

Sygn. akt: KIO 1623/12

Sygn. akt: KIO 1629/12

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Sylwester Kuchnio**
Piotr Kozłowski
Luiza Łamejko

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2012 r.:

- A. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 z siedzibą w Bytomiu (KIO 1623/12);
- B. przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (KIO 1629/12),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów w Warszawie, w imieniu którego działa Dyrektor Izby Celnej w Krakowie,

przy udziale:

- A. Asseco Poland S.A. w Rzeszowie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1623/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 z siedzibą w Bytomiu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1629/12 po stronie zamawiającego i wnoszących sprzeciw względem uwzględnienia odwołania przez zamawiającego,

- C. Intergated Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1623/12 oraz KIO 1629/12 po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 z siedzibą w Bytomiu i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 z siedzibą w Bytomiu tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 z siedzibą w Bytomiu na rzecz Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów w Warszawie, w imieniu którego działa Dyrektor Izby Celnej w Krakowie, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 z siedzibą w Bytomiu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

sygn. akt KIO 1623/12

KIO 1629/12

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów w Warszawie, w imieniu którego działa Dyrektor Izby Celnej w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, instalację, wdrożenie i wsparcie utrzymania oraz rozwój Systemu ZEFIR 2.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 23.12.2011 r. w Dz. U. UE pod nr 2011/S 247-401470.

W dniu 20 lipca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym wyborze oferty Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (zwanej dalej „Asseco”) jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Consortia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 z siedzibą w Bytomiu (zwanymi dalej „Consortia”), jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

KIO 1623/12

W dniu 30 lipca 2012 r. Consortia wnieśli odwołanie względem ww. czynności zamawiającego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez błędne uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie
2. odpowiada treści SIWZ, a w związku z tym podlega odrzuceniu,

3. w przypadku stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ - art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty,
4. art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez niestarczające wyjaśnienie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z powyższym wniesiono o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odwołaniu wskazano, iż w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że określony przez Odwołującego sposób realizacji wymagań A-1, A-2, A-4 oraz A-80 jest sprzeczny z treścią SIWZ. W ocenie Zamawiającego wskazane funkcjonalności winny być dostępne w innych komponentach niż te, które wskazał Odwołujący.

Zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ („Tabela wymagań”) Zamawiający sformułował opis wymagań A-1, A-2, A-4 oraz A - 80 w następujący sposób:

A-1 Możliwość definiowania nowych dokumentów (szablonów) głównych oraz dokumentów dodatkowych (wraz z funkcjonalnością łączenia dokumentów oraz ustalania warunków takiej funkcjonalności) – w przypadku zmian przepisów prawa lub konieczności wprowadzenia nowych dokumentów.

A-2 Możliwość wprowadzania nowych rodzajów należności, tytułów, symboli i innych danych w istniejących dokumentach.

A-4 Możliwość definiowania nowych raportów, zestawień dla uzgodnień zapisów na kontach analitycznych

A-80 Rejestrowanie decyzji w sprawie wydania banderol na podstawie zapłaconego wniosku:

- automatyczne uzupełnianie na podstawie wniosku;
- wiązanie wpłat do wniosku z należnością wynikającą z decyzji ws. wydania banderol.

Odwołujący potwierdził realizację danego wymagania poprzez stosowne wypełnienie kolumny „Potwierdzenie realizacji TAK/NIE”. W drugiej tabeli Odwołujący zawarł natomiast skrótowy opis sposobu realizacji.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2010 r. (sygn. KIO 2220/10) „zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy

nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom."

Należy stwierdzić, iż wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu wymagania nie znajdują potwierdzenia w treści SIWZ, w szczególności nie zostały one sprecyzowane w Specyfikacji Systemu Zefir 2 (załącznik nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia), w której na str. 19-20 zawarty został jedynie ogólny opis roli komponentów SK i WFW. Należy podkreślić, iż wymaganie w zakresie tego, w którym z komponentów dana funkcjonalność ma występować nie zostało określone również w opisie wymagań zawartym w załączniku nr 8 do SIWZ („Tabela Wymagań”).

Powyższe uzasadnione jest faktem, iż zakresem projektu realizowanego w ramach przedmiotowego zamówienia jest zgodnie z SIWZ „Zaprojektowanie, wykonanie, dostawa, instalacja i wdrożenie systemu ZEFIR2". Oznacza to, iż na początku realizacji zamówienia Wykonawca opracuje analizę wymagań, która zawarta będzie w dokumencie zatytułowanym „Specyfikacja Wymagań systemu Informatycznego" stanowiącym załącznik nr 24 do umowy. Decyzja o umiejscowienia danej funkcjonalności w ramach konkretnego komponentu systemu ZEFIR2 będzie przedmiotem projektu technicznego i architektury systemu i będzie wynikała z decyzji architektonicznych, perspektywy przypadków użycia, perspektywy logicznej, perspektywy procesowej, perspektywy danych i perspektywy fizycznej (załącznik „Dokumentacja Architektury Systemu Informatycznego" - załącznik nr 24 do umowy). Powyższe potwierdził sam Zamawiający, który w odpowiedzi na pytanie nr 32 w dniu 8 lutego 2012 r. stwierdził, iż *„Wymagania w poszczególnych obszarach zostaną uszczegółowione z wybranym Wykonawcą na etapie przygotowania dokumentacji, o której mowa w Rozdziale 1 pkt 1.2. IPU (w tym Specyfikacji Wymagań <funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych> Projekt Techniczny Systemu, Projekt Infrastruktury Technicznej Systemu Zefir2 dla projektu Infra. Specyfikacja Komunikatów XM, Plan migracji danych i bilansu otwarcia, Plan testów Systemu."*

Potwierdza to również §1 ust. 1 pkt 1.2 Istotnych Postanowień Umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) zgodnie z którym „przedmiotem umowy jest zaprojektowanie, wykonanie, dostawa, instalacja, wdrożenie i wsparcie utrzymania oraz rozwój Systemu Zefir2, który obejmuje: [...] opracowanie i dostarczenie dokumentacji, w skład której wchodzi co najmniej:

1.2.1. Specyfikacja wymagań (funkcjonalnych oraz pozafunkcjonalnych) na podstawie uzgodnionego z Zamawiającym sposobu modelowania wymagań i przygotowanego w ustalonym z Zamawiającym narzędziu do zarządzania nimi."

Mając na względzie powyższe, wskazanie Zamawiającego odnośnie tego w ramach którego z komponentów dana funkcjonalność ma występować, zawarte w odpowiedziach na pytania Wykonawców z dnia 8 lutego 2012 r. Odwołujący uznał jako sugestię a nie dodatkowe, wcześniej nie sprecyzowane w SIWZ wymagania.

Gdyby bowiem założyć, iż informacje zawarta w wyjaśnieniach Zamawiającego stanowiły wiążące wymagania, to Zamawiający winny był w takiej sytuacji dokonać w tym zakresie stosownych zmian SIWZ. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 maja 2011 r. (sygn. KIO 836/11) „Wyjaśnienie SIWZ w trybie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.i. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, DOZ. 759 ze zm.) nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ, zawężających przedmiot zamówienia wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust. 2 ustawy. Zamawiający ma możliwość w uzasadnionych przypadkach przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy. Zmiana ta nie wymaga szczególnej formy lub trybu jej dokonania, jednakże, w przeciwieństwie do wyjaśnień treści SIWZ, zgodnie z orzecznictwem, m.in. wskazanym w odwołaniu wyrokiem oraz piśmiennictwem, powinna polegać na zastąpieniu pewnej informacji inną, wykreśleniu informacji, czy dodaniu informacji, która nie znalazła się w pierwotnej wersji SIWZ.”

Co szczególnie istotne, Zamawiający na skutek pytań Wykonawców w przedmiocie opisu wymagań zawartego w „Tabeli Wymagań”, w dniu 8 lutego 2012 r. dokonał jej modyfikacji (załącznik nr 1 do pisma z dnia 8 lutego 2012 r.). W ramach tej modyfikacji nie dokonał jednak zmiany opisu wymagań A-1, A-2, A-4 oraz A-80.

W wyroku z dnia 4 lipca 2011 r., Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „Instytucja wyjaśnień treści SIWZ określona w art. 38 ust. 1 p.z.p. ma na celu usuwanie wszelkich wątpliwości związanych z treścią SIWZ, a nie generowanie tych wątpliwości. Musi być ona stosowana w sposób nienaruszający zasady równości i konkurencyjności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, nie może stwarzać jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Wobec braku wyraźnej zmiany treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 p.z.p. odwołujący był związany w pierwszej kolejności niezmienioną treścią SIWZ. a nie odpowiedziami zamawiającego.”

Tym samym wobec braku modyfikacji SIWZ w zakresie wymagań A-1, A-2, A-4 oraz A-80, Odwołujący związany był pierwotną treścią SIWZ, nie zaś odpowiedziami Zamawiającego z dnia 8 lutego 2012 r.

Ponadto w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności opisu sposobu realizacji wymagania A-80 z SIWZ należy dodatkowo podnieść, iż z analizy dołączonej do oferty Odwołującego „Tabeli Wymagań” w sposób jednoznaczny wynika, że wskazany przez Odwołującego sposób realizacji wymagania A-80 zgodny jest również z dodatkowym wymaganiem określonym przez Zamawianego w odpowiedzi na pytanie z dnia 8 lutego 2012 r. w której Zamawiający stwierdził, iż „*Rejestracja decyzji ma mieć miejsce w WFW*”. Co więcej, Odwołujący w swojej ofercie w ramach pozycji A-80 zaproponował Zamawiającemu

rozwiązanie zapewniające większą funkcjonalność aniżeli to, którego wymagał Zamawiający. W tym kontekście całkowicie niezrozumiałe jest działanie Zamawiającego, który oceniając opis realizacji wymagania A-80, nie bierze pod uwagę faktycznego spełnienia przez system wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W tym miejscu należy wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08, w którym stwierdza się, że *„norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych referuje się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w całości.”*

Należy podkreślić, że sugestie zawarte w pytaniach i odpowiedziach na pytania - nie zostały implementowane do SIWZ poprzez modyfikację Specyfikacji, która powinna być naturalną konsekwencją ich przyjęcia. Zamawiający nie zmienił Specyfikacji w tym zakresie, pomimo, że w przypadku analogicznych pytań i odpowiedzi - dokonywał oficjalnej modyfikacji. W przedmiotowym przypadku - postanowienia SIWZ pozostały nie zmienione w załączniku nr 8 do SIWZ, pomimo, że w konsekwencji przyjęcia ich do SIWZ jako WYMAGANIA a nie sugestii w zakresie interpretacji danego wymagania.

Reasumując należy zatem podkreślić, iż Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego de facto nie wskazał jednoznacznie w jakim zakresie oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ (z którym postanowieniem SIWZ tabela wymagań jest sprzeczna). Z punktu widzenia Odwołującego nie miał on bowiem nawet możliwości tego uczynić, gdyż SIWZ w żadnym swoim postanowieniu nie zawiera wymagań, z którymi oferta Odwołującego byłaby sprzeczna. Stwierdzenie Zamawiającego, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ jest zatem gołosłowne i nie posiada podstaw zarówno faktycznych, jak i prawnych. Odwołujący ponownie podkreśla, iż zarówno z treści oferty („Formularz wymagań”), jak i okoliczności faktycznych jednoznacznie wynika, iż zamierzał i w dalszym ciągu zamierza spełnić wymagania opisane w SIWZ. Co więcej opis sposobu realizacji wymagań przez Wykonawcę, który zakwestionował Zamawiający, wskazujący na realizację danej funkcjonalności w ramach nie wszystkich oczekiwanych przez Zamawiającego komponentów nie wyklucza przecież jednoznacznie możliwości realizacji danej funkcjonalności w sposób oczekiwany przez Zamawiającego (poprzez jej implementację w obu komponentach). W przedmiotowym stanie faktycznym informacja zawarta w „Opisie sposobu realizacji wymagań przez Wykonawcę” odnośnie umiejscowienia danej funkcjonalności (odpowiednio WFW i SK) informacja ta miała intencjonalnie wskazywać jedynie miejsce inicjacji danego procesu, nie wykluczając jednak korzystania przez oba komponenty danej funkcjonalności.

Dla przykładu: w wymaganiu A-1 Odwołujący wskazał, że funkcjonalność będzie obsługiwana w systemie WFW gdyż zakładał, że będzie to miejsce gdzie inicjowany będzie proces definiowania nowego szablonu dokumentu. Po zapisaniu wszystkich wprowadzonych w WFW informacji dane te będą jednak automatycznie przenoszone do systemu SK. Z dokonanego przez Odwołującego opisu wynika, że nie wyklucza on możliwości definiowania nowych szablonów dokumentów w systemie SK. W takim wypadku po zapisaniu wszystkich danych wprowadzonych do SK będą one automatycznie przenoszone do WFW (dwukierunkowa synchronizacja danych). Podobnie (z zastrzeżeniem, że inicjacja dokonuje się w SK) sprawa ma się z wymaganiami A-2 i A-4.

Dodatkowo z uwagi na to, iż w ocenie Odwołującego z obiektywnych przyczyn realizacja danej funkcjonalności w poszczególnych komponentach nie zawsze może okazać się celowa, decyzja w tej mierze powinna zostać poprzedzona szczegółową analizą, która zgodnie z SIWZ stanowić ma jeden z elementów prac Wykonawcy już na etapie wykonywania Umowy.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi również, iż nawet gdyby przyjąć, iż odpowiedzi na pytania z dnia 8 lutego 2012 r. w rzeczywistości stanowiły modyfikację, a nie wyjaśnienie treści SIWZ, a co za tym idzie dokonany przez Zamawiającego „Opis sposobu realizacji wymagań przez Wykonawcę” zawarty w „Tabeli Wymagań” uznać jako niezgodny ze specyfikacją (choć - jak wykazano powyżej - decyzja taka nie ma uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy), to i tak Zamawiający nie miałby możliwości odrzucenia oferty Odwołującego, a jedynie obowiązek poprawienia takiej niezgodności na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jako innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Jak wskazuje Krajowa Izba Orzecznicza w wyroku z dnia 11 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1095/12): „Należy więc stwierdzić, że Zamawiający, mając podstawy zakładać, że błędy w ofercie były wynikiem nieuwzględnienia zmiany SIWZ, powinien potraktować je jako omyłkę i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak pewności Zamawiającego co do tego, czy stwierdzona niezgodność była wynikiem omyłki, nie jest wystarczającą podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający miał bowiem możliwość zweryfikowania przyczyn rozbieżności między ofertą a wymaganiami SIWZ, poprzez zawiadomienie wykonawcy o dokonaniu poprawek. Reakcja wykonawcy na tę czynność byłaby ostatecznym potwierdzeniem charakteru niezgodności. Gdyby wykonawca nie chciał lub nie mógł wykonać zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego, nie zgodziłby się na poprawienie oferty. Wówczas dopiero zaistniałaby okoliczność uzasadniająca odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”.

Co więcej, Izba w innym ze swoich orzeczeń (wyrok z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1617/2011) wskazała również, że: „Od wprowadzenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych utarł się pogląd, że racjonalnie działający wykonawca nie oferuje

celowo zamawiającemu przedmiotu zamówienia niezgodnego z jego wymaganiami, ponosząc wysiłek i koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wiedząc przy tym, że konsekwencją takiego działania będzie odrzucenie jego oferty. Szczególnie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia odnosi się do produktów szeroko oferowanych na rynku i wykonawca ma do wyboru wiele modeli urządzeń lub wykonuje przedmiot według indywidualnego opisu zamawiającego. Zatem można stwierdzić, że co do zasady przyjmuje się pewne założenie, iż zaistniała niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest lub może być omyłką, a w przypadku ewentualnych wątpliwości - można ustalić to w drodze wyjaśnień treści oferty - jak również kwestię, w jaki sposób wykonawca swoje oświadczenie chciał sformułować".

Należy przy tym wskazać, iż w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie kwestionuje tego, czy Wykonawca zaoferował wykonanie danej funkcjonalności w systemie, a jedynie to, iż z opisu nie wynika, aby dana funkcjonalność miała zostać zrealizowana we wszystkich tych komponentach, które wskazał Zamawiający. W tej sytuacji warto podkreślić, że po pierwsze oferta Odwołującego nie wyklucza realizacji danych funkcjonalności zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w odpowiedzi na pytania, a po wtóre - nawet przyjmując, że wolą Wykonawcy byłoby wykonanie funkcjonalności A-1, A-2 i A-4 tylko w tych komponentach, które wskazał w „Tabeli wymagań” - Zamawiający nie wykazał jaki istotny skutek dla działania systemu miałyby implementacja danych funkcjonalności tylko w tych komponentach. Przyjmując, iż zgodnie z przepisami ustawy niemożliwą do poprawienia omyłką jest tylko i wyłącznie omyłka powodująca istotną zmianę treści oferty, w tej sytuacji uznać należy, iż w przedmiotowym stanie rzeczy z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Zwrócić trzeba bowiem uwagę, że po pierwsze miejsce implementacji danej funkcjonalności w systemie nie ma w rzeczywistości większego znaczenia dla użytkowników tego systemu (ważne jest bowiem tylko to, czy w systemie jest ona dostępna), a po wtóre, gdyby miało to dla Zamawiającego zasadnicze znaczenie, to niewątpliwie informacja taka musiałaby się znaleźć w treści SIWZ. Dodatkowo potwierdzeniem niewielkiej istotności tego zagadnienia jest również obowiązek opracowania na etapie realizacji umowy: „Specyfikacji wymagań (funkcjonalnych oraz pozafunkcjonalnych) na podstawie uzgodnionego z Zamawiającym sposobu modelowania wymagań i przygotowanego w ustalonym z Zamawiającym narzędziu do zarządzania nimi”. Skoro bowiem Zamawiający przewiduje ostateczne określenie danej funkcjonalności, w tym również jej umiejscowienia w systemie, dopiero na etapie realizacji umowy, wprowadzając dodatkowo w SIWZ procedurę dotyczącą zmian w Planie zarządzania wymaganiami, oznacza to, że nie mają one charakteru ani ostatecznego, ani w pełni wiążącego. Jeśli zatem okoliczności sprawy wskazują, iż umiejscowienie danej funkcjonalności w konkretnym komponentcie systemu nie ma istotnego znaczenia, to

ewentualna omyłka w powyższym zakresie skutkować musi jej poprawieniem w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, jako niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Należy wskazać również na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. sygn. akt XII Ga 429/09 wskazano, że „Instytucja przewidziana w art. 87 ust.2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby ofert gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z siwz”.

Podkreślenia wymaga, że w przedmiotowej sytuacji - nawet jeśliby uznać, że oferta Odwołującego w jakikolwiek sposób nie odpowiada treści SIWZ (co w naszej ocenie nie ma miejsca) - to należałoby potraktować ewentualne niezgodności jako niezamierzone opuszczenia (wywołane notabene przez odpowiedzi na pytania, które w naszej ocenie - nie stanowiły modyfikacji SIWZ).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazano, iż Zamawiający dokonując uzasadnienia niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ użył jedynie lakonicznego stwierdzenia, że *„z uwagi na fakt, że Tabela wymagań została przez Wykonawcę objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający odstępuje od szczegółowego uzasadnienia.”* Art. 92 ust. pkt 2 ustawy stanowi, że „Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty [m. in. o:] wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.” Jak podnosi się w orzecznictwie i doktrynie zachowanie obowiązków informacyjnych przez Zamawiającego w przypadku wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty jest niezbędne, aby umożliwić wykonawcy obronę. Taki pogląd został wyrażony m. in. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 990/11), w którym stwierdza się, że „Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma gwarantowane przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), prawo do uzyskania wszystkich informacji o czynnościach zamawiającego, które są niezbędne do zweryfikowania prawidłowości tych czynności i ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Powyższe uprawnienie wykonawcy jest realizowane m.in. poprzez istniejący po stronie zamawiającego obowiązek przekazywania informacji o ocenach i decyzjach wpływających na dalszy udział wykonawców w postępowaniu i możliwość uzyskania zamówienia oraz obowiązek rzetelnego dokumentowania postępowania i jawność tej dokumentacji.” Jeżeli chodzi o kwestię szczegółowego uzasadnienia odrzucenia oferty w kontekście zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa należy wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO 1971/10), stwierdzający, że „Ustawa nie zawiera wyjątków od konieczności podania, zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem

uzasadnienia faktycznego i prawnego dla tej czynności. Samo stwierdzenie faktu, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ poprzez podanie określonych zapisów SIWZ, które miał spełniać oferowany przez wykonawców przedmiot zamówienia nie może zostać uznane za uzasadnienie faktyczne w rozumieniu art. 92 ust. pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych." Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1256/10), potwierdzającym, że „podanie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty nie jest uzależnione od dobrej woli zamawiającego, jest to obowiązek ustawowy wynikający z art. 92 ust. 1 pkt 2 ZamPublU. Wyczerpujące wyjaśnienie przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznaczne wskazanie wszystkich podstaw na których zamawiający oparł swoją decyzję o odrzuceniu oferty ma istotne znaczenie dla prawidłowego wskazania argumentów przez wykonawcę w trakcie wnoszenia środków ochrony prawnej, a także w podjęciu decyzji o potrzebie ich wniesienia."

KIO 1629/12

W dniu 30 lipca 2012 r. Asseco wniosła odwołanie względem zaniechania przez zamawiającego wykluczenia Consortia oraz Intergrated Solutions Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „Intergrated”) pomimo, iż wskazani wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, przez co zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Ponadto zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców, pomimo, iż treść złożonych przez nich ofert nie odpowiada treści SIWZ.

Wniosków, co do powtórzenia czynności lub nakazania zamawiającemu czynności nowych, w treści odwołania nie sformułowano.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w rozdziale X.14 SIWZ określającym sposób oraz warunki złożenia oferty Zamawiający wskazał, iż *dopuszcza powierzenie przez wykonawcę wykonania części zamówienia w zakresie szkoleń, migracji danych oraz dokumentacji powykonawczej podwykonawcom.*

Według odwołującego, nie ulegało wątpliwości, iż poprzez sformułowanie to Zamawiający określił jakie części zamówienia mogą zostać powierzone przez wykonawcę do wykonania podwykonawcom, co oznacza równocześnie, że posłużenie się podwykonawcami do wykonania części zamówienia nie wymienionymi w rozdziale X.14 SIWZ jest niedopuszczalne i stanowiłoby złamanie warunków zamówienia.

Jak wynika z treści ofert Consortia i Integrated wykazują oni spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez poleganie na zasobach innych podmiotów na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy. Ponadto, w treści swoich ofert wskazują, że podmioty na zasobach, których polegają będą ich podwykonawcami.

Odwołujący stwierdził, iż wprowadzony przez Zamawiającego zakaz podwykonawstwa w zakresie zasadniczych części zamówienia oznacza, iż wykluczona jest możliwość wykazywania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia poprzez poleganie na zasobach innych podmiotów. Z tych przyczyn konieczne jest wykluczenie ww. wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Równocześnie, skoro wprowadzony zakaz podwykonawstwa stanowi treść SIWZ i określa sposób wykonania zobowiązania, to tym samym treść ofert ww. wykonawców wskazująca na udział innych podmiotów w wykonaniu zamówienia właśnie w charakterze podwykonawców stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podstawą prawną dla warunków realizacji zamówienia wynikających z rozdziału X.14 SIWZ jest przepis art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

W doktrynie podkreśla się, że zakaz podwykonawstwa dopuszczalny jest w stosunku do zasadniczych części zamówienia, których wykonanie decyduje o jakości całego zamówienia. Z treści rozdziału X.14 SIWZ wynika wyraźnie, iż wykluczenie podwykonawstwa nastąpiło właśnie w odniesieniu do kluczowych (zasadniczych) części zamówienia takich jak:

wykonanie analizy i zaprojektowanie całego rozwiązania zarówno pod kątem Projektu Technicznego jak również Projektu Funkcjonalnego Rozwiązania:

- dostawa niezbędnych licencji;
- przygotowanie gotowego rozwiązania (w tym wykonanie niezbędnych modyfikacji, konfiguracji oraz optymalizacji);
- przeprowadzenie testów akceptacyjnych;
- instalacja gotowego rozwiązania;
- wykonanie i uruchomienie najpierw niezbędnych Pilotów rozwiązania a a później uruchomienie całego rozwiązania;
- świadczenie asysty po uruchomieniu zarówno Pilotów jak również całego rozwiązania;
- świadczenie usług gwarancyjnych;
- świadczenie usług rozwoju.

Natomiast w zakresie - mającym drugorzędne znaczenie w stosunku do wskazanych wyżej zasadniczych części zamówienia - tj. szkoleń, migracji danych oraz dokumentacji powykonawczej podwykonawstwo zostało dopuszczone. Podkreślić należy, iż obszar w którym dopuszczono podwykonawstwo stanowi tylko niewielki zakres usług, stanowiący dosłownie ułamek wartości całego projektu.

Tak więc ograniczenie podwykonawstwa w przedmiotowym postępowaniu zostało przez Zamawiającego wprowadzone zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych. Pośrednim potwierdzeniem tego jest fakt, że żaden z wykonawców nie zakwestionował tego postanowienia SIWZ.

Przedstawione powyżej okoliczności dotyczące ograniczenia podwykonawstwa mają zasadnicze znaczenie przy ocenie spełnienia przez wykonawców warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a w szczególności przy ocenie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia przez tych wykonawców, którzy w tym obszarze warunków nie posiadają własnego potencjału i opierając się na normie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp polegają na zasobach tzw. innych podmiotów. Zauważyć bowiem należy, iż zakres wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia w ramach sformułowanego warunku w sposób znaczący przekracza zakres czynności, które w przedmiotowym postępowaniu mogą zostać zrealizowane za pomocą podwykonawców.

Odwołujący wskazał, iż pojęcie podwykonawstwa dotyczy sytuacji, w której generalny wykonawca nie wykonuje samodzielnie całości swojego zobowiązania, a w celu jego realizacji powierza wykonanie części prac wchodzących w zakres jego zobowiązania innym podmiotom, które tym samym biorą udział w realizacji zamówienia (części lub całości).

Stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp bezwzględnym warunkiem polegania przez wykonawcę na zasobach „innych podmiotów” jest udowodnienie zamawiającemu, że będzie on dysponował wymaganymi w obszarach: wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W doktrynie podkreśla się, iż konieczność udowodnienia dysponowania ww. zasobami niekoniecznie musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Udział ten uzależniony będzie od rodzaju zasobów innego podmiotu, którymi wykonawca zamierza dysponować. W opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pt. „warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” (strona internetowa UZP, zakładka „opinie prawne”) stwierdzono: „Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania udzielenia wykonawcy np. pożyczki, wdzierżawienia sprzętu czy też udostępnienia pracownika, co dla wykazania spełnienia odpowiednich warunków i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia może okazać się wystarczające

W odniesieniu do warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia podkreśla się jednak, iż ma on całkowicie odmienny charakter od pozostałych warunków. Doświadczeniem w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest bowiem zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności, który stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa (wykonawcy). W przeciwieństwie do warunków w zakresie potencjału technicznego oraz kadrowego, zasoby wiedzy i doświadczenia nie mogą być samodzielnie zbyte czy też udostępnione. Wiedza i doświadczenie zawsze bowiem dzieli los prawny przedsiębiorcy (patrz: opinia Prezesa UZP „warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”).

Mając na uwadze wskazane wyżej argumenty, nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, iż możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu w realizacji zamówienia jest ściśle warunkowana udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia. Nie sposób bowiem wyobrazić sobie sytuacji, w której wykonawca - nie angażując innego podmiotu w realizację zamówienia - twierdziłby równocześnie, że jednak cały czas dysponuje zasobami tego podmiotu w trakcie wykonania zamówienia.

Warunkujący poleganie na zasobach wiedzy i doświadczenia innego podmiotu, na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, udział tego podmiotu w realizacji zamówienia musi przybrać formę podwykonawstwa. Jak wskazano powyżej, nie sposób wyobrazić sobie innej formuły realnego uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zakwestionować trzeba część dawniejszych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, które dopuszczały możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, który zobowiązywał się jedynie do doradztwa, konsultacji na rzecz wykonawcy, a nawet w przypadku, gdy wykonawca jednoznacznie deklarował brak zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia. Nawet, jeśli przekazanie niezbędnej wiedzy innemu podmiotowi jest możliwe w drodze doradztwa, czy szkolenia, to jednak doświadczenie każdy musi zdobyć sam.

Obecnie jednak – zdaniem odwołującego – mamy do czynienia z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzającym, iż dysponowanie wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu wymaga uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia. Jedynie tytułem przykładu należy wskazać orzeczenie KIO z dnia 13 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1288/10, przywoływane wielokrotnie w innych orzeczeniach oraz w opiniach Prezesa UZP w którym stwierdzono: „[...] nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.”

Istotne jest również przywołanie opinii prawnej Prezesa UZP zawartej w kwartalniku UZP nr 11/2011 (opinia pt. zakres dokumentów', jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotów trzecich") w której stwierdzono m.in.:

„Za niewystarczające dla udowodnienia, na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia należy przy tym uznać złożenie jedynie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby treści: - .. udostępniam doświadczenie i wiedzę celem realizacji zamówienia publicznego...” wraz z referencjami potwierdzającymi doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, na które powołuje się wykonawca. Ogólne oświadczenie o podanej wyżej treści w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Zamawiający nie uzyskuje bowiem żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze sposobu posługiwania się przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego. Uznanie takich dokumentów' może natomiast doprowadzić do realizacji zamówienia przez podmiot nie posiadający kwalifikacji do realizacji zamówienia. "

„ Wykonawca może więc stwierdzić, że sam doświadczenia w określonej dziedzinie nie posiada, ale jednocześnie zagwarantuje, że w tej części zamówienie wykona firma, która posiada wymagane doświadczenie. Przyjęcie odmiennej praktyki, zgodnie z którą wykonawca odwoływałby się do doświadczenia podmiotu trzeciego tylko dla celów' postępowania a w praktyce zamierzał samodzielnie wykonywać zamówienie powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówienia powierzaloby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. "

„Gdyby zamówienie miał realizować podmiot, który pomimo postawionego na etapie postępowania warunku posiadania doświadczenia, takie doświadczenie będzie na niniejszym zamówieniu dopiero zdobywał, nie tylko byłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ale także obejście przepisów i zastosowanego w specyfikacji i ogłoszeniu o zamówieniu wymogu posiadania doświadczenia”

Przywołując artykuł Aleksandry Sołtysińskiej i Grzegorza Wicika pt. „Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów” opublikowany w Kwartalniku Zamówień Publicznych (Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych nr 4 z 2009 r., Wyd. C.H. Beck) ponownie należy zwrócić uwagę na konieczność rozróżnienia od siebie dwóch typów oddania przez inny podmiot niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia:

- podwykonawstwo rozumiane jako oddanie niezbędnych zasobów wraz z osobami, które realizują zamówienie lub jego część pod kierownictwem innego podmiotu

podlegając jedynie kontroli wykonawcy;

- oddanie zasobów bez osób względnie wraz z osobami, które pozostają pod kierownictwem wykonawcy, a nie innego podmiotu.

W przypadku drugiego z wyróżnionych typów nie będziemy mieli do czynienia z bezpośrednim uczestnictwem innego podmiotu w realizacji zamówienia. Udział ten ogranicza się jedynie do biernego oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy. Skoro zatem zasoby wiedzy i doświadczenia dzielą los prawny przedsiębiorstwa i nie mogą być wycinkowo oderwane od niego (w przeciwieństwie do zasobów w zakresie sprzętu, ludzi, środków finansowych), to jedyną możliwością oddania ich do dyspozycji wykonawcy jest udział bezpośredni przedsiębiorcy (innego podmiotu) w realizacji zamówienia, który przybiera formułę podwykonawstwo.

Z przedstawionych powyżej rozważań w sposób wyraźny wynika, iż wprowadzenie zakazu podwykonawstwa wprost przekłada się na wyłączenie możliwości polegania na zasobach wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W opinii Prezesa UZP „warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego“ stwierdzono w sposób jednoznaczny: „Ograniczenie podwykonawstwa ogranicza możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, gdyż ogranicza możliwości wykazania, iż zasobami podwykonawcy będzie można się posługiwać przy realizacji przedmiotu zamówienia. szczególnie w zakresie w jakim udział w wykonaniu części zamówienia jest do tego niezbędny.

Mając na uwadze okoliczność w której przedmiotowe zamówienie współfinansowane jest z funduszy europejskich, co powoduje, iż kryterium prawidłowości jego przeprowadzenia stanowi przestrzeganie przepisów prawa wspólnotowego w obszarze zamówień publicznych, istotne jest podkreślenie, iż analiza prawa europejskiego w zakresie zamówień publicznych prowadzi do tych samych wniosków jak przedstawione powyżej.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi implementację art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Drugi z powyższych przepisów, odnoszący się między innymi do wiedzy i doświadczenia stanowi: „Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. „Przepis ten, wyraźniej, niż przepisy ustawy Pzp, wskazują, że możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich dotyczy „stosownych sytuacji” i „konkretnego zamówienia”. Nie jest więc tak, że możliwość „zasłaniania się” cudzym doświadczeniem jest zawsze i bez

żadnych ograniczeń wykonawcom dostępna. Wręcz przeciwnie, jest uzależniona od zaistnienia stosownej sytuacji oraz od okoliczności konkretnego zamówienia.

Przepisy prawa europejskiego nie precyzują pojęcia „stosowne sytuacje”, tym niemniej należy uznać, że jedna z przesłanek wyłączenia możliwości powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich jest wprowadzony przez zamawiającego zakaz podwykonawstwa. Nie jest bowiem stosowne w takiej sytuacji twierdzenie wykonawcy, że będzie dysponował cudzym doświadczeniem, skoro nie może powierzyć innemu podmiotowi realizacji części zamówienia. Twierdzenie natomiast, że będzie korzystał z doradztwa innego podmiotu nosi wyraźne znamiona obchodzenia wymagań określonych w specyfikacji.

W tym świetle zrozumiała i oczywista jest cytowana w poprzednim punkcie opinia Prezesa UZP dotycząca ścisłego związku pomiędzy zakazem podwykonawstwa, a możliwością polegania na zasobach innych podmiotów. Wynika ona nie tylko z konieczności dokonywania racjonalnej wykładni przepisów prawa, ale również z konieczności dokonywania wykładni prospółnotowej na którą to okoliczność szczególną uwagę zwraca europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie.

Powyższe argumenty stanowią wystarczająco jasną podstawę do przesądzenia, iż w świetle obowiązujących przepisów, w sytuacji ograniczenia podwykonawstwa, wykonawca nie może powoływać się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich w zakresie, w którym podwykonawstwo zostało wyłączone.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez zamawiającego zarzucano w odwołaniach, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Według powołanego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający poprawia w ofercie inne niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W przedmiocie instytucji warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dyspozycja art. 22 ust. 1 Pzp stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- C. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- D. posiadania wiedzy i doświadczenia;
- E. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- F. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

Natomiast odnośnie sposobu wykazania powyższego spełniania, przepis art. 26 ust. 2b Pzp stanowi, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Podstawową konsekwencją braków i zaniechań, jakich dopuszczają się wykonawcy w przedmiocie wymaganego, prawidłowego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest zastosowanie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zgodnie z którą, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Obowiązki informacyjne zamawiającego związane z rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia normuje m.in. przepis art. 92 ust. 1 Pzp, według którego niezwłocznie

po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- A. wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;
- B. wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- C. wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;
- D. (...).

Odnosnie regulacji podwykonawstwa w SIWZ oraz w trakcie realizacji zamówienia, art. 36 ust. 4 ustawy wskazuje, iż zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Natomiast ust. 5 tego przepisu stanowi, iż wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

KIO 1623/12

Zamawiający w załączniku nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - „Tabela wymagań”, wymagał: w wierszu A-1 tabeli – zapewnienia funkcjonalności systemu polegającej na definiowaniu nowych dokumentów głównych i dodatkowych; A-2 – możliwości wprowadzania nowych należności, symboli, ... etc., w istniejących dokumentach; A-4 – możliwości definiowania nowych raportów, zestawień dla uzgodnień zapisów na kontach analitycznych; A-80 – określonych funkcjonalności związanych z rejestrowaniem decyzji w sprawie banderol.

W pozostałych kolumnach tabeli zamawiający wymagał od wykonawców składających ofertę, deklaratywnego potwierdzenia spełniania opisanych w ten sposób wymagań zamawiającego, a także zamieszczenia opisu sposobu realizacji wymagania przez wykonawcę.

W ramach odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, pismem z dnia 8 lutego 2012 r., w odpowiedzi na pytanie nr 32, odnośnie wymagań A-1, A-2 i A-4, zamawiający wskazał, iż

dotyczą zarówno komponentu systemu oznaczonego jako SK (System Księgowy), jak też komponentu WFW (komponent realizujący obsługę procesów operacyjnych w zakresie obiegu spraw – tzw. workflow). Odnośnie wymagania A-80 wskazano, iż rejestracja decyzji ma mieć miejsce w WFW.

Nie uchybiając tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadzającej się do zabezpieczenia oryginalności koncepcji technicznej wykonania całości systemu, Izba podaje, iż w ofercie odwołującego w wierszach tabeli A-1, A-2 i A-3, w ramach opisu w jaki sposób spełnione zostaną dane wymagania zamawiającego, jako miejsce ich realizacji w każdym z tych przypadków wskazano tylko jeden z ww. komponentów systemu, natomiast przy wymaganiu A-80 – oba komponenty systemu.

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający wskazał na wzajemnie ze sobą niezgodne fragmenty oferty i postanowienia SIWZ (odpowiedzi na pytania dot. SIWZ).

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Postanowienia, czy szerzej – normy i wymagania SIWZ obowiązujące w danym przetargu – rekonstruowane są nie tylko na podstawie pierwotnego tekstu SIWZ i jej formalnie promulgowanych, nominalnych modyfikacji, ale także na podstawie odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ czy wyjaśnień zamawiającego odnoszących się do tej treści. Wymagania wyrażone w ten sposób, pod warunkiem, że należą, tj. zgodnie z art. 38 Pzp, udostępnione wykonawcom, wiązać będą wszystkich uczestników postępowania, a ustalenie ich znaczenia odbywać się będzie z uwzględnieniem wszystkich reguł wykładni dokumentów tego typu.

W rozpatrywanym przypadku zamawiający, w powoływanej wyżej odpowiedzi na pytanie nr 32, w sposób jasny i wyraźny wyraził swoje wymagania, co do podwójnego miejsca implementacji poszczególnych funkcjonalności wskazanych w wymaganiach A-1, A-2 i A-4 (zarówno w komponencie SK, jak i WFW). Następnie jak wynika z rozdz. 4.2 (Architektura biznesowa) i n., Zał. nr 1 do Opisu przedmiotu zamówienia - Specyfikacja Systemu ZEFIR II, komponenty SK i WFW zostały pomyślane jako dwa różne, odrębnie zdefiniowane i opisane, komponenty systemu. W pkt 5.2 Specyfikacji Systemu ZEFIR II opisano podobszar procesów zarządczych, do których odnoszą się wymagania A-1, A-2 i A-4, w tym np. w pkt 5.2.2 opisano proces definiowania nowych dokumentów. W związku z informacjami podanymi w ww. odpowiedzi na pytanie nr 32 tego typu procesy realizujące wymagane funkcjonalności należało przewidzieć dla każdego z komponentów systemu i w każdym zaimplementować (zarówno w SK, jak i w WFW).

Pominięcie w załączonej do oferty odwołującego tabeli (zał. nr 8), w wymaganiach A-1, A-2 i A-4, obu komponentów systemu, a przewidzenie (poprzestanie na wskazaniu) tylko jednego miejsca ich implementacji, oznacza niezgodność oferty z wyrażonymi w ten sposób wymaganiami zamawiającego. Wymaganiami zamawiającego, które zostały wyrażone zrozumiale, a także wyraźnie zostały zakomunikowane wykonawcom, pomimo że formalnie nie zostały określone przez zamawiającego jako modyfikacja SIWZ. Sama treść odpowiedzi zamawiającego nie pozostawiała wątpliwości co do wymagań w przedmiocie podwójnego miejsca implementacji ww. funkcjonalności.

Jakkolwiek w zał. nr 8 zamawiający nie określił stopnia szczegółowości wymaganego od wykonawców w ofercie opisu sposobu spełnienia wskazanych wymagań, a także nie podał minimalnego zakresu danych, które tam winny się znaleźć, to jednak opis taki stanowił część oferty wykonawcy rozumianej jako zaciągane przezeń zobowiązanie (opis oferowanego przezeń świadczenia). Oczywiście wobec braku szczegółowych wymagań zamawiającego co do danych w tym zakresie w ofercie wymaganych, a także w związku ze wstępną, koncepcyjną fazą systemu, którą przygotowywali wykonawcy na etapie składania oferty, siłą rzeczy informacje w ramach opisu podawane cechował znaczny stopień ogólności i lakoniczności. Powyższe nie oznacza jednak, iż opisywane ogólnikowo i wstępnie, przez wykonawców, rozwiązania mogły nie odpowiadać wymaganiom zamawiającego i nie czynić im zadość, swoją niezgodność z dokumentacją przetargową kwitując zobowiązaniem usunięcia tych sprzeczności w fazie projektowania. Innymi słowy, również w ramach ogólnego opisu oferowanych rozwiązań, wykonawcy – czy to na skutek niewłaściwego zrozumienia wymagań zamawiającego, czy też z powodu zwykłego przeoczenia – ryzykowali zawarcie w ofertach koncepcji niezgodnej z wymaganiami zamawiającego. Właśnie do tego typu sytuacji doszło w przypadku oferty odwołującego, gdzie w opisie zawartym w wierszach

A-1, A-2 i A-4 tabeli wymagań, zaznaczono, iż wymagane funkcjonalności zostaną zaimplementowane we wskazanych, zamiast w obu komponentach.

Izba nie uznała za możliwe poprawienie ww. niezgodności treści oferty z SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a to w związku z przyjęciem, iż materialne poprawienie koncepcji realizacji określonych, ważnych funkcjonalności, na dany podobszar systemu się składających, nie mieści się w ustawowym warunku nieistotności dokonywanych w ten sposób zmian treści oferty. Natomiast, co do formalnego sposobu poprawienia ww. koncepcji wyrażonej w ofercie, Izba wskazuje, iż w tym przedmiocie zamawiający nie miał żadnych danych oraz przesłanek, pozwalających mu stwierdzić prawidłowy kształt opisu oferowanych rozwiązań.

W związku ze stwierdzoną niezgodnością treści oferty odwołującego z SIWZ, Izba utrzymała w mocy odrzucenie tej oferty, a zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp uznała za niezasadny.

Izba nie stwierdziła natomiast niezgodności opisu spełnienia wymagań z wiersza A-80 tabeli. Zamawiający oczekiwał możliwości rejestracji decyzji ws. banderol w WFW i powyższe zostało mu przez wykonawcę zagwarantowane (opisane).

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, stwierdzając, iż uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego, jakkolwiek nazbyt „niedopowiedziane” i niepotrzebnie zasłaniające się tajemnicą przedsiębiorstwa, w kontekście okoliczności danej sprawy, umożliwiło wykonawcy, zrozumienie na czym zarzucana przez zamawiającego niezgodność oferty z treścią SIWZ polega, a także prawidłowe skorzystanie ze środków ochrony prawnej względem powyższego.

KIO 1629/12

W rozdz. X pkt 14 SIWZ wskazano: „Zamawiający dopuszcza powierzenie przez Wykonawcę wykonania części zamówienia w zakresie szkoleń, migracji danych i dokumentacji powykonawczej podwykonawcom”. Powyższe wskazanie jest jedynym postanowieniem SIWZ powołanym przez odwołującego, z którego wynikać ma postulowany przezeń zakaz podwykonawstwa w ramach niniejszego zamówienia.

W świetle cytowanego wyżej art. 36 ust. 5 Pzp pełna dopuszczalność podwykonawstwa jest zasadą, która może ulec wyjątkowo ograniczeniu w związku ze specyfiką danego zamówienia oraz wyraźnym zakazem zamawiającego z tym związanym. Tym samym zakaz tego rodzaju, bezpośrednio ograniczający zakres swobody wykonawców co do sposobu wykonania zamówienia, za którego realizację odpowiadają i które na siebie przyjmują, nie może być domniemywany lub wyprowadzany w sposób, jaki zdaje się to przyjmować

odwołujący. W zestawieniu z brzmieniem ww. przepisu, z faktu, że zamawiający oddzielnie wskazał części zamówienia, które mogą być oddane do podwykonania, zakazu podwykonawstwa dla pozostałych części zamówienia logicznie (w tym *a contrario*) wyprowadzić nie sposób. Z poczynionego w rozdz. X pkt 14 SIWZ zastrzeżenia można się jedynie domyślać pewnych faktycznych, ale literalnie niewyrażonych, intencji zamawiającego.

Tym samym, w odniesieniu do niniejszego zamówienia, Izba nie potwierdziła zarzucanej niemożliwości powoływania się przez wykonawców na podwykonawstwo podmiotów udostępniających im potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także nie przyjęła jakoby przewidzenie określonego zakresu podwykonawstwa w trakcie wykonywania świadczenia, stanowiło niezgodność treści oferty z SIWZ.

Przy czym zaznaczyć należy, iż zarzuty odwołania sprowadzały się tylko do dwóch powyższych aspektów. Odwołujący zarzucał zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Consortia jako niezgodnej z treścią SIWZ ze względu na niedopuszczalny – według odwołującego – zamiar wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców. Natomiast zarzut odwołania, dotyczący niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Consortia, polegał na wskazaniu, iż wykazanie takie było nieprawidłowe, gdyż dokonane zostało przez udostępnienie potencjału, zapewnianego za pomocą podwykonawstwa, które w odnośnych częściach zamówienia miało być niedopuszczalne. Odwołujący oparł więc swoje zarzuty na fałszywych przesłankach (nieprawidłowo odczytanych postanowieniach SIWZ dotyczących zakazu podwykonawstwa), natomiast nie podnosił i nie wykazywał w odwołaniu innych zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty Consortia z SIWZ lub braków w wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Np. w odwołaniu nie podnoszono, że wykonawca nie udowodnił zamawiającemu możliwości dysponowania wiedzą i doświadczeniem innych podmiotów, w związku z faktem, że w częściach zamówienia, których potencjał ten miałby zasadniczo dotyczyć, podwykonawstwo podmiotu trzeciego wcale nie zostało przewidziane (co paradoksalnie chciał wykazywać przystępujący), i właśnie z tego względu, takie „przekazanie potencjału” należałoby uznać za nierealne, niewystarczające i niezgodne z art. 26 ust. 2b ustawy. Przeciwnie, jak już wskazano, odwołujący dowodził, iż Consortia nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż posługiwali się potencjałem podmiotów trzecich powołując się przy tym na ich podwykonawstwo (co było zdaniem odwołującego niedopuszczalne postanowieniami SIWZ), a nie z jakichś innych względów.

Przy tego typu konstrukcji zarzutów odwołania i konkluzji co do znaczenia postanowień SIWZ odnoszących się do podwykonawstwa, bezprzedmiotowe stało się rozstrzygnięcie kwestii dla rozstrzygnięcia zarzutów niniejszego odwołania bezprzedmiotowych, w szczególności doktrynalnych kontrowersji na temat sposobu udostępniania potencjału przez

podmioty trzecie w ramach wykazywania warunków udziału w postępowaniu oraz sposobów wykazywania powyższego zamawiającym.

W związku z powyższym, sformułowane i opisane w odwołaniu zarzuty, formalnie sprowadzające się do wskazania naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, uznano za niezasadne.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i 2 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). W związku z oddaleniem odwołań, kosztami obciążono odwołujących, w tym w sprawie KIO 1623/12 zasądzone od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty zastępstwa przed Izłą, a w sprawie KIO 1629/12 koszty zastępstwa zasądzone od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw.

.....

.....

.....