będzie systemy dziedziczone wskazane powyżej nie oznacza samo przez się, iż wcześniejsze zamówienia wymagać mają dostawy identycznych systemów dziedziczonych w dodatku połączonych w sposób wskazany przez Zamawiającego (tj. trzy systemy z pierwszej i drugiej grupy). Tak postawiony warunek ogranicza konkurencję i jest niczym nie uzasadniony, w szczególności nie daje rękojmi należytej realizacji zamówienia. Wykonawca bowiem, który dostarczał systemy dziedziczone ale w innym podziale

„grupowym” także będzie zdolny do realizacji niniejszego zamówienia. W tym miejscu wystarczy choćby przytoczyć orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1704/10 zgodnie z którym: *opis sposobu dokonania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp pozostaje proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jeżeli odnosi się do podstawowych elementów przedmiotu zamówienia, istotnych z punktu widzenia osiągnięcia celu przedsięwzięcia. Takich wymogów co do zasady nie spełnia wymaganie, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie legitymowali się w swoim dorobku doświadczeniem i wiedzą zarówno tożsamą jak cały przedmiot zamówienia, jak i odnoszącą się do detali zamówienia opisanych przez zamawiającego. (...) Określenie zaś wymagań minimalnych dla osiągnięcia celu – wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia oznacza, iż nie powinny być one odnoszone do całego zakresu zamówienia, a ponadto referencyjne usługi, czy dostawy w stosunku do parametrów mierzalnych np. ilości dostarczonych rzeczy, nie powinny być wyznaczane na identycznym poziomie świadczeń objętych przedmiotem zamówienia.*

Tym samym nadmiernie wygórowanym wymogiem, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i ograniczającym konkurencję jest żądanie wykonania:

- aż 10 zamówień,
- aż 10 zamówień (minimum), lecz nie więcej niż 20 zamówień (dostaw/usług) o łącznej wartości, aż 10 milionów zł brutto minimum. Wskazać bowiem należy, iż w studium wykonalności projektu (dostępne na stronie <http://www.sejmik.kielce.pl>) w zestawieniu kosztów projektu wskazano, iż zakup oprogramowania wraz ze sprzętem to wartość 14 949 335,46 zł. Tymczasem szacowana przez Zamawiającego wartość postępowania opiewa na kwotę 17 231 730,47 (wyciąg ze studium wykonalności w załączeniu). Żądanie więc legitymowania się zamówieniami o wartości aż 10 milionów złotych odpowiada wartości przyjętej dla dostawy oprogramowania i sprzętu w niniejszym postępowaniu.
- zamówień na rzecz co najmniej 30 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych,
- zamówień na rzecz co najmniej 30 funkcjonujących niezależnie jednostek organizacyjnych przy czym za jednostki organizacyjne zamawiający nie uznaje komórek organizacyjnych, działów, wydziałów itp. danego podmiotu.

II. **zarzut dotyczący treści pkt. III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu** (brak numeracji nie pozwala na dokładniejsze wskazanie), **Rozdział V.1.A.2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia:**

a) *Kierownik Projektu – 1 osoba, która:*

- *Posiada wykształcenie wyższe*
- *Posiada minimum 5 doświadczenia zawodowego w branży IT na stanowisku kierownika projektu,*
- *Pełniła rolę kierownika projektu, w co najmniej 1 zakończonym sukcesem (odebranych przez zamawiającego) projekcie informatycznym z zakresu budowy, integracji i wdrożenia systemu informatycznego, dla co najmniej 30 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych, przy czym za jednostki organizacyjne Zamawiający nie uznaje komórek organizacyjnych, działów, wydziałów itp., o wartości, co najmniej 10 milionów zł brutto,*
- *Posiada znajomość metodyki Prince2 lub PMI lub innej równoważnej metodyki zarządzania projektami obejmującej następujące obszary zarządzania: zakres, czas, harmonogram, jakość, zasoby, ryzyka, problemy, potwierdzoną certyfikatem Prince2 lub PMP lub równoważnym.*

W opinii Odwołującego opis powyższy narusza art. 22 ust. 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, w zakresie w którym:

- od Kierownika Projektu wymaga się posiadania wykształcenia wyższego – żaden akt prawny nie wymaga od Kierownika Projektu posiadania wykształcenia wyższego, w szczególności nie wiąże się ono z uzyskaniem uprawnień. Nawet sam Zamawiający nie wskazał czy chodzi o wykształcenie informatyczne, agroturystyczne czy np. wychowania fizycznego.
- od Kierownika Projektu wymaga się pełnienia tej roli w projekcie polegającym na budowie systemu informatycznego. Przedmiotem niniejszego postępowania nie jest budowa systemu, lecz jedynie jego dostawa i wdrożenie.

Poczynione powyżej uwagi w zakresie wymogu dotyczącego *30 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych* należy i tu powtórzyć.

Skoro przedmiotem jest dostawa i wdrożenie oprogramowania to należy uznać, iż Zamawiający żąda od wykonawcy cech będących poza zakresem niniejszego postępowania. Takie żądanie w sposób oczywisty narusza ustawę pzp.

b) *Architekt rozwiązania – 1 osoba, która:*

- *Posiada wykształcenie wyższe informatyczne,*
- *Posiada minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w branży IT,*
- *Uczestniczyła w roli architekta rozwiązania, w co najmniej jednym zakończonym sukcesem (odebranych przez zamawiającego) projekcie informatycznym z zakresu budowy, integracji i wdrożenia systemu informatycznego, dla co najmniej 30 funkcjonujących niezależnie*

*podmiotów lub jednostek organizacyjnych, przy czym za jednostki organizacyjne Zamawiający nie uznaje komórek organizacyjnych, działów, wydziałów itp. niezależnych organizacji, o wartości, co najmniej 2 milionów zł brutto,*

W opinii Odwołującego opis powyższy narusza art. 22 ust. 4 ustawy w związku z art. 7 sut. 1 ustawy pzp, w zakresie w którym:

- od Architekta rozwiązania wymaga się posiadania wykształcenia wyższego informatycznego – żaden akt prawny nie wymaga od Architekta rozwiązania posiadania wykształcenia wyższego informatycznego, w szczególności nie wiąże się ono z uzyskaniem uprawnień.
- od Architekta rozwiązania wymaga się uczestniczenia w projekcie polegającym na budowie systemu informatycznego. Przedmiotem niniejszego postępowania nie jest budowa systemu, lecz jedynie jego dostawa i wdrożenie.

Poczynione powyżej uwagi w zakresie wymogu dotyczącego *30 funkcjonujących niezależnie podmiotów lub jednostek organizacyjnych* należy i tu powtórzyć.

Skoro przedmiotem jest dostawa i wdrożenie oprogramowania to należy uznać, iż Zamawiający żąda od wykonawcy cech będących poza zakresem niniejszego postępowania. Takie żądanie w sposób oczywisty narusza ustawę pzp.

c) *Kierownik zespołu wdrażeniowego – 5 osób, gdzie każda z nich:*

- *Posiada wykształcenie wyższe,*
- *Posiada minimum 3 lata doświadczenia zawodowego w branży IT na stanowisku związanym z zarządzaniem projektami wdrożeniowymi lub zespołami wdrożeniowymi,*
- *Brała udział na stanowisku kierowniczym, w co najmniej 5 projektach obejmujących wdrożenie systemu dziedzinowego, o łącznej wartości, co najmniej 2 miliony zł brutto obejmujących wdrożenie zintegrowanego systemu dziedzinowego,*
- *Posiada znajomość metodyki Prince2 lub PMI lub innej równoważnej metodyki zarządzania projektami obejmującej następujące obszary zarządzania: zakres, czas, harmonogram, jakość, zasoby, ryzyka, problemy, potwierdzaną certyfikatem Prince2 lub PMP lub równoważnym,*

W opinii Odwołującego opis powyższy narusza art. 22 ust. 4 ustawy w związku z art. 7 sut. 1 ustawy pzp, w zakresie w którym:

- od Kierownika zespołu wdrażeniowego wymaga się posiadania wykształcenia wyższego – żaden akt prawny nie wymaga od Kierownika zespołu wdrażeniowego posiadania

wykształcenia wyższego, w szczególności nie wiąże się ono z uzyskaniem uprawnień. Nawet sam Zamawiający nie wskazał czy chodzi o wykształcenie informatyczne, agroturystyczne czy np. wychowania fizycznego.

Skoro przedmiotem jest dostawa i wdrożenie oprogramowania to należy uznać, iż Zamawiający żąda od wykonawcy cech będących poza zakresem niniejszego postępowania. Takie żądanie w sposób oczywisty narusza ustawę pzp.

Zamawiający wymaga także dysponowania specjalistami ds. wdrażania systemów dziedzinowych w obszarze finansowo – księgowym, kadrowo – płacowym, podatków, ewidencji, obiegu dokumentów. Od osób tych wymaga doświadczenia w zakresie wdrażania tych samych systemów dziedzinowych oraz udziału w projektach gdzie te same systemy były wdrażane. Co istotne Zamawiający nie dopuszcza łączeni którejkolwiek funkcji przez tą samą osobę.

W ten sposób zespół wykonawcy liczyć by miał aż 24 osób. Brak jakichkolwiek przesłanek organizacyjnych, logicznych i technicznych by np. specjalista ds. wdrażania systemów dziedzinowych w obszarze finansowo – księgowym nie mógł pełnić także funkcji specjalisty wdrażania systemów dziedzinowych w obszarze podatków. Tym bardziej, iż w każdej grupie specjalistów wymaga się występowanie 2 – 3 osób.

Wyjaśnić należy, iż wdrożenie to – w uproszczeniu - nauczenie kogoś wykonywania rutynowych czynności, rozpoczęcie stosowania czegoś w praktyce. W odniesieniu do branży informatycznej pojęcie tłumaczone jest jako: etap cyklu życia systemu, polegający na wprowadzeniu w życie. Nie ma więc żadnych przeszkód by np. specjalista ds. wdrażania systemów dziedzinowych w obszarze finansowo – księgowym pełnił funkcję specjalisty wdrażania systemów dziedzinowych w obszarze podatków – zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest jedynie wdrożenie systemu, a nie jego budowa.

Na etapie budowy systemu wymagana jest specjalistyczna wiedza z zakresu danej dziedziny. Wdrożenie jednak jest etapem gdzie utworzone i gotowe rozwiązanie jest implementowane w organizacji. W praktyce sprowadza się to do wgrania (instalacji) oprogramowania, konfiguracji ewentualnej migracji danych i przeszkolenia użytkowników o ile ich poziom wiedzy w zakresie użytkowania oprogramowania nie jest wystarczający. Widać więc wyraźnie, iż wymogi postawione przez Zamawiającego w tym zakresie są nadmiernie wygórowane i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

To wykonawca jako podmiot profesjonalnie prowadzący działalność gospodarczą dobiera sobie zespół ekspertów. Może go więc zbudować na osobach posiadających wąskie kompetencje np. specjalista ds. wdrażania systemów dziedzinowych w obszarze tylko i wyłącznie finansowo –

księgowym lub też na osobach posiadających wyższe kwalifikacje np. specjalista ds. wdrażania systemów dziedzinowych w obszarze finansowo – księgowym, podatkowym i ewidencyjnym.

Podkreślić przy tym należy, iż wdrożenie gotowego, przetestowanego i sprawdzonego systemu informatycznego (a zakup takiego jest przedmiotem niniejszego postępowania) nie różni się na tyle znacząco w obszarze finansowo – księgowym i podatkowym by uzasadniało to wymóg posiadania odrębnych specjalistów w dodatku w połączeniu z zakazem łączenia funkcji.

Specjalista ds. wdrożeń będzie także zdolny do wykonania zamówienia i wdrożenia systemu dziedzinowego z zakresu podatków nawet jeśli wcześniej wdrożył jedynie systemy finansowo – księgowe.

Reasumując, wymagania Zamawiającego postawione wobec osób zdolnych do wykonania zamówienia są nadmierne, wygórowane, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ograniczają uczciwą konkurencję, nadto ingerują w sferę zastrzeżoną dla wykonawcy związaną ze sposobem prowadzenia przedsiębiorstwa.

Nadto, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonany opis przedmiotu zamówienia, a to:

- III. **w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.**

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1f, pkt. 4.8.1) wskazał, iż *Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia migracji wszystkich danych, niezbędnych do produkcyjnego uruchomienia Systemu dziedzinowego. Da tej, migracji danych nie podlegają dane historyczne, tj. dane, które nie są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania Systemu dziedzinowego w aktualnym okresie rozliczeniowym (roku) oraz w aktualnie obowiązującym otoczeniu prawnym.*

Taki zapis wskazujący zakres migracji jako „niezbędny zakres” uniemożliwia dokonania szacunku czasochłonności, a co za tym idzie należyłą kalkulację ceny. Zakres zamówienia obejmuje 101 jednostek samorządu terytorialnego z różnymi bazami danych a także systemami różnych wykonawców. Konieczne jest więc rozpoznanie struktur i wykonanie oprogramowania do translacji danych.

Oczywistym jest, że bez dokumentacji technicznej struktur danych systemów, z których dane będą migrowane jeśli wziąć pod uwagę, iż migracja ma objąć „niezbędny zakres” wykonawcy nie są w

stanie dokonać prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej, a koszt takiej migracji biorąc pod uwagę liczbę jednostek, których dotyczy może być liczony nawet w milionach złotych.

Problem jest o tyle istotny, iż spowodować może wręcz niewykonanie zamówienia w tym zakresie lub tak duże opóźnienia, że realizacja umowy w tym i Projekcie będzie zagrożona.

Uprzywilejowani w tym wypadku będą wykonawcy, którzy dostarczali wskazane systemy dziedzinowe lub też znają „niezbędny zakres” migracji. Ta sytuacja rodzi domniemanie o uprzywilejowanej pozycji jednego z potencjalnych wykonawców. Zamawiający, świadom takiej sytuacji powinien być rzetelnie przekazać w SIWZ opis przedmiotu zamówienia tak, by wszyscy wykonawcy także w tym postępowaniu byli równo traktowani. Użycie zapisu „w niezbędnym zakresie” w opisanej sytuacji jest niedopuszczalne i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Oprócz wskazania rozumienia pojęcia „niezbędny zakres” Zamawiający winien uzupełnić dokumentację przetargową, tj. opis przedmiotu zamówienia o:

- opis struktur danych,
- dostępnych mechanizmów kopiowania tych danych,

w odniesieniu do systemów dziedzinowych Partnerów Projektu, których obejmie migracja danych do nowego systemu bądź Zamawiający winien zaniechać wykonania migracji tych danych w ramach omawianego projektu.

Bez tych danych i w takim kształcie opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty a także jest dokonany w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji. Tym samym Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Należy zauważyć, że sam Zamawiający w załączniku 1f do SIWZ, w pkt. 4.8.1 pkt. 3, mając świadomość istotności powyższych informacji napisał: „*Specyfikację danych podlegających migracji do Systemu dziedzinowego zawarto w SIWZ*”; **niemniej jednak tych informacji nie zamieścił w SIWZ.**

Nie można uznać za wystarczające i kompletne informacje zawarte w załączniku 1b/ do SIWZ, gdzie Zamawiający opisał wymagania w zakresie aplikacji dziedzinowych, które będą przedmiotem dostawy, ale nie wskazał informacji odnośnie struktur danych istniejących u Partnerów projektu systemów dziedzinowych, z których migracja danych ma być dokonana. Samo wymienienie w załączniku 1j/ do SIWZ, producentów używanych w chwili obecnej przez Partnerów systemów jest daleko niewystarczające do prawidłowej oceny zakresu prac, jak też ich wielkości, a tym samym prawidłowego oszacowania wartości oferty, gdyż informacja o strukturach danych, jak i metodach komunikacji nie jest informacją publiczną, a wręcz odwrotnie często stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i ze względu na swoją wartość jest szczególnie chroniona przez dostawców.



Pomimo świadomości po stronie Zamawiającego, jak istotne są to dane i jak będą przydatne dla wykonawcy, co wynika z treści pkt. 4.8 pkt. 4/ załącznika 1f do SIWZ dane te nie znalazły się w SIWZ. Wobec powyższego w pełni uzasadnionym jest żądanie aby Zamawiający te informacje, o których wzmiankuje w pkt. 4.8. pkt. 4/ załącznika 1f do SIWZ, włączył do SIWZ jako niezbędne do prawidłowego oszacowania i wyceny zakresu prac.

Ponadto Zamawiający w pkt. SD.3.3.23 i SD.4.2.8 załącznika 1b do SIWZ wskazuje, iż *System musi mieć możliwość połączenia z systemem bankowym w zakresie generowania przelewów. Tworzenie plików o określonej strukturze obsługiwanej przez banki:*

- Bank Pocztowy (Elixir),
- Bank Pocztowy (Sybir, BP),
- BOŚ,
- Elixir BRE,
- Elixir,
- NetBANK,
- PKO BP (csv),
- PKO S.A,
- MULTICASH,
- Przelew KB,
- VideoTEL,
- BGŻ,
- Banki Spółdzielcze.

W zapisie tym Zamawiający mimo, iż listę podmiotów określa jako banki, wskazuje na niej instytucje bądź rozwiązania nie będące bankami. Jednocześnie wskazuje na banki spółdzielcze nie konkretyzując o jakie banki chodzi, a zapewne winien mieć świadomość, iż w Polsce funkcjonuje około 600 banków spółdzielczych. Wykonawca stoi na stanowisku, że Zamawiający winien wymagać w SIWZ możliwości współpracy tylko z bankami, które obsługują Partnerów projektu, w szczególności w świetle żądanej rękojmi i gwarancji.

Co istotne, również i przyjęte kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu nie zapewniają zachowania zasad uczciwej konkurencji, a wręcz umożliwiają i sprzyjają tzw. zmwom wykonawców.

**IV. w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez dokonanie opisu sposobu oceny ofert, tj. ustalenie kryteriów w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nierówno**

traktujący wykonawców a wręcz umożliwiającą wystąpienie w postępowaniu z umowy wykonawców.

Zgodnie z treścią pkt. XIII SIWZ, Zamawiający przyjął w niniejszym postępowaniu następujące kryteria oceny ofert:

- cena – 70 %
- warunki licencjonowania – 20 %
- warunki gwarancji i rękojmi – 10 %.

Nadto, w każdym przypadku ocena ofert jest uzależniona od wyników innych ofert albowiem Zamawiający bazuje na wzorach:

- w zakresie ceny:

$$C = \frac{C_{\text{MIN}}}{C_{\text{OB}}} \times 70 \text{ pkt gdzie } 1 \text{ pkt} = 1\%$$

gdzie:

**C** - liczba punktów badanej oferty w kryterium „cena”

**C<sub>MIN</sub>** - cena oferty (brutto) najniższa spośród wszystkich ofert

**C<sub>OB</sub>** - cena oferty (brutto) badanej oferty

- w zakresie warunków licencjonowania:

$$L = \frac{L_{\text{OB}}}{L_{\text{MAX}}} \times 20 \text{ pkt gdzie } 1 \text{ pkt} = 1\%$$

gdzie:

**L** – liczba punktów badanej oferty w kryterium „warunki licencjonowania”

**L<sub>MAX</sub>** – najwyższa spośród badanych ofert liczba punktów przyznanych za Warunki licencjonowania (łącznie za system SD i EOD)

**L<sub>OB</sub>** – liczba punktów przyznanych za Warunki licencjonowania w badanej ofercie na podstawie informacji określonych przez wykonawcę w Formularzu oferty (łącznie za system SD i EOD)

- w zakresie gwarancji i rękojmi:

$$G = \frac{G_{\text{OB}}}{G_{\text{MAX}}} \times 10 \text{ pkt gdzie } 1 \text{ pkt} = 1\%$$

gdzie:

**G** – liczba punktów badanej oferty w kryterium „warunki gwarancji i rękojmi”

**G<sub>MAX</sub>** – najwyższa spośród badanych ofert liczba punktów przyznanych za warunki gwarancji i rękojmi

**G<sub>0B</sub>** – liczba punktów przyznanych za warunki gwarancji i rękojmi badanej ofercie na podstawie informacji określonych przez wykonawcę w Formularzu oferty.

Zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.”

Naruszenie tego przepisu ustawy ma miejsce zawsze gdy we wzorze na *Wynik punktowy (W)* będący kryterium wylaniania wykonawcy oprócz jego zależności od ceny i punktacji oferty ocenianej pojawia się istotna zależność od ceny bądź punktacji innych ofert konkurujących z ofertą ocenianą. W orzecznictwie podkreśla się, iż kryteria oceny ofert muszą być obiektywne i eliminować subiektywizm w ocenie ofert. Obiektywna ocena ofert to nie tylko eliminacja subiektywnych wpływów ocenającego ale także odniesienie kryteriów oceny ofert tylko i wyłącznie do podmiotu/przedmiotu oceny.

Sytuacja bowiem, w której ocena oferty zależy od oceny pozostałych ofert w postępowaniu stoi w jawnej sprzeczności z podstawowymi zasadami zarówno Konstytucyjnymi jak i wynikającymi z ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa Prawo zamówień publicznych mówi bowiem wprost o „ocenie oferty”, „kryteriach oceny oferty” a nie o „ocenie oferty na tle innych ofert złożonych w postępowaniu”. Stan faktyczny oferty, a więc zobowiązanie wykonawcy wyrażone oświadczeniem woli, nie jest zależne od pozostałych ofert w postępowaniu tym samym nie może być przez ten pryzmat oceniane

Jako dowód poniżej przedstawiono symulację oceny ofert w postępowaniu. Należy jeszcze raz podkreślić, iż sposób oceny ofert przedstawiony przez Zamawiającego w specyfikacji i ogłoszeniu, wskutek istotnej zależności kryterium końcowego od ceny minimalnej, wyliczanej jako minimum cenowe wszystkich ważnych ofert, narusza przytoczoną na wstępie zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Przypuśćmy, że zostaną złożone trzy oferty (opisane rozumowanie dotyczy także dowolnej liczby ofert) np.

| Parametr | Wykonawca 1   | Wykonawca 2   | Wykonawca 3   |
|----------|---------------|---------------|---------------|
| C        | 17 000 000,00 | 14 000 000,00 | 10 000 000,00 |
| L        | 600           | 400           | 0             |
| G        | 120           | 80            | 0             |

*Wynik punktowy (W)* wobec takiej sytuacji przyjmie następujące wartości:

| Wykonawca 1 | Wykonawca 2 | Wykonawca 3 |
|-------------|-------------|-------------|
| 71,1765     | 70,0000     | 70,0000     |

Przy takiej punktacji i cenach poszczególnych ofert ofertę najkorzystniejszą złożył Wykonawca 1.

Wystarczy jednak, by cena Wykonawcy 3 wynosiła nie 10 mln lecz na przykład 12 mln, by punktacja uległa zasadniczej zmianie i wyglądała następująco:

| Wykonawca 1 | Wykonawca 2 | Wykonawca 3 |
|-------------|-------------|-------------|
| 79,4118     | 80,0000     | 70,0000     |

Jak widać wówczas ofertę najkorzystniejszą złożył wówczas Wykonawca 2.

Na powyższym przykładzie widać więc wyraźnie, iż

**Mimo, że oceny ofert Wykonawcy 1 oraz Wykonawcy 2 nie uległy zmianie to — w zależności od ceny zaofertowanej przez Wykonawcę 3 — „wygrywa” Wykonawca 1 lub Wykonawca 2.**


O końcowym *wyniku punktowym (W)* ustalającym, która z ofert złożonych w postępowaniu zostanie uznana za najkorzystniejszą, a zatem któremu z wykonawców zostanie udzielone zamówienie decydują nie tylko oferty wykonawców, które mają szansę na wygranie postępowania o zamówienie publiczne, ale cena oferty złożona przez innego wykonawcę (w opisanym przykładzie Wykonawcę 3) i to bez szans na wygranie postępowania. Ta obserwacja kłóci się z zasadami logiki i słusznym oczekiwaniem, że wynik końcowy ocenianej oferty powinien zależeć wyłącznie od jej zawartości, a w żadnym stopniu nie powinny mieć wpływu na tę ocenę oferty złożone przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Co gorsza — jeżeli po złożeniu przez Wykonawcę 3 oferty z ceną 10 mln („wygrywa” wówczas Wykonawca 1) Wykonawca 3 „wycofa”<sup>1</sup> swoją ofertę, to Zamawiający będzie musiał przeliczyć ponownie kryterium i okaże się, że wynik będzie taki:

| Wykonawca 1 | Wykonawca 2 | Wykonawca 3  |
|-------------|-------------|--------------|
| 87,6471     | 90,0000     | („wycofana”) |

<sup>1</sup> Przez „wycofanie” rozumie się tu takie działanie wykonawcy, które spowoduje wykluczenie z dalszej oceny danej oferty bez utraty wadium przez wykonawcę np. wskutek niewłaściwego uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego lub też nie udzielenie wyjaśnień zgodnie z żądaniem zamawiającego.

Co do zasady bowiem wycofać ofertę można do upływu terminu składania ofert. Później wykonawca „oficjalnie” oferty nie wycofa ale może nie dokonać jej konwalidacji – nie uzupełnić braków, nie udzielić wyjaśnień co powoduje konieczność odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy. Wystarczy też np. nie wyrazić zgody na przedłużenie ważności wadium.



### **Wówczas najkorzystniejszą ofertę złoży Wykonawca 2!**

Jak widać z przytoczonego przykładu Wykonawca 3 będzie miał **możliwość bezkarnego manipulowania wynikiem oceny ofert** w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne. Z punktu widzenia pozostałych Wykonawców (Wykonawcy 1 lub Wykonawcy 2) postępowanie niniejsze pozbawione jest atrybutu „uczciwej konkurencji” skoro o ostatecznym wyłonieniu wykonawcy zadecyduje interesowne bądź bezinteresowne „widzi-mi-się” ich konkurenta, który pozostaje bez szans na pozyskanie zamówienia publicznego i który albo podejmie decyzję o „wycofaniu” się albo nie.

Można argumentować, że taka manipulacja przy danym wzorze na kryterium końcowe i danym układzie punktacji złożonych w postępowaniu ofert nie zawsze jest możliwa. Niemniej ustawodawca zobligował Zamawiającego do „zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji(...)”.

Stwierdzenie „zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji” oznacza, że **Zamawiający ma bezwzględny obowiązek podjąć ze swej strony takie działania, które całkowicie uniemożliwiają działania prowadzące do czynów nieuczciwej konkurencji**. Tymczasem zamieszczając w ogłoszeniu o zamówienie publiczne wzór, który w tym wypadku Zamawiający zamieścił, pozostawia on możliwość manipulacji naruszającej uczciwą konkurencję — jak widać z przytoczonego powyżej przykładu.

Idąc dalej, Zamawiający narusza również zasadę *równego traktowania wykonawców*. Skutkiem wyboru przedmiotowego *wyniku punktowego (W)* doprowadził bowiem do sytuacji, w której Wykonawca 3 **otrzymał przywilej** jakim jest decydowanie na dowolnym etapie tego postępowania i po otwarciu ofert o kolejności ofert, a w konsekwencji o tym, która z nich będzie wybrana jako wygrywająca. Takiego przywileju nie będzie miał żaden z pozostałych Wykonawców. Każdy z nich może, co prawda, „wycofać” własną ofertę — czym jedynie uniemożliwi wybór jego własnej oferty — ale nie może decydować o kolejności ofert pozostałych Wykonawców (tj. ofert innych niż jego własna) i to w okresie po upływie terminu do złożenia oferty. Ta sytuacja stwarza dla Wykonawcy 3 również szansę wzbogacenie się poprzez możliwość „sprzedaży” swej unikalnej pozycji w tym postępowaniu któremuś z zainteresowanych wygranym postępowania konkurentów. Takiej szansy na „rynkowy obrót” owym przywilejem decydowania o wyborze oferty wygrywającej nie ma żaden z pozostałych wykonawców.

Reasumując: oznacza to, że Zamawiający zamieszczając sposób oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu umożliwił działania prowadzące do czynów nieuczciwej konkurencji i naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i to w sytuacji, gdy wszystkie środki uniemożliwiające takie działanie Zamawiającego były w jego wyłącznej dyspozycji — wystarczyłoby bowiem, by

Zamawiający nie zamieścił w specyfikacji i w ogłoszeniu wadliwej procedury wyliczania *wyniku punktowego (W)* jako kryterium wyłaniania wykonawcy. A skoro *umożliwił*, choćby nawet tylko potencjalnie, to już oznacza, że nie zapewnił a więc w konsekwencji naruszył art. 7. Ust 1. pzp.

Nadto, należy wskazać, iż choć Krajowa Izba Odwoławcza już wielokrotnie powtarzała, iż kryteria oceny ofert powinny być opisane przez zamawiającego w sposób precyzyjny i jednoznaczny tak aby możliwe było wykonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuścił się wieloznaczności i niedomówień opisując kryteria oceny ofert.

I tak zgodnie z opisem Zamawiającego 200 punktów otrzyma wykonawca który zaoferuje *Licencję uprawniającą do użytkowania oprogramowania w ramach całej organizacji Partnera (gminy, powiatu), nieposiadająca żadnych innych ograniczeń (np. co do liczby użytkowników, wolumenu danych, liczby procesorów itp.)*.

Pomijając użyte określenia „np.” i „itp.” a więc tworzenie katalogu otwartego, niedookreślonego dla przyznania 200 punktów Zamawiający stwierdza jednocześnie, iż punktów zero otrzyma ten wykonawca który zaoferuje *Licencję posiadającą jakiekolwiek inne ograniczenie w stosunku do warunków określonych w punkcie 1*.

Powstaje zatem pytanie jakie to są „jakiekolwiek inne ograniczenia w stosunku do warunków określonych w punkcie 1”. Umowa o korzystanie z utworu składa się z wielu postanowień – powstaje pytanie czy każde z nich może zostać uznane za „ograniczenie” ewentualnie, które będą za „ograniczenie” uznane, jakie kryterium Zamawiający przyjmie. Czy ocena w tym zakresie będzie dokonana na podstawie przedstawionych wraz z ofertą umów licencyjnych?

I kwestia podstawowa jakie warunki zostały określone w punkcie 1 skoro jak wyżej wskazano Zamawiający używa wyrażeń określeń: „np.” i „itp.”.

Porównanie ofert w tej sytuacji jest niemożliwe – jest to wada postępowania na tyle istotna, iż można mówić o podstawach do unieważnienia postępowania.

Kryteria oceny ofert nie tylko naruszają więc art. 7 ust. 1 ustawy pzp, ale także tworzą sytuację faktyczną, która uniemożliwia Zamawiającemu przeprowadzenie procedury oceny ofert.

Na powyższe nakładają się jeszcze i „warunki licencyjne” opisane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, co czyni dodatkowo nieczytelnym sposób oceny ofert w niniejszym postępowaniu.

Nie można także nie zauważyć, iż przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert mogą zmusić go do dzielenia przez zero, a więc wykonania operacji matematycznie niemożliwej. Może się bowiem okazać, iż zarówno w kryterium „Warunki licencjonowania” jak i w kryterium „Warunki gwarancji i

 22

rękojmi” każdy z oferentów proponuje „0”. W tym przypadku niemożliwym będzie wyliczenie wartości wyniku punktowego (W).

Idąc dalej, należy wskazać, iż kryteria oceny ofert zawierają jeszcze jeden błąd pozwalający na dowolną ocenę ofert w postępowaniu – a przynajmniej na dokonanie na podstawie tego samego wzoru dwóch operacji dających odmienny wynik.

I tak - zgodnie ze specyfikacją - *Wszystkie obliczenia będą dokonywane z dokładnością do czterech miejsc po przecinku* (pkt. 4 Rozdziału XIII specyfikacji). Użycie jednak wzoru (dla przykładu na kryterium cena):

$$C = \frac{C_{\text{MIN}}}{C_{\text{OB}}} \times 70$$

powoduje, iż obliczenia mogą być dokonywane w dowolnej kolejności: np. najpierw dzielenie a potem mnożenie lub najpierw mnożenie, a potem dzielenie.

Powyższe w połączeniu z przytoczonym zapisem (tj. *Wszystkie obliczenia będą dokonywane z dokładnością do czterech miejsc po przecinku*) powoduje, iż zasada łączności mnożenia nie zostanie zachowana. Powyższe ilustruje przykład:

Przy założeniu, iż  $C_{\text{OB}} = 17\,000\,000$ , a  $C_{\text{min}} = 14\,000\,000$

Otrzymujemy wynik:

$C_{\text{min}}/C_{\text{OB}} = 0,8235$  po zaokrągleniu do czterech cyfr po przecinku, a po przemnożeniu przez 70 pkt mamy więc:  $L = 57,6450$  (po zaokrągleniu do czterech cyfr).

Wykonując operację w innej kolejności Zamawiający otrzyma wynik:

$$C_{\text{min}} \times 70 \text{ pkt} = 980\,000\,000,0000$$

i dzieląc teraz przez  $C_{\text{OB}}$  mamy **57,6470** (po zaokrągleniu do czterech cyfr).

**Tym samym Zamawiający używając tego samego wzoru otrzyma odmienne wyniki!!!**

Zamawiający wprowadzając zapis „*Wszystkie obliczenia będą dokonywane z dokładnością do czterech miejsc po przecinku.*” powinien był dookreślić kolejność wykonywania działań mnożenia i dzielenia. W przeciwnym razie procedura oceny ofert obarczona będzie wadą skutkującą wręcz nieważnością.



Reasumując, z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust. 4 ustawy pzp, art. 7 ust. 1 ustawy pzp, art. 29 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, art. 7 ust. 1 ustawy pzp wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i zasadne.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- dowód uiszczenia opłaty od odwołania,
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
- dowód uiszczenia opłat skarbowych,
- odpis z rejestru KRS.

Grzegorz Szczygiński  
Pełnomocnik