

**WYROK**

**z dnia 10 stycznia 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2013 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SII Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) COHESIVA Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Comarch Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., adres dla pełnomocnika: Al. Jana Pawła 41G, 31-864 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym czynności spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa** 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: (1) SII Sp. z o.o.**

- (pełnomocnik wykonawców), (2) COHESIVA Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) SII Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) COHESIVA Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa** kwotę **18 617 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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**

W dniu 13 grudnia 2013 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”) odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Sii Sp. z o.o. - Pełnomocnik (Lider Konsorcjum) oraz COHESIVA Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera w Warszawie (zwany dalej „Odwołującym”).

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „ Wykonanie III etapu projektu „Budowa systemu usług elektronicznych MS, w tym uruchomienie usług dla przedsiębiorców i osób fizycznych, poprzez dostęp elektroniczny do wydziałów Krajowego Rejestru Sądowego, Krajowego Rejestru Karnego, Biura Monitora Sądowego i Gospodarczego” prowadzi Zamawiający Skarb Państwa, który reprezentowany jest przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

Odwołanie dotyczy części I zamówienia, i czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący zarzucił, że

1. czynność wyboru w dniu 03 grudnia 2013 r. wykonawcy w postępowaniu tj. Spółki Comarch Polska S.A. i Spółki Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (konsorcjum) naruszyła art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podczas gdy oferta tego konsorcjum (w szczególności cena) wykroczyła poza zabezpieczony dla przedmiotowego postępowania budżet i tym samym naruszono ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszanie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r., poz. 1529);
2. czynność wyboru wykonawcy Spółki Comarch Polska S.A. i Spółki Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (konsorcjum) naruszyła art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp tj. czynność ta była niezgodną z SIWZ, podczas gdy w postanowieniach Rozdziału XIII pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że podstawowym kryterium oceny ofert jest cena a cena ofertowa wybranego wykonawcy przekraczała szacunkową wartość zamówienia jaką przyjął Zamawiający a także wykonawcy w postępowaniu;
3. czynność oceny (wykazania) spełniania przez ofertę Konsorcjum Sii warunków udziału w postępowaniu była nieprawidłowa i naruszyła art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1, 2, 3 Pzp, podczas gdy Konsorcjum w wyjaśnieniach kierowanych do Zamawiającego w toku postępowania (zgodnie z prawem i stanem faktycznym) wykazał spełnianie przez Wykonawców wszystkich (żądanych przez Zamawiającego w SIWZ) warunków uczestnictwa w postępowaniu;

4. czynność uznania oferty Wykonawców Odwołujących za odrzuconą (w konsekwencji zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp) naruszyła art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, podczas gdy w toku postępowania Wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w toku wymiany pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym korespondencji (zapytania i wyjaśnienia) Wykonawca udzielił Zamawiającemu zgodnych z prawem i stanem faktycznym wyczerpujących wyjaśnień, które nie uprawniały Zamawiającego do wykluczenia Wykonawców z Postępowania;

5. czynność wykluczenia Wykonawców Odwołujących z postępowania naruszyła art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, podczas gdy w toku postępowania Wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w toku wymiany pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym korespondencji (zapytania i wyjaśnienia) Wykonawca udzielił Zamawiającemu zgodnych z prawem i stanem faktycznym wyczerpujących wyjaśnień, które nie uprawniały Zamawiającego do wykluczenia Wykonawców z postępowania;

6. czynność nieprawidłowej wykładni postanowień SIWZ i całości dokumentacji postępowania przez Zamawiającego w szczególności dotyczących zagadnień równoważności, naruszyła art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3 a także art. 36 ust. 1 pkt 3, 5, 6 PZP, podczas gdy po analizie oferty i wyjaśnień Wykonawców Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości co do tego, iż oferta, w szczególności zaś zaoferowane rozwiązania są równoważne, zgodnie z ustawą Pzp oraz orzecznictwem KIO i sądów powszechnych;

7. czynność faktycznej zmiany SIWZ przez Zamawiającego (w sposób nieuprawniony i niezgodny z ustawą) w zakresie „równoważności” naruszyła art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy oraz postanowienia Rozdziału III, pkt 6, 7, 8, 9, SIWZ i Rozdziału V pkt 1 SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), podczas gdy ustawa wskazuje okoliczności, w których Zamawiający posiada uprawnienie do zmiany SIWZ (w uzasadnionych przypadkach) a w przedmiotowym postępowaniu (zważywszy na odpowiedzi na pytania oraz wyjaśnienia Zamawiającego w toku postępowania) Zamawiający w istocie (faktycznie) wyeliminował postanowienia o równoważności i zastąpił je (faktycznie) postanowieniami o tożsamości rozwiązań, których oczekuje od wykonawców w postępowaniu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 lipca 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz. U./S S143 25/7/2013 249304- 2013-PL, wysłane w dniu 23 lipca 2013 r.) a zmienione w dniu oraz 24 lipca 2013 r. (ID: 2013-100462) oraz w dniu 08 sierpnia 2013 r.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty Spółki Comarch Polska S.A. oraz Spółki Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu z powodu zaoferowanej (najwyższej) ceny i odrzucenie tej oferty;
2. Zaniechania wykluczenia Odwołującego z postępowania;

3. Zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu;
4. Dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Sii;
5. Uznanie, że wyjaśnienia i oświadczenia złożone przez Odwołującego w toku postępowania są wystarczające dla prawidłowej oceny oferty tego wykonawcy;
6. Uznanie, że oferta Odwołującego w tym także złożone w toku postępowania wyjaśnienia są zgodnie z PZP oraz SIWZ a cena spełnia kryteria wskazane w Rozdziale XIII pkt. 1 SIWZ, str. 17.

ewentualnie o:

7. Unieważnienie w całości czynności Zamawiającego dotyczącej wykluczenia Wykonawców Odwołujących się i odrzucenia ich oferty;

ponadto,

8. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego poniesionych przez niego kosztów Odwołania - zgodnie z normami przepisanyymi.

Jednocześnie wnoszono o przeprowadzenie:

9. dowodów z dokumentów zgłoszonych w uzasadnieniu odwołania a znajdujących się w aktach postępowania u Zamawiającego;
10. dowodów z zeznań świadka:
  - a. Pana Mirosława K. z firmy MPTM Ewa K. na okoliczność potwierdzenie spełnienia warunków równoważności przez produkty informatyczne zaoferowane przez konsorcjum firm Sii Sp. z o. o. oraz Cohesiva Sp. z o. o. w postępowaniu;
11. dowodu z opinii biegłego z zakresu / dziedziny informatyki o specjalności wdrażania systemów informatycznych na okoliczność spełnienia warunków równoważności przez produkty informatyczne zaoferowane przez konsorcjum firm Sii Sp. z o. o. oraz Cohesiva Sp. z o. o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący powziął informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania w dniu 04 grudnia 2013 r. tj. w dniu w którym doręczono zostało Odwołującemu pismo Zamawiającego datowane na dzień 03 grudnia 2013 r. informujące m.in. o wykluczeniu Wykonawców i odrzuceniu ich oferty. Tym samym odwołanie wniesiono z zachowaniem ustawowego terminu na jego wniesienie. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania, co oznacza, że odwołanie nie zawiera braków formalnych.

W zakresie wykazania interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej i szkody, Odwołujący zaznaczył, że zamierza ubiegać się o wykonanie przedmiotu postępowania i złożył w nim stosowną ofertę, tj. zgodną z SIWZ. Zamawiający poprzez wykluczenie Wykonawców z postępowania oraz odrzucenie ich oferty, a także wybór oferty Spółki Comarch Polska S.A. i Spółki Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (konsorcjum)

pozbawił Odwołującego możliwości, aby to jego oferta była wybrana przez Zamawiającego. Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości wygrania przetargu - a co za tym idzie otrzymania realizacji zamówienia. W ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż działania i zaniechania Zamawiającego pozbawiły go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia (tak: KIO 1389/11, KIO 800/12, KIO 803/12, KIO 804/12, KIO 807/12, KIO 792/11).

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 i art. 7, art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3, 5, 6 a także art. 38 ust. 4 ustawy Pzp i podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, wskazano, że Zamawiający w piśmie z dnia 03 grudnia 2013 r. wskazał, że „GlassFish i ACMS nie są produktami równoważnymi”. W dalszej części tego pisma wskazał, także że „(bazy) IBM DB2 i OracleRdb nie są produktami równoważnymi”. Opisując zaoferowany przez Wykonawcę system Windows Serwer 2008 Zamawiający oświadczył, że system ten nie jest równoważny z systemem Open VMS.

Odwołujący nadmienił, że pismami z dnia 6 września 2013 r. oraz 19 września 2013 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do „dostarczenia do siedziby Zamawiającego licencji i nośników: DB2, serwera aplikacji GlassFish, systemu operacyjnego Windows Server 2008 w celu sprawdzenia czy wymienione w ofercie produkty spełniają warunek równoważności określony w SIWZ w rozdz. III iv pkt. 9”. Pismo z dnia 6 września 2013 r. zostało „anulowane” pismem z dnia 19 września 2013 r. Jednocześnie w piśmie z dnia 19 września 2013 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do „dostarczenia do siedziby Zamawiającego licencji i nośników: DB2, serwera aplikacji GlassFish, systemu operacyjnego Windows Server 2008 w celu sprawdzenia czy wymienione w ofercie produkty spełniają warunek równoważności określony w SIWZ w rozdz. III w pkt. 9”. Wykonawca pragnie wskazać (jak podkreślił to już w piśmie z dnia 20 września 2013 r. oraz w piśmie z dnia 25 września 2013 r.), że Zamawiający nie mógł żądać od Wykonawcy „realizacji jakichkolwiek dostaw czy wypożyczenia dostarczanych produktów (oprogramowanie)/licencji na obecnym etapie jeżeli nie powziął wątpliwości do produktów oferowanych przez Wykonawcę” (pismo Wykonawcy z dnia 25 września 2013 r.). Powyższe wskazuje jasno, że Zamawiający naraża się na zarzut nieznanomości zasad postępowania o zamówienie publiczne stawiając Wykonawcy wymagania nieznanne Pzp.

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału V pkt 1 SIWZ, Zamawiający wskazał, że Wykonawca może zaoferować rozwiązanie / produkt / usługę równoważną do tej wskazanej w SIWZ. SIWZ w brzmieniu przytaczanym w tym punkcie nie został formalnie zmieniony. W kwestii równoważności wskazane powyżej zdanie odsyła do definicji sformułowanej w Rozdziale III ust. 9 SIWZ. Dla Wykonawcy treść SIWZ tym zakresie jest jasna. Jak się

wydaje odmienne stanowisko ma Zamawiający, czyli podmiot, który jako gospodarz postępowania przygotował i prowadził przedmiotowe postępowanie. Jednocześnie w piśmie wykluczającym i odrzucającym ofertę Wykonawcy (pismo z dnia 03 grudnia 2013 r.) Zamawiający wskazuje w istocie, że nie preferuje w postępowaniu rozwiązań równoważnych (do którego to rozwiązania obliguje go ustawa PZP i art. 29 ust. 3 PZP) i oświadcza, że preferuje rozwiązania tożsame z tymi, które zawarł w SIWZ. Działaniem takim Zamawiający narusza tak przygotowany przez siebie SIWZ (m.in. Rozdział III pkt 6, 7, 8, 9 SIWZ oraz Rozdział V pkt 1 SIWZ), ale przede wszystkim art. 38 ust. 4 PZP. Zmiana SIWZ jakiej faktycznie dokonał Zamawiający: nie jest dokonana w odpowiednim terminie, nie jest uzasadniona, nie jest zmianą dokonaną z zastosowaniem procedury przewidzianej przez PZP.

Zamawiający przyjął definicję równoważności (Rozdział III ust. 9 SIWZ) i wskazał, że „przez produkt równoważny należy w niniejszym dokumencie rozumieć produkt lub rozwiązanie techniczne dające taki sam efekt wynikowy jak zamieniany pierwowzór, co oznacza, że produkt równoważny lub równoważne rozwiązanie musi wytwarzać kod wykonywalny działający na sprzęcie posiadanym przez Zamawiającego i współpracować z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem, zapewniając poprawne działanie wszystkich dotychczasowych funkcji oprogramowania Zamawiającego, a także nowych funkcji zamawianych w ramach niniejszego postępowania” (Rozdział III ust. 9 zdania drugie SIWZ, str. 4). W odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego z dnia 19 września 2013 r. Wykonawca udzielił obszernej (zawierającej także specjalistyczną wiedzę informatyczną) odpowiedzi, w której wskazał, m.in.: że wykaz (strony 55-56 Oferty) i referencja (strona 57 Oferty), na które powołuje się Zamawiający w piśmie z dn. 19.09.2013r. odnoszą się nie do wykazu produktów, czy produktów równoważnych, lecz - zgodnie z treścią Załącznika nr 8 do SIWZ - odnoszą się do wykazania posiadanego przez Konsorcjum wiedzy i doświadczenia, m.in. poprzez zastosowanie przez Członka Konsorcjum technologii informatycznej opartej o: system operacyjny Windows Server 2008 w wersji 64-bitowej, bazę danych DB2 w wersji 9 oraz serwer aplikacji Glassfish, Zgodnie z treścią SIWZ i jego Załączników, Zamawiający nie wymagał od Wykonawców wskazania, ani w ofercie (według wzoru z Załącznika nr 7 do SIWZ), ani w pozostałych składanych wraz z ofertą załącznikach (wzory Załączników nr 4 i nr 8 do SIWZ) WYKAZU OFEROWANYCH PRODUKTÓW spełniających wymagania SIWZ (np.: w przypadku produktów równoważnych). Potwierdzenie posiadanej wiedzy i doświadczenia wymagane zgodnie z SIWZ zostało złożone wraz z oświadczeniem (wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ) przez Konsorcjum.

Wykonawca podkreślił, że jego zdaniem produkty i usługi:

- 1) „OpenVMS 164” i „Windows 2008 Server”;

- 2) „Oracle RDB" i „IBM DB2";
- 3) Monitor transakcji „ACMS" i „GlassFish";
- 4) „MarkLogic" i „mongoDB". są równoważne.

Przedstawił w tym zakresie szeroką analizę techniczną, która znana była Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert, ponieważ dołączona została doskładanych przez Odwołującego w toku postępowania wyjaśnień. Wykonawca wskazał, na podstawie wniosków przeprowadzającego analizę techniczną, że w świetle ogólnego przeznaczenia, możliwości technicznych i funkcjonalnych równoważności wskazanej przez Zamawiającego w SIWZ produkty referencyjne i oferowane są równoważne. Za pomocą porównywanych par produktów można, przy właściwej wiedzy i doświadczeniu związanym z tymi produktami uzyskać praktycznie takie same efekty.

Co do Wykazu Wykonanych Głównych Usług a Wykaz Produktów, to zauważono, że Zamawiający w Załączniku 8 do SIWZ żądał tzw. wykazu wiedzy i doświadczenia, a nie wykazu produktów czy produktów równoważnych. Zgodnie z ustawą Pzp, Zamawiający ma prawo domagać się od Wykonawcy udowodnienia swojej wiedzy i doświadczenia, a co za tym idzie upewnienia się, że ma on potencjał do wykonania Zamówienia. Jednakże uzyskiwanie / pozyskiwanie tej wiedzy może nastąpić tylko w ramach obowiązującej ustawy i środkami tam przewidzianymi. Istnieje ryzyko, że Zamawiający dokonuje interpretacji SIWZ w tym względzie w sposób: nieuprawniony, w momencie postępowania, w którym nie ma do tego uprawnienia, naruszając tym samym podstawową zasadę wyrażoną w art. 7 - zasadę uczciwej konkurencji.

Zamawiający konstruując Załączniki do SIWZ (zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3, 5, 6 PZP) zawarł w nich stosowne wzory określonych oświadczeń, które w toku postępowania mieli złożyć Wykonawcy. Jeżeli więc Zamawiający (jako gospodarz postępowania) wskazuje w Załączniku nr 4 i 5 a także 6 do 8 jasne i niepodlegające rozszerzającej wykładni oświadczenia, to oświadczenia takie są (w momencie ich podpisania przez Wykonawców) wiążące dla Wykonawcy i Zamawiającego. Literalnie brzmienie Załącznika nr 4 i Załącznika nr 8 nie daje możliwości wnioskowania, że Zamawiający żądał od Wykonawcy wskazania wykazu produktów lub wykazu produktów równoważnych w postępowaniu, ponieważ Wykaz Wykonanych Głównych Usług nie jest równoznaczny z wymaganym wykazem oferowanych produktów. Jak słusznie wskazuje KIO w wyroku z 10 maja 2013 r. „zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga, aby stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega uznaniowości zamawiających na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy interpretacji tych postanowień należy kierować się przede wszystkim znaczeniem słów,



wyrażeń i zwrotów oraz ich składnią ustalonymi z uwzględnieniem reguł języka polskiego. Należy jednak odrzucić interpretacje oparte wyłącznie na intencjach zamawiających, które nie zostały uzewnętrznione w formie pisemnej przed terminem składania ofert, niezależnie od tego, czy obiektywnie byłyby to warunki bardziej adekwatne do przedmiotu zamówienia" (tak wyrok KIO z dnia 10 maja 2013 r., KIO 964/13, LEX nr 1335068).

Odnosnie zagadnienia równoważności, to jak wskazuje w swoim poradniku PARP „zasadniczo (...) równoważność będzie oznaczała, iż produkt porównywany ze wskazanym w opisie będzie charakteryzował się podobnymi albo lepszymi parametrami. (...) Zamawiający powinien w celu zapewnienia przejrzystości postępowania, usunąć ewentualne wątpliwości wykonawców, poprzez doprecyzowanie parametrów równoważności (...)" (por. „Przygotowanie postępowania o zamówienie publiczne, PARP, Warszawa 2011, str. 22 i 24). I dalej w tej samej publikacji stwierdzono, „że każdy zamiennik musi z istoty swej różnić się w jakimś zakresie od oryginału". Powyższe odbiega od koncepcji Zamawiającego, który - jak się wydaje - żąda w postępowaniu identycznego, takiego samego rozwiązania jakie podaje jako „oryginalne". Jak się wydaje Zamawiający nie uznaje tego (ugruntowanego poglądu KIO), gdyż w piśmie z dnia 03 grudnia 2013 r. opisując oprogramowanie ACMS jakiego wymaga wskazuje, że oprogramowanie zaoferowane przez Wykonawcę „istotnie różni się od wymaganego pierwowzoru". Należy ponownie wskazać i podkreślić definicję równoważności z Rozdz. III ust. 9 SIWZ. Przypomnieć należy, że zgodnie z tą definicją „przez produkt równoważny należy (...) rozumieć produkt lub rozwiązanie techniczne dające taki sam efekt wynikowy jak zamieniany pierwowzór, co oznacza, że produkt równoważny lub równoważne rozwiązanie musi wytwarzać kod wykonywalny działający na sprzęcie posiadanym przez Zamawiającego i współpracować z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem, zapewniając poprawne działanie wszystkich dotychczasowych funkcji oprogramowania Zamawiającego, a także nowych funkcji zamawianych w ramach niniejszego postępowania". Równoważny nie znaczy taki sam czy tożsamy. Zgodnie z wyrokiem KIO z 22 marca 2013 r. „ofertą równoważną jest oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o jakości i funkcjonalności takiej samej lub zbliżonej do tej, jaka została opisana w SIWZ" a więc nie tej samej jak chciałbym Zamawiający (tak wyrok KIO z dnia 22 marca 2013 r., KIO 522/13, LEX nr 1308920). Ustawodawca a także KIO w swoich judykatach potwierdza zasadę, iż wprowadzenie instytucji równoważności w PZP nie może pozostać pustym zabiegiem i nie może być postanowieniem martwym. „Samo podanie w SIWZ określenia "lub równoważny" bez podania co pod tym pojęciem zamawiający rozumie nie czyni zadość przepisom p.z.p. Dopuszczenie produktów równoważnych nie może być bowiem iluzoryczne, lecz rzeczywiste. Produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu

referencyjnego parametry i funkcjonalności, gdyż pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów" (por. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2012 r., KIO 2283/12, LEX nr 1228810).

Zdaniem Wykonawcy Zamawiający błędnie rozumie instytucję równoważności, poszukuje więc w ofertach wykonawców rozwiązań tożsamych, podczas gdy rozwiązanie równoważne tożsamym (ex definitio) być nie może. Wykonawca mógłby przytaczać kolejne dziesiątki orzeczeń KIO w zakresie równoważności i wykazywać niezrozumienie Zamawiającego w tym aspekcie. Końcowo już podkreśla, iż „w przypadku równoważności, o której mowa w art. 29 ust. 3 p.z.p. przedmiotem odniesienia jest rozwiązanie referencyjne, porównuje się zatem konkretne materiały, produkty, ze swej istoty obejmujące cały konglomerat cech technicznych i jakościowych, co do których oczywistym jest, że nie mogą być identyczne" (por. wyrok KIO z dnia 31 października 2010 r., KIO 2235/11, wyrok KIO 2949/11 z dnia 17 maja 2011 r.). Wykonawca podkreśla ponownie, że użyte w uzasadnieniu do wykluczenia Wykonawcy z postępowania stwierdzenia, że „produkty wymienione przez Wykonawcę (...) i zawarte w wymaganiach Zamawiającego wykonują podobne lub nawet te same funkcje nie oznacza, że ich stosowanie jest identyczne lub podobne" (pismo z dnia 2 października 2013 r.) świadczy o braku wiedzy i rozeznania Zamawiającego co rozumie przez równoważność w tymże postępowaniu.

Odnosnie możliwości naruszenia ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Wykonawca Odwołujący wskazuje, że Ministerstwo Sprawiedliwości objęte jest reżimem tej ustawy. Zgodnie zaś z art. 11 tejże ustawy „naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków”. Do dnia ogłoszenia wyników postępowania Zamawiający a co za tym idzie Wykonawcy uznawali informację o szacunkowej wartości Zamówienia za „wiązącą”. Zamawiający na podstawie wykonanego i badania rynku oszacował wartość zamówienia na kwotę 3 660 500,00 zł brutto. Różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Konsorcjum Comarch i Pentacomp jest ogromna. To kwota prawie 500 000,00 złotych. O tyle więc decyzją Zamawiającego - zwiększono obciążenie budżetu Zamawiającego z tytułu tego Zamówienia. Powstaje więc zasadne pytanie z jakich środków zostanie pokryta różnica pomiędzy kwotą szacunkową wskazaną w Ogłoszenie o Zamówieniu a ceną zaoferowaną przez wybrane Konsorcjum. Czy na dzień wyboru tego podmiotu przez Zamawiającego środki te były w budżecie Zamawiającego? Odwołujący przywołał orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 31 stycznia 2013 r., BDF1/4900/114/112- 113/12/3295).

Podkreślenia wymaga fakt, iż to sam Zamawiający wskazał w SIWZ (vide Rozdział XIII pkt 1), że kryterium, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, będzie cena. Jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru podmiotu, który zaoferował najwyższą cenę.

Co do sposobu złożonych przez Odwołującego dokumentów „Referencje”, podniesiono, że z oferty wynika, że jeden z Wykonawców (Członek Konsorcjum) Spółka Cohesiva Sp. z o.o. wykonała na zlecenie Spółki MIS S.A. serwis s24. Serwis S24, który jest obecnie produktywnie wdrożony (użytkowany) z dniem 31 grudnia 2011 r. przez Zamawiającego - Ministerstwo Sprawiedliwości. Na marginesie można dodać, że nie ma w tym przypadku lepszej referencji niż działający system informatyczny użytkowany właśnie przez Zamawiającego - Ministerstwo Sprawiedliwości. Podobnie rzecz ma się z usługą wskazaną w pkt 2 Załącznika nr 8 do SIWZ prawidłowo wypełnionego przez Wykonawcę, gdzie wskazano inny system tj. eMS użytkowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości (od stycznia 2013 r.). Powyższe dane, jako dane prawdziwe i sprawdzalne dla Ministerstwa Sprawiedliwości są wystarczające aby uznać, że Załącznik nr 8 jest prawidłowy, a zawarte w nim dane prawdziwe. Pomimo to Zamawiający w piśmie z dnia 03 grudnia 2013 r. wskazuje, że referencje te potwierdzają wykonanie określonych usług / dostaw w sposób ogólny. PZP nie dookreśla treści ani formy referencji jakie ma wystawiać podmiot zamawiający podmiotowi wykonującemu zamówienie publiczne (tak wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r., KIO 771/12). Jak jest to wiadomo wszystkim uczestnikom postępowań o zamówienia publiczne „referencje zwykle wystawiane są nie na użytek konkretnego postępowania, stąd w sposób bardziej ogólny opisują zakres dostaw, usług lub robót, których dotyczą, mają charakter uniwersalnych, pozwalających uczynić z nich użytek w różnych postępowaniach i okolicznościach. Niejednokrotnie dokumenty referencji wystawia się w sposób uniwersalny, agregując częściowe dostawy w jedną ogólniej określoną, bez szczegółowego wskazywania poszczególnych elementów, jakie składały się na dostawy” (tak wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2012 r., KIO 93/12).

Wykonawca odniósł się również do treści SIWZ oraz do „korespondującej” z nią oferty Wykonawcy. W załączniku nr 1 do „Wzoru umowy ma dostawę sprzętu i oprogramowania” (stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający wskazał w tabeli na str. 13 wymaganie oznaczone jako WN-63. Jednocześnie w ofercie Wykonawcy z dnia 27 sierpnia 2013 r. wskazano wielokrotnie m.in. w Załączniku nr 8 „Wykaz Wykonanych Głównych Usług” (pkt 1 i 2), że wykonywał zamówienia z uwzględnieniem rozwiązań informatycznych wskazanych w SIWZ, co oznacza, że posiada wiedzę i doświadczenie oraz potencjał do wykonanie Zamówienia. Powyższa informacja znalazła się także w referencji MIS S.A. na

stronie 56 oferty. Informacja ta (na wniosek Zamawiającego) zostały ponownie potwierdzone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 17 września 2013 r.

Zdaniem Wykonawcy Zamawiający błędnie ocenił ofertę Wykonawcy Odwołującego, w tym również wcześniejsze wyjaśnienia i wykluczając go z postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp. Działania i zaniechania Zamawiającego noszą znamiona naruszenia przez niego podstawowej zasady Pzp a więc zasady zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu (art. 7 ustawy).

Wykonawca może domniemywać, że skoro podmiotem, który wygrał przedmiotowe postępowania jest podmiot, który zaoferował cenę dalece przekraczającą szacunki Zamawiającego to mamy tutaj do czynienia z nierównym traktowaniem podmiotów. Konsorcjum, które „wygrało” postępowanie zaoferowało cenę na poziomie 4 145 100,00 zł. Podczas gdy Zamawiający określił szacunkową wartość zamówienia w części I na kwotę bez VAT: 2 977 642 PLN. Jak wynika z orzecznictwa KIO „obowiązek równego traktowania wykonawców oraz zapewnienia uczciwej konkurencji oznaczają, że nie można zmieniać wcześniej ustalonych reguł, które były dla wszystkich takie same, aby dopasować je do konkretnego wykonawcy, którego zamawiający uważa zdolnego do realizacji zamówienia na podstawie innych przesłanek”.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący twierdzi iż odwołanie jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie w całości.

W dniu 18 grudnia 2013 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Comarch Polska S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., których oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wykonawcy wnosili o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia przekazana została Odwołującemu i Zamawiającemu, wykonawca wykazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia uznano za skuteczne.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania włączonych w poczet materiału dowodowego, akt postępowania odwoławczego sygnaturze KIO 2400/13 i KIO 2408/13, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Analizując dokumentację postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w odniesieniu do zarzutów stawianych przez Odwołującego, Izba stwierdziła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem V SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca udowodnił, że posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie, tj. wykaże, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał tj. zrealizował, zakończył, także w przypadku świadczeń wykonywanych okresowo lub ciągłych, co najmniej 1 (jedną) usługę w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia polegającej na:

- modernizacji oprogramowania albo
- serwisu aplikacji albo
- wykonania nowego oprogramowania

z jednoczesnym wykorzystaniem łącznie:

a) systemu operacyjnego OpenVMS I64 lub równoważnego zaoferowanego przez Wykonawcę w ofercie,

b) bazy danych Oracle Rdb lub równoważnej zaoferowanej przez Wykonawcę w ofercie,

c) monitora transakcyjnego ACMS lub równoważnego zaoferowanego przez Wykonawcę w ofercie,

o wartości wykonanej (zrealizowanej – zakończonej) usługi nie mniejszej niż 200 000,00 zł netto (bez VAT).

Pojęcie „równoważny” w tym przypadku należało rozumieć identycznie jak to zostało zdefiniowane w Rozdz. III ust. 9 SIWZ, czyli przez produkt równoważny należy rozumieć produkt lub rozwiązanie techniczne dające taki sam efekt wynikowy jak zamieniany pierwowzór, co oznacza, że produkt równoważny lub równoważne rozwiązanie musi wytwarzać kod wykonywalny działający na sprzęcie posiadanym przez Zamawiającego

i współpracować z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem, zapewniając poprawne działanie wszystkich dotychczasowych funkcji oprogramowania Zamawiającego, a także nowych funkcji zamawianych w ramach niniejszego postępowania.

Z Rozdziału VI SIWZ wynikało, że w celu potwierdzenia spełnienia opisanego przez Zamawiającego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia należało do oferty załączyć podpisany Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, Głównych Usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku, wypełniony według formularza określonego w załączniku nr 8 do SIWZ, zawierającego co najmniej następujące informacje:

- opis przedmiotu wykonanej usługi w sposób umożliwiający ocenę spełnienia warunku – z podaniem co najmniej typu usługi, np. poprzez sformułowanie „serwis aplikacji” albo „modernizacja oprogramowania” albo „wykonanie oprogramowania”. Opis musiał zawierać informacje o jednoczesnym wykorzystaniu w wykonanej usłudze oprogramowania, bazy danych i monitora wymienionych w rozdziale V ust 1. pkt 2) lit. a, b i c;
  - odbiorcę usługi ze wskazaniem co najmniej nazwy i adresu;
  - datę (dzień, miesiąc, rok) wykonania usługi w wymaganym w rozdziale V ust.1. pkt 2 SIWZ zakresie, tj. datę zakończenia usługi albo np. sformułowanie „usługa trwa do chwili obecnej lecz w wymaganym w rozdziale V pkt. 1. pkt 2). zakresie została wykonana”;
  - całkowitą wartość netto wykonanej usługi (bez VAT) w złotych;
- wraz z dowodami, że usługa(-i) została(-y) wykonana(-e) należycie.

Na początku rozważań podkreślenia wymaga, że zadaniem konstruowanego warunku udziału w postępowaniu jest zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia. Istota opisanego konkretnego warunku polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia. Zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytych przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Takie opisanie warunku udziału nie oznacza naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jednocześnie nie oznacza, że opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi pozwalać na udział w tym postępowaniu każdemu wykonawcy działającemu na rynku, czy w danej branży.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraża pogląd, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale

z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Zamawiający dokonując w przedmiotowym postępowaniu badania i oceny ofert w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, które w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia odwołującego się Konsorcjum z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, twierdzi, że to nie o równoważność (tożsamość) produktów będących przedmiotem wykazywanych w ramach warunku udziału w postępowaniu usług w rozumieniu art. 29 ustawy Pzp chodzi w tym wypadku (vide decyzja o wyniku postępowania z dnia 3 grudnia 2013 roku oraz stanowisko przedstawione na rozprawie). Z pewnością celem Zamawiającego nie było ograniczenie konkurencji na poziomie formułowania warunków udziału w postępowaniu, które umożliwiałyby, że za ważną ofertę mogłaby zostać uznana tylko oferta wykonawcy proponującego rozwiązanie tożsame/identyczne posiadanymi przez Zamawiającego. Powyższa kwestia odnosi się bowiem nie do zaoferowanego przedmiotu – jego równoważności wobec zakresu opisanego przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia, ale o do tego, czy zadania wykonane przez wykonawcę, mające przekonać o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia były równoważne do tych, jakie zamawiający wyraźnie opisał w treści tego warunku. Należy więc odróżnić badanie tożsamości/równoważności przedmiotu wykonanego w ramach zadania przedstawionego dla wykazania warunku udziału w postępowaniu, od oferowania konkretnego przedmiotu przez danego wykonawcę. W analizowanej sprawie, co trzeba podkreślić, chodzi jedynie o równoważność wykonanych usług/dostaw w stosunku do tych, jakie wyraźnie opisano w warunku udziału w postępowaniu, skoro czynność zamawiającego przybrała postać wykluczenia Odwołujących z postępowania, a nie odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ w zakresie zaoferowanego rozwiązania równoważnego.

Z jednej strony ze zgromadzonego materiału dowodowego oraz stanowiska przedstawionego ustnie wynika, że celem Zamawiającego było zweryfikowanie umiejętności

operowania produktami, których opis zawarto w SIWZ. Z drugiej zaś strony, Zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądał odpowiedzi na kilka pytań, w tym m.in. na pytanie: „Czy możliwe jest zastosowanie serwera aplikacji GlassFish w oprogramowaniu, które posiada Zamawiający, a które wykorzystuje procesor transakcyjny ACMS?”. Sposób sformułowania pytania sugeruje, że Zamawiający chciał zbadać sam produkt, a raczej zastępowalność jednego produktu przez drugi, co nawiązywałoby do badania oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ, a nie doświadczenie wykonawcy, w takim sensie, czy wykonawca, który posiada doświadczenie w obsłudze serwera aplikacji GlassFish umiał będzie obsługiwać procesor transakcyjny ACMS. Jednocześnie prowadzona przez Zamawiającego analiza i proces badania właśnie produktów w zakresie analizy technicznej oraz pytania kierowane do wykonawcy a odnoszące się wprost do charakterystyki produktów twierdzeniom o chęci weryfikacji doświadczenia wykonawcy w zakresie umiejętności operowania produktami opisanymi w SIWZ, przeczą.

Ocena dokonana przez Zamawiającego, w tym wniosek, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu na obecnym etapie musi być uznana za nieuprawnioną, a przynajmniej przedwczesną. Zamawiający nie wykazał bowiem w żaden sposób, że doświadczenie w obsłudze systemu, jakim legitymuje się wykonawca nie odpowiada doświadczeniu w obsłudze systemu, jaki posiada Zamawiający.

Zamawiający na gruncie analizowanego postępowania przyjął złożony sposób badania spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Treścią tego warunku (opisanego w nim doświadczenia, bazującego na historycznie wykonanych przez danego wykonawcę zadaniach) Zamawiający objął usługi odnoszące się do systemu, takiego, jaki jest w posiadaniu Zamawiającego ale dopuścił także posłużenie się doświadczeniem w wykonaniu innych, niedookreślonych i nieopisanych wyraźnie systemów niż posiadany przez siebie, jeśli tylko taki system będzie równoważny do posiadanego. Taki zamysł może mieć o tyle znaczenie, że zadanie będące przedmiotem zamówienia obejmuje z jednej strony stan posiadania Zamawiającego (e-Platforma musi komunikować się z systemem ST\_KRK), z drugiej zaś – wkomponowanie dodatkowych elementów, wykonanych w dowolnej technologii, niekoniecznie o takim samym charakterze jak funkcjonujące u Zamawiającego rozwiązanie. Badanie tak ustanowionego warunku w postępowaniu było o tyle trudne, ponieważ wymagało zbadania, czy z jednej strony doświadczenie koresponduje z wymaganiami dotyczącym przedmiotu analogicznego do posiadanego przez Zamawiającego a z drugiej – dodatkowo - z tym, które wykonawca oferuje w ofercie.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że jeżeli celem Zamawiającego było zbadanie poziomu doświadczenia w obsłudze posiadanych i funkcjonujących u siebie rozwiązań



technicznych, ponieważ jest to doświadczenie niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, to w taki właśnie sposób Zamawiający powinien był skonstruować warunek udziału w postępowaniu. Jednakże Zamawiający poszedł o krok dalej i dopuścił możliwość posiadania doświadczenia w obsłudze produktu równoważnego zaoferowanego w ofercie do wymienionych w warunku produktów. Zamawiający poza odesłaniem do przyjętej w postępowaniu definicji równoważności, nie określił poziomu i cech, które o równoważności w zakresie wykazania się niezbędnym doświadczeniem będą decydowały. Treść warunku w zakresie rozwiązań równoważnych referuje do oferty przedmiotowej wykonawcy, a nie do produktów posiadanych przez Zamawiającego. Skoro tak, to badając doświadczenie wykonawcy, Zamawiający powinien sprawdzić, czy doświadczenie w obsłudze produktu wskazanego przez wykonawcę jako produkt równoważny pozwoli na obsługę produktu opisanego przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli nie, to dopiero wówczas uprawniona będzie decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunku udziału. Nie należy bowiem badać czy dane produkty są równoważne, ale (zgodnie z zamysłem Zamawiającego przy konstruowaniu SIWZ), czy doświadczenie przy obsłudze tych produktów jest zbieżne.

Równoważność w znaczeniu ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający rozumiał (zgodnie z przyjętą w postępowaniu definicją) jako możliwość osiągnięcia przez produkt/usługę/rozwiązanie równoważne cech/funkcjonalności/efektu rozwiązania traktowanego jako referencyjne. Produkt równoważny miał dawać taki sam efekt wynikowy jak zamieniany pierwowzór, co oznacza, że produkt równoważny lub równoważne rozwiązanie musi wytwarzać kod wykonywalny działający na sprzęcie posiadanym przez Zamawiającego i współpracować z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem, zapewniając poprawne działanie wszystkich dotychczasowych funkcji oprogramowania Zamawiającego.

Zatem, badając poziom niezbędnego doświadczenia Zamawiający powinien dokonać porównania całości rozwiązania posiadanego u siebie do całości rozwiązania, którego wykonawca doświadczeniem się wykazuje, kierując się kryterium funkcjonalności rozwiązania, a nie poszczególnymi składowymi, które na dane rozwiązanie się składają. Zgodnie z przyjętą w postępowaniu definicją, nie jest bowiem przesądzająca droga, dzięki której dany efekt zostanie osiągnięty, ale właśnie osiągnięcie danego efektu. W takim natomiast kontekście Zamawiający nie prowadził analizy doświadczenia wykazanego przez Odwołującego, skupiając się na aspekcie technicznym (porównując oba rozwiązania z pominięciem efektu finalnego), który jak sam zauważył Zamawiający nie powinien być aspektem rozstrzygającym. Jak się bowiem wydaje, z całokształtu korespondencji między Zamawiającym a wykonawcą wynika, że Zamawiający nie przeczy tezie, że możliwy jest do osiągnięcia efekt wymagany założeniami SIWZ za pomocą zastosowania rozwiązania

wdrożonego, na które powołuje się Odwołujący. Badanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Odwołującego winno być przeprowadzone na podstawie dokumentów, którymi Zamawiający dysponuje i których w postępowaniu, zgodnie z SIWZ i ogłoszeniem o zamówieniu, żądał. Co więcej, w toku postępowania wykonawca składał obszernie wyjaśnienia merytoryczne, które również mogą i muszą być przydatne przy ocenie wiedzy i doświadczenia odnośnie obsługi produktów. Zamawiający ma zawsze możliwość skorzystania z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp celem dalszego wyjaśniania sytuacji podmiotowej wykonawcy w postępowaniu. Ewentualne skorzystanie natomiast z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest możliwe tylko wtedy, jeżeli zgromadzony materiał nie będzie wystarczający do oceny (przy przyjęciu interpretacji warunku prezentowanej przez Zamawiającego i przedstawionej w niniejszym uzasadnieniu) spełnienia warunku, ponieważ wykonawca był już w tym zakresie (tj. wiedzy i doświadczenia) wzywany do uzupełnienia dokumentów i wyraził stanowisko, że informacje przekazane Zamawiającemu z ofertą i złożone wyjaśnienia są wystarczające do oceny warunków podmiotowych. Ponowne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być zatem wystosowane tylko w przypadku, gdyby zakres wezwania był odmienny od pierwotnego.

To Zamawiający odpowiada za kształt SIWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny wobec tego być zaprezentowane w taki sposób, aby nie rodziły one wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełnienia danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełnienia, to należy na obecnym etapie wybrać ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Jeżeli Zamawiający tak ustanowił warunki, że nie jest możliwe sprawdzenie poziomu ich spełnienia przez poszczególnych wykonawców, lub co najmniej jest to wysoce utrudnione, to za powyższe odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

W przedmiotowym postępowaniu, niewiele bowiem wynika z zapisów SIWZ w zakresie ustalonego warunku posiadania niezbędnego doświadczenia przez odesłanie do przyjętej w postępowaniu definicji równoważności. Zabrakło już niestety opisanie sposobu czy i jak dana równoważność oceniana będzie przy weryfikowaniu doświadczenia wykonawcy, czyli zdolności do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Sama zaś definicja równoważności stanowi o efekcie wynikowym zamiennego pierwowzoru. Możliwości osiągnięcia efektu wynikowego (końcowego) Zamawiający nie badał. Za niewystarczające uznać należy jedynie odesłanie do powyższej definicji i sposobu badania równoważności oferowanych produktów, ponieważ proces badania doświadczenia (warunków

podmiotowych) i proces badania oferowanego rozwiązania (warunków przedmiotowych), choć są ze sobą powiązane, to nie odbywają się w tożsamy sposób. Posiadane doświadczenie jest zjawiskiem historycznym, pokazującym, czy dany wykonawca, który się na nie powołuje, jest w stanie sprostać oczekiwaniom formalnym Zamawiającego w zakresie należytego wykonania, natomiast badanie oferowanego rozwiązania weryfikowane jest w stosunku do szczegółowych zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, umiejscowione jest zatem w sferze realizacji (a więc przyszłości) zamówienia. Za wyrokiem KIO z dnia 26 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 297/13 i KIO 300/13) należy powtórzyć, że *„wiedza i doświadczenie (...) to ogół umiejętności organizacyjnych, zarządczych, uzyskanych w wyniku wcześniejszych realizacji doświadczeń, właściwych podmiotowi (wykonawcy), których wykorzystanie jest możliwe w wielu przedsięwzięciach jednocześnie. W zakresie „wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych mieszczą się wykonane w przeszłości przez wykonawcę przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Każdorazowo w postawionym warunku wiedzy i doświadczenia mieszczą się takie przedsięwzięcia, które nie opisują jednostkowych czynności wykonywanych przez jedną czy nawet kilka osób, ale zadania, które agregują w swym zakresie zastosowanie różnych zasobów (środków produkcji) niezbędnych do osiągnięcia rezultatu w postaci wykonania odpowiedniego zadania. Już z tego powodu trzeba traktować wiedzę i doświadczenie jako kategorię, co do zasady, bezpośrednio związaną z przedsiębiorstwem (wykonawcą)”*.

Jeżeli intencją Zamawiającego było zbadanie, czy wiedza w zakresie produktu wskazanego jako równoważny i oferowany w ofercie odpowiada wiedzy w zakresie produktu referencyjnego, to intencja ta nie została oddana przede wszystkim w brzmieniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu wykonawcy Odwołującego się z postępowania oraz w sposobie badania spełniania warunków podmiotowych w postępowaniu. Choć Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zaznaczał, że Wykonawca Odwołujący „w składanych wyjaśnieniach skupiał się na udowodnieniu podobieństw funkcjonalnych zamienników całkowicie pomijając problem umiejętności operowania produktami, które Zamawiający zawarł w SIWZ”, to sam podmiot prowadzący postępowanie badanie poziomu wiedzy i doświadczenia do porównania produktów sprowadził. Nie wykazano w procesie badania natomiast, by wiedza w zakresie produktów opisanych w warunku była na tyle odmienna i specyficzna, że do obsługi tych

produktów niewystarczająca będzie wiedza na temat produktów wymienionych jako równoważne.

W zakresie zgromadzonego materiału dowodowego, za nieprzydane w przedmiocie rozstrzygnięcia sporu należy uznać materiały złożone przez Odwołującego na rozprawie, ponieważ dotyczą one opisu technicznego proponowanego rozwiązania, który dla oceny spełniania warunku udziału ma znaczenie drugorzędne. Możliwość takiego sposobu skonstruowania oferty nie była ponadto przez Zamawiającego negowana. Z tych samych powodów uznano, że nie mógł zostać uwzględniony wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego zgłoszony na okoliczność potwierdzenia spełniania warunków równoważności przez produkty oferowane w ofercie. To niewykazanie się odpowiednim doświadczeniem stanowiło bowiem o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie zaś propozycja realizacji przedmiotu zamówienia w oparciu o produkty równoważne. Czynność wykluczenia z postępowania nie dotyczyła bowiem produktów obecnie oferowanych przez Odwołującego, lecz wykonywanych wcześniej usług.

Jednocześnie bez związku ze sporem pozostają przywoływane przez Odwołującego na rozprawie odpowiedzi na pytanie udzielone przez Zamawiającego, choć w zakresie interpretacji tych odpowiedzi podzielić należy stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że Zamawiający po pierwsze nie dopuścił w ramach zamówienia zastąpienia aktualnie eksploatowanej aplikacji CRS\_APL inną aplikacją wykonaną w innej technologii (odpowiedź na pytanie nr 40 z dnia 8 sierpnia 2013 roku), po drugie zaś umożliwił realizację zamawianych funkcjonalności dowolnym sposobem, wprowadzając jedyne ograniczenie odnośnie zachowania prawidłowego funkcjonowania wszystkich dotychczas istniejących funkcji ST KRK (tak np. odpowiedzi na pytania nr 1 i 2 z dnia 22 sierpnia 2013 roku). Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego nie jest dopuszczalna wymiana istniejącej aplikacji i zastąpienie jej nowym modulem, co przemawia za okolicznością, iż Zamawiający w sposób uprawniony wymagał doświadczenia w posługiwaniu się produktem/aplikacją/usługą przez niego eksploatowaną.

Konkludując, potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, co oznacza, że odwołujące się Konsorcjum wykonawców zostało nieprawidłowo wykluczone z postępowania.

Nie potwierdziły się natomiast pozostałe zarzuty ujęte w odwołaniu.

Nie potwierdził się przede wszystkim zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez wybór oferty konsorcjum Comarch i Pentacomp, choć w konsekwencji uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazano unieważnienie

czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Co do zasady jednak zauważyć należy, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wybierając ofertę, której cena przewyższała kwotę wartości szacunkowej zamówienia i kwotę przeznaczoną na realizację tego zamówienia. Przepisy Pzp dopuszczają, w miarę posiadanych środków w budżecie, zwiększenie kwoty na realizację zamówienia i dokonanie tej czynności już po otwarciu ofert. Jak wynika z przedłożonego przez Zamawiającego na rozprawie Aneksu do Porozumienia o dofinansowanie (...), datowanego na 26 czerwca 2013 roku, Zamawiający na zadaniu dysponuje kwotą 4 655 611,25 zł. Cena oferty wybranej mieściła się zatem w budżecie Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający nie był także zobowiązany do zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu (z powodu wskazania w nim wartości szacunkowej zamówienia). Po pierwsze decyzja o wyborze oferty o wartości przekraczającej wartość szacunkową podyktowana została rozwojem postępowania i podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawców, których cena ofert mieściła się w kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia. W takiej sytuacji Zamawiający mógł albo zdecydować o unieważnieniu postępowania, albo w miarę posiadanych środków na zadaniu – wybrać ofertę droższą, co też uczynił. Taka decyzja nie jest sprzeczna z regułami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp, jeżeli zmian w dysponowaniu środkami budżetowymi dokonano zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami ustawy o finansach publicznych. Po drugie umieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu informacja o wartości szacunkowej zamówienia jest tylko informacją pomocniczą dla wykonawców (nie jest to element obowiązkowy ogłoszenia), a w toku postępowania kwota na realizację zamówienia może ulec zmianie, zarówno in plus, jak in minus, z powodu różnych okoliczności, nie przewidywalnych na etapie wszczęcia postępowania.

Ponadto, za Przystępującym powtórzyć należy, iż Izba nie posiada kognicji w zakresie orzekania o naruszeniu ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 oraz z 2012 r., poz. 1529).

Nie można natomiast za niezgodną treścią SIWZ uznać oferty, której cena jest wyższa niż wartość szacunkowa zamówienia. Ponadto argumentacji przemawiającej za taką interpretacją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący nie przedstawił.

Nie dopatrzone się naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Regulacja ta dotyczy sfery opisu przedmiotu zamówienia, ten zaś na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być kwestionowany. Choć argumentacja Odwołującego zmierzała w kierunku, iż Zamawiający w toku postępowania i w toku procesu badania i oceny ofert zmienił de facto reguły tej oceny w przypadku możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych, to takich działań się nie dopatrzone. Być może sporny między stronami

pozostawał sposób interpretacji pojęcia równoważności w ujęciu warunku udziału w postępowaniu i sposób oceny tej cechy przy warunku, to powyższe nie doprowadziło do naruszenia wymienionych przepisów ustawy Pzp.

Z tych samych powodów nie dopatrzono się naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 3,5,6 ustawy Pzp odnoszących się do tworzenia zapisów SIWZ oraz wskazujących w jakich przypadkach Zamawiający zobowiązany jest do zawiadomienia wykonawców zainteresowanych postępowaniem o zmianie treści SIWZ. Ponadto, jeżeli Odwołujący uważał, że opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza treść art. 36 ustawy Pzp, to winien był kwestionować te okoliczności na etapie ogłoszenia postępowania lub w trakcie udzielania przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania (jeżeli na przykład udzielane odpowiedzi wskazywały na konieczność wprowadzenia zmian w SIWZ, a Zamawiający wprowadzenia takich zmian nie sygnalizował). Na obecnym etapie postępowania odwoławczego podnoszenie takich zarzutów uznać należy za działania spóźnione.

Z powodu uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał, iż w postępowaniu naruszono także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp dokonując badania i oceny ofert, a także wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**