

**WYROK**  
**z dnia 27 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infovide-Matrix S.A. w Warszawie, Sygnity S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz System S.A. w Warszawie

przy udziale SID sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infovide-Matrix S.A. w Warszawie, Sygnity S.A. w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infovide-Matrix S.A. w Warszawie, Sygnity S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infovide-Matrix S.A. w Warszawie, Sygnity S.A. w Warszawie na rzecz Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz System S.A. w Warszawie 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 2013 r., poz. 907 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:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „zakup usług wsparcia oraz licencji do posiadanego przez Zamawiającego systemu ERP”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 15 sierpnia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 157-289841. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 2 listopada 2015 r. informacji o wyniku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infovide-Matrix S.A. w Warszawie, Sygnity S.A. w Warszawie wnieśli odwołanie 21 listopada 2015 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania SID sp. z o.o. w Warszawie, mimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, w szczególności w odniesieniu do spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia SID Sp. z o.o. w Warszawie i itelligence Sp. z o.o. w Warszawie mimo niezgodności ofert tych wykonawców z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ” w zakresie obliczenia ceny wsparcia technicznego w okresie od dnia 09.09.2010 do dnia 31.12.2016 r. dla posiadanych przez zamawiającego licencji na oprogramowanie SAP ,
- art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, w szczególności zaś nieprzeprowadzenie należytej oceny i badania ofert wykonawców, co ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania złożonych ofert i w jej efekcie wykluczenie SID sp. z o.o. wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty SID sp. z o.o. jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ oraz odrzucenie oferty Itelligence Sp. z o.o. jako oferty, niezgodnej z treścią SIWZ i wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż zamówienie zrealizowane przez SID sp. z o.o. dla NBP, powołane dla wykazania warunków udziału w postępowaniu, nie odpowiada warunkowi

udziału w postępowaniu, gdyż jego przedmiotem była rozbudowa środowiska analitycznego oraz dostawa, instalacja i konfiguracja oprogramowania hurtowni danych SAP HANA, a nie dostawa licencji i wsparcia dla oprogramowania klasy ERP. Zwrócił uwagę, że w odniesieniu do wykazania warunków udziału w postępowaniu zamawiający skierował już do SID sp. z o.o. wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, zatem wskazanie innej umowy przez tego wykonawcę jest już niemożliwe.

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi wykonawca oświadczył, że dostarczył licencje bez powołania się na wymagane warunkiem udziału w postępowaniu oprogramowanie klasy ERP, co oznacza złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego wartość dostarczonego w ramach powołanej umowy oprogramowania wraz z usługami wsparcia, jest niższa niż wymagana przez zamawiającego wartość 3 000 000 zł brutto. Analiza treści dołączonego do oferty SID sp. z o.o. poświadczenia wykonania zamówienia wystawiona przez NBP budzi wątpliwości, czy prawdą jest iż wartość licencji na oprogramowanie SAP wraz z usługami wsparcia była co najmniej równa kwocie 3.000.000 zł brutto. Przedmiotem wskazanego przez SID sp. z o.o. zamówienia jest nie tylko dostawa oprogramowania SAP wraz z usługami wsparcia, ale także dostawa platformy sprzętowej firmy Hewlett-Packard (HP) opartej o serwery HP DL 980, oprogramowania HP dedykowanego dla tej platformy oraz usług wsparcia dla produktów HP.

Odwołujący podniósł również, że przedmiotem zamówienia jest m.in. zakup usług wsparcia technicznego producenta do aktualnie posiadanego oprogramowania, co nie dotyczy świadczenia usług jako takich, ale zapłaty za okresy w jakim oprogramowanie posiadane przez zamawiającego nie korzystało ze wsparcia producenta po to, by po uiszczeniu opłaty mogło z niego korzystać w przyszłości. W tej sytuacji przez licencjobiorcę uiszczana jest opłata równowartości usług, które byłyby świadczone, gdyby była ona dokonana w ustalonych terminach. Dokonanie opłaty nie uprawnia jednak licencjobiorcy do jakichś dodatkowych świadczeń ze strony producenta oprogramowania, a jedynie pozwala mu odzyskać utracone uprawnienia do korzystania z usług w przeszłości. Podstawą do obliczenia ceny w tym zakresie zamówienia nie jest kalkulacja wykonawcy, ale wyliczenie dokonane przez producenta oprogramowania z uwzględnieniem identycznej dla wszystkich wykonawców w postępowaniu podstawy opłat serwisowych i jednolitych stawek opłat serwisowych producenta dla poszczególnych okresów wsparcia. Jedynie w ofercie odwołującego cena wsparcia technicznego dla posiadanych licencji zaoferowana jest równa cenie wyliczonej przez producenta, ceny SID sp. z o.o. i Inteligence Sp. z o.o. są od niej wyższe, co powoduje niezgodność tych ofert z SIWZ i uzasadnia ich odrzucenie.

SID sp. z o.o. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie

odwołania.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

W rozdziale IX pkt 4 SIWZ (str. 4) zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie w sposób należyty wykonali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal realizują) co najmniej jedną dostawę licencji i wsparcia oprogramowania klasy ERP zrealizowaną w ramach jednej umowy o wartości co najmniej 3 000 000,00 PLN brutto z zastrzeżeniem, że dostawa licencji i wsparcia oprogramowania, o którym mowa powyżej dotyczyła/dotyczy licencji i wsparcia oprogramowania zaoferowanych w ramach niniejszego postępowania.

Udzielając na pytania wykonawców zamawiający w piśmie z 3 września 2015 doprecyzował, iż wskazana w SIWZ wartość odnosi się nie do wartości ogólnej umowy, w ramach której dostarczano licencję i wsparcie oprogramowania klasy ERP, ale wartości samej licencji i wsparcia oprogramowania klasy ERP w ramach zawartej umowy.

W odpowiedzi SID sp. z o.o. powołał umowę, której przedmiotem był projekt rozbudowy środowiska analitycznego systemu SIS do wersji SAP BI 4.0 In-memory, w tym dostawa, instalacja i konfiguracja oprogramowania hurtowni danych SAP HANA oraz dostawa usług wsparcia producenta SAP wykonywana na rzecz Narodowego Banku Polskiego od 26 listopada 2015 r. (str. 26-27 oferty). Potwierdzeniem należytego wykonania umowy jest poświadczenie z 25 września 2015 r. (str. 28 oferty), zgodnie z którym umowa obejmowała:

1. dostarczenie platformy sprzętowej HP SAP HANA opartej o serwery DL 980 wraz z systemem zarządzającym i operacyjnym Linux;
2. dostawa, instalacja i konfiguracja oprogramowania hurtowni danych SAP HANA Enterprise Edition wraz z produktami SAP Data Services.
3. dostawę usług wsparcia SAP (SAP enterprises Support);
4. usługi instalacyjno-wdrożeniowe i konsultacyjne;
5. dostawę usług wsparcia sprzętu HP (usługa w toku).

Wartość zrealizowanej umowy wynosiła ponad 5. 000 000,00 zł brutto.

W toku postępowania zamawiający wyjaśniał, czy przedmiotem dostawy powołanej przez SID sp. z o.o. była również dostawa licencji (pismo z 23 października 2015 r., str. 3), na co przystępujący udzielił odpowiedzi twierdzącej (pismo z 27 października 2015 r.)

W zakresie cen wsparcia technicznego dla posiadanych licencji ceny wskazane przez poszczególnych wykonawców wynosiły:

- odwołującego - cena równa cenie wyliczonej przez producenta oprogramowania - 7 361 690,47 zł;
- SID sp. z o.o. - 7 449 690,47 zł,
- Itelligence: 8 230 301,56 zł .

Wykonawca SID w swojej ofercie (Załącznik nr 8, tabela „Doświadczenie Zawodowe”, str. 26 oferty) dla spełnienia warunków udziału wykazał następujące zamówienie:

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie przed Izba jest postępowaniem spornym, w którym strony i uczestnicy zobowiązani są do wskazywania dowodów na poparcie swoich twierdzeń i na odparcie twierdzeń strony przeciwnej.

W pierwszej kolejności Izba oceniła zatem dokumenty złożone na rozprawie.

Nie uwzględniono w charakterze dowodu jedenastu wydruków ze stron internetowych złożonych przez odwołującego. Orzecznictwo konsekwentnie odmawia takim dokumentom waloru dowodu. Dodatkowo złożone wydruki nie były podpisane, ani nawet parafowane, co uniemożliwia uznanie ich za dokument. Wynikające z nich tezy zaprezentowane na rozprawie przez odwołującego stanowią zatem oświadczenie strony. Niepodpisane i niepoświadczone za zgodność pismo z 24 września 2015 r. zatytułowane „Zweryfikowana oferta” oraz wydruk „Wycena usług enterprises suport” nie zostało uwzględnione jako dowód.

W poczet materiału dowodowego zaliczono natomiast oświadczenie SAP Polska z 20 listopada 2015 r. złożone w jego imieniu przez umocowanych pełnomocników (pełnomocnictwo załączono). Dokumenty te zostały złożone na rozprawie w formie kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika zamawiającego i mają walor dowodu z dokumentu prywatnego.

Opinia prof. dr hab. M. F. z Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Akademii Górniczo-Hutniczej złożona przez odwołującego w oryginale oraz opinia dr hab. Inż. R. B. z Katedry Systemów i Sieci Komputerowych Politechniki Wrocławskiej złożona przez przystępującego w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu przystępującego stanowią prywatne ekspertyzy opracowane na zlecenie stron sporu i stanowią wyłącznie wyjaśnienie stanowisk stron.

Dokumenty te nie stanowią dowodu z opinii biegłego, zostały bowiem sporządzone na zlecenie uczestników sporu, Izba nie wydała postanowienia w przedmiocie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, nie wyznaczyła biegłego i nie określiła przedmiotu i granic, w jakich ma się on wypowiedzieć.

Za dowód z dokumentu prywatnego został uznany fragment oferty złożonej przez

przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Zakup rozbudowy Środowiska Analitycznego systemu SIS do wersji SAP BI 4.0 In-memory” poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Prezesa przystępującego. Podpisane przez Prezesa przystępującego oświadczenie z 26 listopada 2015 r. ma walor oświadczenia uczestnika postępowania odwoławczego.

Kolejno Izba wzięła pod rozwagę, że ciężar dowodu w niniejszym postępowaniu odwoławczym spoczywał na odwołującym, który ze swoich twierdzeń chciał wywieść skutek w postaci wykluczenia przystępującego oraz odrzucenia oferty przystępującego oraz Itelligence Sp. z o.o. (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c.)

Ciężar dowodu ma aspekt procesowy oraz materialnoprawny; pierwszy dotyczy powinności stron sporu w zakresie przedstawiania dowodów potrzebnych do rozstrzygnięcia sprawy, drugi - negatywnych skutków wynikających z nieudowodnienia przez stronę faktów, z których wywodzi ona skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił trafności zarzutów stawianych zamawiającemu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a Pzp wykonawca ma wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Tym samym treść wymagania zamawiającego opisanego w warunku udziału w postępowaniu również powinna podlegać interpretacji na ten dzień. Wymagają tego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W aspekcie spełnianie przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu kluczowe dla rozstrzygnięcia było więc ustalenie, jak obecnie należy rozumieć pojęcie „oprogramowanie klasy ERP” użyte przez zamawiającego w rozdziale IX pkt 4 SIWZ.

Teza, że oprogramowania hurtowni danych SAP HANA nie może być uznane za oprogramowanie klasy ERP w rozumieniu tego pojęcia według stanu rzeczy istniejącym w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, nie została udowodniona przez odwołującego.

Izba zważyła, że z opinia prof. dr hab. M. F. oparta jest na literaturze, z której najpóźniejsza pozycja została wydana w roku 2010. Tymczasem ze stanowisk prezentowanych na rozprawie niespornie wynika, że aktualnie SAP HANA wchodzi w skład oprogramowania ERP, w związku z integracją środowiska analitycznego Business Intelligence z oprogramowaniem klasy ERP. Ten stan rzeczy potwierdza opinia dr hab. Inż. R. B. złożona przez przystępującego. Wynika z niej, że obecnie system klasy BI stanowi istotne rozszerzenie aplikacji typu ERP, a środowisko analityczne BI stanowi integralną część nowoczesnego oprogramowania klasy ERP.

Odwołujący wskazywał wprawdzie, że zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronach internetowych m.in. SAP i przystępującego oprogramowania SAP HANA i ERP to dwa odrębne

produkty, jednak twierdzenie to musi ustąpić wobec oceny dostawcy oprogramowania dostarczonego przez SID sp. z o.o. dla NBP.

Opinia wyrażona przez SAP Polska dotyczy bezpośrednio oprogramowanie SAP HANA wskazanego przez SID sp. z o.o. dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Czytamy w niej, że „oprogramowanie SAP HANA dostarczone przez SID sp. z o.o. do Narodowego Banku Polskiego jest oprogramowaniem klasy ERP zgodnie z powszechnie przyjętym obecnie rozumieniem istoty funkcjonalności i referencyjną architekturą systemu prezentowaną przez SAP.”

Izba uznała, że wobec braku zawężenia pojęcia „oprogramowanie ERP” w treści warunku udziału w postępowaniu, należy przyjąć powszechne, a więc możliwie szerokie rozumienie tego pojęcia. Sam odwołujący stwierdził w odwołaniu oraz w czasie rozprawy, że w powszechnym rozumieniu pojęcia oprogramowanie ERP i oprogramowanie SAP są zbieżne.

Przystępujący wykazał spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia i nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu nie wykazania doświadczenia w wykonaniu zamówienia dotyczącego oprogramowania klasy ERP.

Odwołujący nie podlega wykluczeniu z powodu braku dostarczenia licencji o wartości wymaganej przez zamawiającego.

Izba zważyła, że treść warunku nie wskazuje jednoznacznie, że wymagana przez zamawiającego wartość 3.000.000 zł dotyczy wyłącznie licencji i wdrożenia i sama SIWZ nie stanowiła podstawy dla zarzutu odwołującego. Zamawiający doprecyzował wprawdzie swoje wymagania w wyjaśnieniach treści SIWZ, jednak twierdzenia odwołującego o zbyt małej wartości licencji pozostały całkowicie gołosłowne. Natomiast twierdzenie przeciwne, że wartość licencji i wparcia udzielonych przez SID sp. z o.o. na rzecz NBP jest wyższa od 3 mln zł brutto, wynika zarówno z pisma SAP Polska str. 3, jak i z treści formularza ofertowego złożonego przez SID sp. z o.o.

Nie potwierdził się również zarzut niezgodności treści ofert przystępującego i Itelligence Sp. z o.o. z treścią SIWZ.

Przede wszystkim Izba zważyła, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy treść oferty wykonawcy nie odpowiada wymaganiom zamawiającego w sposób jasny wyrażonym w SIWZ. W okolicznościach sprawy spór dotyczy dopuszczalności naliczenia sobie przez wykonawcę wynagrodzenia za wyższego, niż wynikające z cennika SAP.

Oceniając ten spór Izba zważyła, że z żadnego postanowienia SIWZ nie wynika, aby doliczenie przez wykonawcę marży ponad opłatę na rzecz SAP było niedopuszczalne. W ocenie Izby elementem świadczenia wykonawcy jest w tym postępowaniu przywrócenie wsparcia technicznego producenta do aktualnie posiadanego oprogramowania, do czego wymagana jest zapłata producentowi za okresy w jakim oprogramowanie posiadane przez zamawiającego nie korzystało ze wsparcia producenta. Brak jest podstaw ku temu, aby w tym zakresie wyłączyć możliwości uzyskania przez wykonawcę przychodu, mimo że nie wchodzi tu w grę bezpośrednio jego świadczenie na rzecz

zamawiającego. Wobec brzmienia postanowień SIWZ jest suwerenną decyzją wykonawcy, czy w zakresie przywrócenia wsparcia poprzestanie na wynagrodzeniu minimalnym, a więc w wysokości, którą będzie musiał następnie uiścić na rzecz SAP, czy też doliczy sobie marżę ponosząc ryzyko, że złożona przez niego oferta będzie mniej konkurencyjna w kryterium ceny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....