

**Sygn. akt: KIO 2478/11**

**WYROK**  
**z dnia 29 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2011 r. przez wykonawcę SIMPLE S.A, 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51 w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, 30-084 Kraków, ul. Podchorążych 2

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie OPTeam S.A., 36-002 Jasionka, Tajecina 113, Partners In Progress Sp. z o.o., 35-242 Rzeszów, ul. Partyzantów 1A zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2478/11 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SIMPLE S.A, 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51 i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SIMPLE S.A, 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51 tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od wykonawcę SIMPLE S.A, 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51 na rzecz Uniwersytetu Pedagogicznego im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, 30-084 Kraków, ul. Podchorążych 2 kwotę **3 683 zł 98 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt trzy złotych, dziewięćdziesiąt osiem groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez zamawiającego – Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie na *dostawę i wdrożenie systemu informatycznego do obsługi procesu dydaktycznego oraz systemu uwierzytelniania i autoryzacji działającego w oparciu o karty elektroniczne wraz z dostawą niezbędnej infrastruktury technicznej* (numer postępowania 3/PO/SSK/2011), wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum w składzie OPTeam S.A. oraz Partners In Progress Sp. z o.o., wykonawca SIMPLE S.A., wniósł w dniu 18 listopada 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2478/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 18 listopada 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymanego faksem w dniu 9 listopada 2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw i usług.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, będących konsekwencją zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm OPTeam S.A. oraz Partners In Progress Sp. z o.o., pomimo, iż jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty konsorcjum OPTeam S.A. oraz Partners In Progress Sp. z o.o. i dokonanie wyboru oferty odwołującego się.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał na niezgodność oferty konsorcjum OPTeam S.A. i Partners In Progress Sp. z o.o. dotyczącą wymagania wykonania automatycznych mechanizmów integracyjnych z użytkowanym systemem klasy ERP obecnie funkcjonującym u zamawiającego w zakresie wymiany danych o studentach (16.25.1), wymiany danych o pracownikach (16.25.2), rozrachunków studentów (opłaty, stypendia, nagrody) (16.25.3), rozrachunków pracowników (wynagrodzenia za działalność związaną z dydaktyką) (16.25.4). W świetle przywołanego wymagania zamieszczonego w Szczegółowym opisie Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 3 do umowy, ust. 16), w procesie wdrażania systemu informatycznego niezbędne staje się wykonanie stosownych prac integracyjnych, tak, aby

dwa systemy, dotychczasowy (SIMPLE.ERP) i nowy (dziekanatowy), działały w sposób kompatybilny.

W zakresie wymiany danych o studentach, konieczne jest zdefiniowanie odpowiednich skryptów SQL, na podstawie których wstawiane są odpowiednie wpisy w tabelach repozytorium. Dla zabezpieczenia prawidłowej pracy systemu konieczne jest jego wykonanie przez przeszkolonego i certyfikowanego konsultanta uprawnionego przez Simple S.A. do ingerencji w bazę danych.

W zakresie wymiany danych o pracownikach konieczne jest odpowiednie przygotowanie danych w systemie SIMPLE.ERP wykonane przez przeszkolonego i certyfikowanego konsultanta uprawnionego do ingerencji w bazę danych oraz struktury tego systemu. Istotne jest to, żeby identyfikatory pracowników były zgodne w obu systemach, co ułatwi późniejszą obsługę danych płacowych.

W zakresie rozrachunków studentów (opłaty, stypendia, nagrody) konieczne jest uruchomienie mechanizmów ładujących i tworzących dekrety księgowe, do czego niezbędna jest wiedza w zakresie budowy planu kont uczelni i automatów księgujących. W celu przygotowania tych mechanizmów niezbędna jest wiedza o strukturze bazy danych oraz wykonanie przez przeszkolonego i certyfikowanego konsultanta uprawnionego przez Simple S.A. do ingerencji w bazę danych oraz struktury systemu SIMPLE.ERP, którą posiada wyłącznie odwołujący.

W zakresie rozrachunków pracowników dane z rozliczenia dydaktyki, będące podstawą do wypłacenia wynagrodzenia powinny być przygotowane w porozumieniu z konsultantem wdrażającym obszar kadrowo-płacowy uprawnionym przez Simple S.A. do ingerencji w bazę danych oraz struktury systemu SIMPLE.ERP.

W związku z powyższym, odwołujący stwierdził, iż wybrany przez zamawiającego wykonawca nie jest w stanie wykonać powyżej wymienionych prac samodzielnie, tzn. bez udziału firmy będącej twórcą oraz właścicielem autorskich praw majątkowych do użytkowanego systemu klasy ERP obecnie funkcjonującego u zamawiającego. Do dokonania bowiem prac integracyjnych niezbędna jest specyficzna wiedza o kodach źródłowych oraz bazach danych. Autorem i właścicielem praw autorskich oprogramowania SIMPLE.ERP, składającego się na system ERP jest odwołujący, który udzielił zamawiającemu jedynie licencji na korzystanie z niego, co zresztą zostało uregulowane umową licencyjną zawartą w dniu 26 kwietnia 2010 r., która nie uprawnia do: *podejmowania lub umożliwiania czynności mających na celu poznanie kodu źródłowego lub baz danych Oprogramowania poprzez jego wyświetlanie, obserwowanie i testowanie, w szczególności w celu poznania idei i zasad Oprogramowania, chyba że stanowi to element uprawnionych czynności niezbędnych w trakcie użytkowania Produktu*, a w świetle ppkt 5.2. nie uprawnia do *dekompilacji, odtwarzania, reprodukcji lub modyfikowania kodu źródłowego lub baz*

*danych oprogramowania w całości lub części.* Licencja końcowa jest niezbywalna i nie pozwala m.in. na sprzedaż, nieodpłatne odstępowanie czy udostępnianie produktu włącznie z dokumentacją na rzecz osób trzecich. Zapisy licencji prowadzi do wniosku, iż wyłącznie zamawiający (licencjobiorca) i to tylko na zasadzie wyjątku i w zakresie wskazanym w licencji, może podejmować działania, które miałyby na celu poznanie kodu źródłowego. Prace integracyjne będące m.in. przedmiotem niniejszego postępowania wymagają daleko idącej ingerencji w system, do którego, w zakresie niezbędnym dla integracji, ani zamawiający ani pozostali wykonawcy nie mają prawa. Wybrany wykonawca nie podjął żadnej próby nawiązania współpracy z właścicielem praw autorskich na etapie przygotowania oferty, co uniemożliwiało uwzględnienie w cenie oferty kosztów, jakie będzie musiał ponieść w celu wykonania prac integracyjnych. W świetle powyższego odwołujący uznał, iż wykonawca złożył ofertę, która nie odpowiada w pełnym zakresie zaproponowanemu przez zamawiającego przedmiotowi zamówienia.

Dokonując odniesienia do wartości przedmiotu zamówienia (5 150 679, 51 zł brutto), odwołujący uznała za zasadne podniesienie zarzutu rażąco niskiej ceny, co na co również wskazuje różnica ceny oferty wybranej (2 542 296,70 zł. brutto) do ofert pozostałych wykonawców – odwołującego się (3 321 000,00 zł brutto) i Sygnity S.A. (3 339 787,37 zł brutto). Według kalkulacji odwołującego, w cenie oferty wybranej nie został uwzględniony koszt wykonania przez odwołującego niezbędnych usług wchodzących w zakres prac integracyjnych, którego wysokość z pewnością przekracza 25% zaoferowanej ceny, co wskazuje na rażące niedoszacowanie ceny oferty.

Uwzględniając okoliczności towarzyszące naruszeniu przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 i 4 ustawy, odwołujący uzasadniał twierdzenie o naruszeniu przepisu art. 7 ust.1 i 3 ustawy, dokonując bowiem wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu zamawiający dopuścił się naruszenia zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r.

o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W toku posiedzenia niejawnego prowadzonego z udziałem stron Izba uznała, iż konsorcjum OPTeam S.A., Partners In Progress Sp. z o.o. (dalej zwane konsorcjum OPTeam) stało się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zgłaszając w terminie Prezesowi Izby przystąpienie do postępowania odwoławczego i przekazując jego kopię zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Stanowiło to o wypełnieniu przesłanek wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w których wskazuje się na obowiązek doręczenia przystąpienia w kwalifikowanej formie Prezesowi Izby oraz przesłania jego kopii stronom postępowania odwoławczego. Ustawodawca nie wprowadził obowiązku przesłania kopii przystąpienia przed upływem terminu do zgłoszenia przystąpienia, jak ma to miejsce w przypadku przesyłania kopii odwołania (art. 180 ust. 5 ustawy). Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego, dla skutecznego zgłoszenia przystąpienia nie ma znaczenie ustalenie, czy jego kopia została przesłana przed upływem 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, istotne jest jedynie stwierdzenie czy takie przesłanie nastąpiło. W okolicznościach towarzyszących zgłoszeniu przystąpienia przez konsorcjum OPTeam nie budziło wątpliwości, iż zarówno zamawiający jaki i odwołujący otrzymali kopie zgłoszenia przystąpienia, co czyniło zarzuty odwołującego w tym zakresie bezzasadnymi.

Dokonując merytorycznego rozpoznania odwołania, Izba ustaliła, iż zasadnicza część zarzutów, tj. dotyczących niezgodności treści oferty konsorcjum OPTeam z siwz, oparta została na stwierdzeniu konieczności zapewnienia udziału konsultanta uprawnionego przez Simple S.A. w realizacji zamówienia w zakresie wykonania automatycznych mechanizmów integracyjnych z użytkowanym przez zamawiającego systemem SIMPLE.ERP. Okoliczność ta miała mieć przesądzające znaczenie dla ustalenia, czy oferta konsorcjum OPTeam obejmowała całość przedmiotu zamówienia, a więc czy była zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba ustaliła, iż w siwz zamawiający nie zawarł żadnych wytycznych dotyczących konieczności uzyskania stosownego certyfikatu dla pracowników mających przeprowadzić integrację z systemem SIMPLE.ERP, a treść ogłoszenia w części dotyczącej opisu warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania nie była kwestionowana na wcześniejszym etapie postępowania. Analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, iż odwołujący stawiając zarzut niezgodności treści oferty OPTeam z siwz, faktycznie kwestionował zdolność tego wykonawcy do samodzielnego wykonania wskazanych prac z zakresu integracji z systemem OPTeam. W żadnym fragmencie uzasadnienia tego zarzutu odwołujący nie odnosił się do treści oferty i ewentualnych niezgodności w niej stwierdzonych i dotyczących zakresu świadczenia. W ocenie składu orzekającego, uzasadnienie zarzutu nie odnosiło się do przesłanek odrzucenia oferty, co

najwyżej mogło prowadzić do stwierdzenia braków dysponowania koniecznym do realizacji zamówienia potencjałem kadrowym, co na obecnym etapie postępowania było spóźnione. Odwołujący winien bowiem już na etapie ogłoszenia o postępowaniu podejmować inicjatywę w celu wprowadzenia stosownego zapisu dotyczącego potencjału osobowego, natomiast ostateczny termin na jego kwestionowanie upłynął po zakończeniu weryfikacji podmiotowej wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. Ustalenie warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich oceny określa poziom weryfikacji zdolności wykonawców do wykonania zamówienia. Formułowanie zarzutów sprowadzających się do wykazania braku zdolności podmiotu do wykonania zamówienia nie odnosiło się do treści oferty, czyniąc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bezzasadnym. Ponadto, odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, iż przeprowadzenie integracji z systemem SIMPLE.ERP naruszałoby warunki licencji udzielonej zamawiającemu w załączniku do umowy nr 63/2010. W toku rozprawy przyznał, iż integracja nie będzie wymagać dekompilacji bazy danych, co zostało wyłączone z zakresu licencji w pkt 5.2, wskazywał natomiast na konieczność dokonania modyfikacji bazy danych, czego w żaden sposób nie wykazał. W świetle prezentowanej argumentacji, a także przedłożonych dowodów, nie było podstaw do stwierdzenia, iż oferta konsorcjum OPTeam nie obejmuje w całości przedmiotu zamówienia, jak również nie prowadziła do wniosku o braku możliwości jego realizacji. Oświadczenia własne odwołującego o braku możliwości samodzielnej realizacji funkcjonalności opisanej w załączniku nr 3 do umowy (ust. 16) nie mogły stanowić dowodu w sprawie, z uwagi na zainteresowanie tego podmiotu uzyskaniem rozstrzygnięcia dla siebie korzystnego. Oświadczenia te Izba uznała, jako stanowisko odwołującego prezentowane w sprawie, odmawiając im mocy dowodowej. Dalsze oświadczenia pochodzące od podmiotów, klientów z jakimi współpracowali uczestnicy konsorcjum OPTeam, również nie mogły stanowić dowodu na tą okoliczność. Stanowiły one jedynie źródło informacji o dotychczasowej współpracy z firmą Partners In Progress Sp. z o.o. w konsorcjum z SIMPLE S.A. Dokumenty te stanowią mogą dodatkowe źródło wiedzy co do przeprowadzonych z udziałem konsorcjanta wdrożeń systemów SIMPLE.ERP z systemami zewnętrznymi, natomiast nie dowodzą braku wiedzy, czy też doświadczenia w tym zakresie. Podnoszona w oświadczeniach okoliczność wykonywania integracji systemów przez pracowników Simple nie oznacza braku stosownej wiedzy po stronie obecnego wykonawcy składającego ofertę w konsorcjum. Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum OPTeam, Izba ustaliła, iż w toku oceny ofert zamawiający przeprowadził procedurę przewidzianą w art. 90 ustawy Pzp w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Swoje wyjaśnienia złożyło również konsorcjum OPTeam w piśmie z dnia 27.10.2011 r., które zamawiający poddał ocenie. W odwołaniu, jedyne uzasadnienie zarzutu stanowiło stwierdzenie, iż oferta nie obejmuje kosztów związanych z przeprowadzeniem integracji z systemem SIMPLE.ERP przez uprawnionych i certyfikowanych konsultantów firmy Simple. Ponieważ Izba wydając wyrok związana jest zarzutami podnoszonymi w odwołaniu, a więc również okolicznościami faktycznymi wskazywanymi w uzasadnieniu, okoliczności związane z treścią wyjaśnień pozostawały poza zakresem zaskarżenia. Jedyna okoliczność podnoszona w uzasadnieniu pozostaje w związku z opisanym w pierwszym fragmencie uzasadnienia zarzutem, braku uwzględnienia w ofercie całego przedmiotu zamówienia. Izba oddaliła zarzut uznając, iż odwołujący nie wykazał okoliczności, z której wywodził skutki poprawne, tj. braku uwzględnienia w cenie oferty kosztów związanych z przeprowadzeniem integracji systemu. Przedstawione oświadczenia własne odwołującego dotyczące stawek roboczo-godzin, jakie przyjęte są w województwie podkarpackim, nie mogły przesądzać o prawidłowości wyceny kosztów w ofercie wybranej, tym bardziej, iż nawet w ofercie odwołującego roboczo-godzina była znacznie niższa od prezentowanych w oświadczeniu. Izba uwzględniła także okoliczność dotyczącą przedmiotu zamówienia, który w znacznej części obejmuje prace intelektualne, co czyniło wycenę zamawiającego znacznie zawyżoną, gdyż przyjął on najwyższe stawki, co sam przyznał na rozprawie. Faktycznie zatem to nie wartość szacunkowa zamówienia, lecz ceny ofert, jakie zostały złożone w tym postępowaniu stanowiły odzwierciedlenie cen rynkowych za dany przedmiot zamówienia. Różnica ceny oferty wybranej do kolejnej (odwołującego) wyniosła około 800 tyś zł., co w ocenie Izby nie stanowiło wystarczającego dowodu na brak rzetelności w kalkulacji kosztów. Mając na uwadze, iż odwołujący szacował wysokość kosztów związanych z jego udziałem w wykonaniu prac integracyjnych, o jakie należało powiększyć ofertę konsorcjum OPTeam, na poziomie 25% zaferowanej ceny, zamykałyby się one w kwocie ok. 630 tyś zł. Przy braku udowodnienia konieczności uwzględnienia tych kosztów w wybranej ofercie, nie mogły one dowodzić zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący poza nieudowodnioną okolicznością dotyczącą braku uwzględnienia w cenie oferty kosztów prac integracyjnych, jakie miałyby być wykonane przez odwołującego, wskazywał również na wysokość stawki roboczo-godziny przyjętej w ofercie wybranej w wysokości 69 zł. brutto. Ponieważ sam odwołujący zaproponował stawkę w wysokości 100 zł. brutto, Izba uznała, iż złożone oświadczenia dotyczące stawek w regionie nie mogą stanowić wystarczającego dowodu, gdyż nie wiadomo jakiego zakresu prac dotyczą. Nie można zatem odnieść ich do przedmiotowego zamówienia. W tej sytuacji, Izba uznała, iż różnica w wysokości stawki roboczo-godziny nie stanowi wystarczającej informacji dla oceny rzetelności kalkulacji ceny ofertowej.



W związku z powyższym, Izba oddaliła odwołanie w całości.

Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego. Izba zliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł., zgodnie z §1.1 pkt 1 rozporządzenia oraz uzasadnione koszty zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

**Przewodniczący:** .....