

Sygn. akt: KIO 2262/11

WYROK
z dnia 7 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **OPTeam S.A., Partners In Progress Sp. z o.o., Unit4 Teta S.A., 36-002 Jasionka, Tajęcina 113** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Ekonomiczny, 31-510 Kraków, ul. Rakowicka 27**

przy udziale:

- A. wykonawcy **CA Consulting S.A., 02-001 Warszawa, al. Jerozolimskie 81** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2262/11 po stronie zamawiającego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o., SUPRA Sp. z o.o., Talex SA, 30-017 Kraków, ul. Raławicka 56** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2262/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **OPTeam S.A., Partners In Progress Sp. z o.o., Unit4 Teta S.A., 36-002 Jasionka, Tajęcina 113** 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 **OPTeam S.A., Partners In**

Progress Sp. z o.o., Unit4 Teta S.A., 36-002 Jasionka, Tajęcina 113 tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **OPTeam S.A., Partners In Progress Sp. z o.o., Unit4 Teta S.A., 36-002 Jasionka, Tajęcina 113** na rzecz **Uniwersytetu Ekonomicznego, 31-510 Kraków, ul. Rakowicka 27** kwotę **2 926 zł 83 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt trzy grosze) 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest „Zintegrowany System Zarządzania Uniwersytetem Ekonomicznym w Krakowie”

Odwołujący: Konsorcjum firm OPTeam S.A., Partners in Progress Sp. z o.o., Unit4 Teta S.A. złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o zamówienie publiczne polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz na ocenie ofert, tj. nie odrzuceniu ofert CA Consulting S.A., Konsorcjum firm: Biuro Informacyjno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., SUPRA Sp. z o.o., TALEX S.A. mimo, że ich treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania, a zwłaszcza badania i oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców i w konsekwencji wybór oferty CA Consulting S.A., naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców: CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Konsorcjum firm: Biuro Informacyjno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, SUPRA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, TALEX S.A. z siedzibą w Poznaniu, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórzenie czynności oceny ofert; odrzucenie oferty CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie; odrzucenie oferty Konsorcjum firm: Biuro Informacyjno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, SUPRA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, TALEX S.A. z siedzibą w Poznaniu, powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

I

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegający na nie odrzuceniu przez Zamawiającego ofert: CA Consulting S.A., Konsorcjum firm: Biuro Informacyjno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., SUPRA Sp. z o.o., TALEX S.A., mimo że ich treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W opinii Odwołującego oferta CA Consulting S.A., jak również oferta Konsorcjum firm: Biuro

Informacyjno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., SUPRA Sp. z o.o., TALEX S.A., nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem zostały sporządzone odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta, zdaniem Odwołującego, przejawia się w zakresie proponowanego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

W zakresie sprzeczności oferty CA Consulting z siedzibą w Warszawie z SIWZ Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Wedle punktu 5 Załącznika nr 2 do SIWZ - specyfikacja funkcjonalna, IV Infrastruktura sprzętowo - systemowa: „dostęp zdalny do ZSI, dla jednostek zamiejscowych, będzie realizowany przy pomocy usług terminalowych. Do tego celu przewiduje się zakup jednego serwera, który będzie realizował zagadnienia związane z udostępnianiem aplikacji ZSI dla jednostek UKE umiejscowionych poza siecią kampusu. Minimalne wymagania sprzętowe znajdują się w załączniku nr 5 do SIWZ”.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w ofercie CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie brak jest licencji na oprogramowanie umożliwiające dostęp dla 20 użytkowników terminalowych dla systemu operacyjnego serwera dla pozycji 4 Załącznika nr 5. Zamawiający w Wyjaśnieniach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 14.09.2011 r. dla jednostek zamiejscowych przewiduje do 20 połączeń terminalowych. W celu realizacji przedmiotowych połączeń konieczne jest oprogramowanie, np. Academic MS Windows Remote Desktop Services User. Oferent CA Consulting S.A. w Załączniku nr 2 do oferty - wypełnionym szczegółowo formularzu dotyczącym sprzętu, oprogramowania, prac wdrożeniowych stanowiącym Załącznik nr 15 do SIWZ, Sprzęt i oprogramowanie, Pozycja 13, nie wskazał oprogramowania umożliwiającego funkcjonowanie połączeń terminalowych, tym samym, zdaniem Odwołującego, oferta nie spełnia wymagań SIWZ. Taki sam zarzut Odwołujący sformułował pod adresem oferty Konsorcjum firm: Biuro Informacyjno- Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o. SUPRA Sp. z o.o., TALEX S.A. (zwanego dalej Konsorcjum Koncept), jako sprzecznej z SIWZ.

Wedle punktu 47 Funkcjonalność ogólna, Wymagania ogólne, Załącznik nr 2 do SIWZ „system ma posiadać wbudowane narzędzia do budowania hurtowni danych i kostek OLAP. Zdaniem Odwołującego, oferowany przez CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie system bazodanowy Oracle w wersji Standard Edition nie posiada wbudowanych narzędzi OLAP do budowania hurtowni danych. Wymagane przez Zamawiającego narzędzia OLAP są dostępne jako opcja w wersji Enterprise Edition.

Stosownie do Istotnych Postanowień Umowy, Załącznik nr 2 do SIWZ, rozdział V, § 14: „Wykonawca będzie świadczył usługę Asysty technicznej w całym okresie licząc od daty zakończenia całości Prac wdrożeniowych tj. od daty podpisania Końcowego Protokołu Odbioru Wdrożenia, o którym mowa w § 12 ust. 6 Umowy, dla Oprogramowania dedykowanego, polegającą na wykonywaniu czynności konserwacyjno serwisowych, związanych z utrzymaniem sprawności Oprogramowania dedykowanego, użytkowanego przez Zamawiającego i wsparciem Zamawiającego w eksploatacji Oprogramowania dedykowanego, nie krótszym jednak niż okres gwarancji.”

Odwołujący podkreślał, iż Wykonawca CA Consulting SA nie posiada uprawnień do dokonania niezbędnych modyfikacji oprogramowania wspomagającego zarządzanie uczelnią (CDN Egeria), które oferuje w zakresie deklarowanym do realizacji na etapie wdrożenia, ani do świadczenia usługi serwisu tegoż oprogramowania. Dla zapewnienia wysokiej jakości serwisu systemu ZSZ niezbędna jest dogłębna wiedza dot. funkcjonalności, budowy, działania oraz konfiguracji tego systemu. W ocenie Odwołującego, wiedzę taką posiada obecnie wyłącznie jedynie firma Comarch SA, jak również prawa autorskie do wdrożonego w NIK systemu ZSZ posiada wyłącznie firma Comarch SA.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wskazali system operacyjny jaki będzie zainstalowany na poszczególnych serwerach bazodanowych, zarządzania, dostępu zdalnego i backupowym. Odwołujący zarzucił, iż Konsorcjum Koncept w swojej ofercie nie wskazało konkretnego systemu operacyjnego we wszystkich przypadkach oferowanych serwerów, co potwierdza okoliczność, iż oferta Konsorcjum Koncept jest sprzeczna z SIWZ.

II

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) p.z.p. w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - polegające na nie odrzuceniu przez Zamawiającego ofert CA Consulting S.A., Konsorcjum firm: Biuro Informacyjno- Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., SUPRA Sp. z o.o., TALEX S.A. mimo, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

CA Consulting S.A. zaoferowało bazę danych Oracle. Odwołujący zauważył, że w celu spełnienia wymagań określonych w pozycji 1 Załącznika nr 5 do SIWZ należało zaoferować bazę danych Oracle w ilości trzech sztuk. Oferent - CA Consulting S.A. zaoferował bazę Oracle DB Standard Edition. Odwołujący wskazywał, iż cena bazy Oracle DB w wersji Standard Edition dla jednego procesora dla partnerów producenta bazy Oracle wynosi

147.955,84 zł netto. Cena trzech sztuk bazy danych Oracle DB Standard Edition powinna wynieść 443.867,52 zł netto. CA Consulting SA zaoferowała bazę danych na 3 procesory w kwocie 141.179,00 zł netto. Przedmiotowa okoliczność zdaniem Odwołującego wskazuje, iż CA Consulting SA zaoferowało bazę danych na 3 procesory w cenie niższej niż cena zakupu bazy danych dla jednego procesora.

W opinii Odwołującego, złożenie oferty przez powyższego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczanej nieuczciwej konkurencji. Zaoferowanie bazy danych w zaniżonej cenie narusza zasadę uczciwości kupieckiej i dobrych praktyk rynkowych. Zamawiający, mając na względzie treść art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych powinien był odrzucić ofertę CA Consulting SA, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zauważył, iż Konsorcjum Koncept, tak jak i Odwołujący, skadał ofertę w oparciu o ofertę cenową podmiotu Partners In Progress Sp. z o.o. - producenta oprogramowania Uczelnia.XP wspomagającego zarządzanie uczelnią wyższą. Zgodnie z przedstawionym przez Odwołującego pismem, firma Partners in Progress sp. z o.o. przedstawiła jednakową ofertę techniczno - cenową wszystkim powyższym wykonawcom. Zgodnie z ofertą przedstawioną Odwołującemu, wartość netto oprogramowania wraz z licencją, gwarancją i asystą techniczną wynosiła 1.820.100, 00 zł , a wydłużenie okresu gwarancji i asysty technicznej Uczelnia.XP wynosi 15.000, 00 zł netto za każdy miesiąc. Oferta Odwołującego oraz Konsorcjum Koncept obejmowała dostawę, wdrożenie techniczne systemu Uczelnia.XP. Odwołujący obliczył, iż prace w zakresie przedmiotu zamówienia wycenione zostały na kwotę 2.720.100 zł netto (1.820.000, 00 zł + 60 (miesiące gwarancji) x 15.000, 00 zł) i za kwotę nie niższą firma Partners in Progress sp. z o.o. była gotowa zrealizować prace opisane w dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podkreślał, iż oprogramowanie Uczelnia.XP stanowiło najważniejszy element cenotwórczy w ofercie wykonawców. Element ten w ofercie Odwołującego i Konsorcjum Koncept, zdaniem Odwołującego, powinien być określony na tym samym poziomie. Odwołujący zauważył, iż w Załączniku nr 2, Konsorcjum Koncept w pozycji 14 — oprogramowanie dedykowane wraz z licencjami, wpisało kwotę 1.443.897, 00 zł. Powyższe, zdaniem Odwołującego oznacza, iż Konsorcjum Koncept zaoferowało oprogramowanie Uczelnia.XP o 1.276.203,00 zł poniżej ceny zakupu.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonawca ten zaproponował migrację danych do systemu wspomagającego zarządzanie uczelnią Uczelnia.XP za kwotę 582.788,60 zł, a wedle wiedzy Odwołującego koszt taki wynosi 600.000,00 zł. Do kwoty tej należy doliczyć koszt migracji danych do systemu wspomagającego zarządzanie administracją- czyli kwotę ok. 100.000,00 zł.

Ponadto Konsorcjum Koncept zaferowało szkolenie użytkowników końcowych za kwotę 173.015,90 zł. Odwołujący stwierdził, iż koszt szkolenia użytkowników końcowych systemu wspomagającego zarządzanie uczelnią Uczelnia.XP to 192.000,00 zł (zgodnie z ofertą firmy Partners in Progress) a do kwoty tej należy doliczyć kwotę ok. 130.000, 00 zł za szkolenie użytkowników końcowych systemu wspomagającego zarządzanie administracją (finanse, księgowość, kadry, płace, zaopatrzenie itp.).

W świetle powyższego Odwołujący stwierdził, iż czynności Konsorcjum Koncept są sprzeczne z dobrymi obyczajami, a ponadto naruszają interes Odwołującego. W myśl przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych na Zamawiającym spoczywa obowiązek odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zaniżenie ceny oprogramowania Uczelnia.XP, zdaniem Odwołującego, narusza zasadę uczciwości kupieckiej i dobrych praktyk rynkowych. Zaniżenie przedmiotowych cen jednostkowych przez Konsorcjum Koncept miało wpływ na cenę zaproponowanej oferty. Zamawiający oceniając oferty pod względem ceny przyznał większą liczbę punktów Konsorcjum Koncept, co w konsekwencji spowodowało, iż oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji, naruszony został interes Odwołującego.

III

Zamawiający na każdym etapie postępowania zobowiązany jest do przestrzegania zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego, Zamawiający mimo zaistnienia przesłanek nakazujących odrzucenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, przez co naruszył zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym także art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawców: CA Consulting S.A. oraz Konsorcjum Koncept o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Według Odwołującego Zamawiający nie działał podczas dokonywania oceny ofert wystarczająco starannie. Zamawiający winien dochować zasady należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie przez oferentów CA Consulting S.A. oraz Konsorcjum Koncept elementów ceny mających wpływ na jej wysokość, aby w przypadku złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, ofertę taką odrzucić.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili CA Consulting SA oraz Konsorcjum firm: Biuro Informacyjno-Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o., SUPRA Sp. z o.o., TALEX S.A.

Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca zgłaszający przystąpienie zobowiązany jest do wskazania strony, do której przystępuje, jak również do wskazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Ustawa wyraźnie stanowi (analizując literalne brzmienie ww. artykułu), iż przystępujący może wskazać jedynie jedną ze stron postępowania, do której zgłasza przystąpienie. Ponadto rozstrzygnięcie postępowania przed Izbą może zapaść jedynie na korzyść jednej ze stron postępowania. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż nie jest możliwe przystąpienie po stronie każdej ze stron postępowania. Przystępujący powinien jednoznacznie wskazać, jakiego rodzaju rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego przed Izbą (na korzyść której ze Stron) jest dla przystępującego najkorzystniejsze (leży w uzasadnionym interesie przystępującego). Tym samym także, wszystkie czynności Przystępującego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której wykonawca przystąpił. Zatem wykonawca decydując się na przystąpienie po stronie Zamawiającego może podejmować tylko takie czynności, które będą prowadziły do uzyskania rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący CA Consulting SA wnosili o odrzucenie odwołania. Jako podstawę wskazywali poniższe okoliczności. W dniu 29 września 2011 roku Zamawiający poinformował uczestniczących w postępowaniu wykonawców o dokonanej przez siebie ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej. 7 października 2011 roku Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, podjętej w dniu 29 września 2011 roku i o ponownym przystąpieniu do czynności wyboru. Pismem z dnia 7 września 2011 roku Zamawiający zwrócił się do CA Consulting SA o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie spełnienia wymagań SIWZ. W dniu 11 października 2011 roku CA Cosultisng SA złożył wymagane wyjaśnienia. 11 października 2011 roku Zamawiający poinformował uczestniczących w postępowaniu wykonawców o dokonanej przez siebie ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej (po dokonaniu wyjaśnień).

Zamawiający oraz Przystępujący zwrócili uwagę, iż odwołanie zawierające wszystkie podnoszone zarzuty mogło być wniesione jedynie w terminie liczonym od zawiadomienia o wynikach pierwszej oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. w terminie 10 dni licząc od dnia 29 września 2011 roku. Tym samym podnieśli, iż niniejsze odwołanie, wniesione w dniu 21 października 2011 roku zostało wniesione z uchybieniem terminu.

Izba nie podzieliła powyższego poglądu. Na uwagę zasługuje fakt, iż zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje od czynności dokonanej przez Zamawiającego. Niniejsze odwołanie dotyczy czynności dokonanej przez Zamawiającego w dniu 11 października 2011 roku. Na uwagę zasługuje także fakt, iż Zamawiający poinformował w dniu 7 października 2011 roku, iż unieważnił dokonane uprzednio (w dniu 29 września 2011 roku) czynności w zakresie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie jest więc tak, iż Odwołujący mógł wnieść odwołanie od czynności Zamawiającego, dokonanej w dniu 29 września 2011 roku, z tego względu, iż Zamawiający uchylił się od skutków dokonanych przez siebie czynności. Odwołujący nie mógł wnieść odwołania od czynności unieważnionej przez Zamawiającego, a jedynie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanej dopiero w dniu 11 października 2011 roku.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba uznała, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Konsorcjum firm OPTeam S.A., Partners i Progres Sp. z o.o., Unit4Teta S.A. jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Odwołujący w postępowaniu złożył ofertę, która nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił niezgodność oferty CA Consulting SA oraz Konsorcjum Koncept z treścią SIWZ. Wskazał, iż w ofertach brak jest licencji na oprogramowanie umożliwiające dostęp dla 20 użytkowników terminalowych dla systemu operacyjnego serwera dla poz. 4 Załącznika nr 5. Odwołujący wskazał na okoliczność, iż Zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ dla jednostek zamiejscowych przewidywał 20 połączeń terminalowych. Odwołujący podniósł, iż w pozycji 13 załącznika nr 15 do SIWZ nie wskazano oprogramowania połączeń terminalowych, co oznacza w ocenie Odwołującego, iż oferty ww. wykonawców są niezgodne z SIWZ.

Powyższy zarzut Izba uznała za bezzasadny. Przede wszystkim na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający nie sformułował wymogu przedstawienia rozwiązania terminalowego. SIWZ nie zawiera wymagania, aby oprogramowanie umożliwiające dostęp dla 20 użytkowników terminalowych dla systemu operacyjnego serwera zostało wpisane w pozycji 13 załącznika nr 15, tak jak na to wskazuje Odwołujący. Pozycja 13 załącznika nr 15 do SIWZ dotyczy wykazania innego oprogramowania standardowego, jeżeli jest ono konieczne dla realizacji wdrożenia. Z SIWZ nie wynikało zatem jednoznacznie, aby zaoferowanie ww.

oprogramowania zostało właśnie w tej pozycji zamieszczone. Fakt zatem braku wpisania w pozycji 13 załącznika nr 15 (inne oprogramowanie) oprogramowania umożliwiającego dostęp dla 20 użytkowników terminalowych dla systemu operacyjnego serwera nie przesądza o braku zaoferowania tego oprogramowania.

Wykonawcy wyjaśnili także, iż powyższe oprogramowanie było uznawane jako część systemu operacyjnego, nie zaś jako inne oprogramowanie.

Specyfikacja w niniejszym postępowaniu została sporządzona w ten sposób, aby wykonawcy wskazali, iż oferowane przez nich oprogramowanie będzie spełniało określoną funkcjonalność. W zakresie spełnienia wymagania SIWZ wyrażonego jako: „dostęp zdalny do ZSI, dla jednostek zamiejscowych, będzie realizowany przy pomocy usług terminalowych. Do tego celu przewiduje się zakup jednego serwera, który będzie realizował zadania związane z udostępnieniem aplikacji ZSI dla jednostek umiejscowionych poza siecią kampusu. Minimalne wymagania sprzętowe znajdują się w załączniku nr 5 do SIWZ.” Wykonawcy oferujący zapewnienie takiego wymagania byli zobowiązani wpisać „tak”, co wykonawcy – CA Consulting SA i Konsorcjum Koncept w swoich ofertach uczynili.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podnosząc, że treść oferty wykonawcy CA Consulting SA nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymagania załącznika nr 2 do SIWZ „Specyfikacja funkcjonalna, Funkcjonalność ogólna, Wymagania ogólne: System powinien posiadać wbudowane narzędzia do budowania hurtowni danych i kostek OLAP”. Odwołujący podniósł, iż oferowany przez CA Consulting SA system bazodanowy Oracle w wersji Standard Edition nie posiada wbudowanych narzędzi OLAP do budowania hurtowni danych.

W zakresie tego zarzutu na uwagę przede wszystkim zasługuje fakt, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu została sporządzona w ten sposób, aby wykonawcy wskazali, iż oferowane przez nich oprogramowanie będzie spełniało określoną funkcjonalność. W tym celu Wykonawca CA Consulting SA wypełnił tabelę, w której zaznaczył, iż oferowany system ma posiadać określoną funkcjonalność. SIWZ nie wskazywała metody osiągnięcia funkcjonalności, nie precyzowała, w jaki sposób wykonawcy powinni tę funkcjonalność osiągnąć. Nie można zatem mówić, iż oferta CA Consulting SA jest niezgodna z treścią SIWZ. Wymaganiem SIWZ było, iż system ma posiadać wbudowane narzędzia do budowania hurtowni danych i kostek OLAP. Wykonawca CA Consulting SA przedstawił oświadczenie firmy Comarch SA, zgodnie w którym producent Systemu Comarch Egeria Edukacja stwierdził, iż oprogramowanie spełnia wszystkie wymogi SIWZ, w tym załącznika nr 2 do SIWZ określającego Specyfikację funkcjonalną Zamawiającego. Podkreślił, iż w szczególności spełnione jest wymaganie określone w części „Wymagania ogólne – I Funkcjonalność wymagana” pkt 46 „System ma posiadać wbudowane narzędzia do

budowania hurtowni danych i kostek OLAP.” Przedmiotem zamówienia jest system, który ma powstać, zostać wdrożony. Odwołujący nie wykazał, iż system nie będzie posiadał tego rodzaju funkcjonalności. Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego Konsorcjum Koncept o powołanie biegłego na okoliczność czy złożone przez Comarch SA oświadczenia są zgodne z rzeczywistością. Po pierwsze, działania podejmowane przez przystępującego nie mogą stać w sprzeczności z działaniami strony, do której wykonawca przystępuje. Przystępujący winien składać jedynie takie oświadczenia i wnioski, które mogą przyczynić się do rozstrzygnięcia na korzyść tej strony, do której wykonawca przystąpił. Ponadto to wykonawcy, powołując się na określone okoliczności powinni przedstawiać dowody na ich poparcie. Izba jedynie ocenia treść składanych oświadczeń. Izba może powołać biegłego eksperta celem zbadania określonej okoliczności, nie powołuje jednak biegłego eksperta w celu badania wiarygodności oświadczenia pod kątem jego zgodności z SIWZ. Izba nie uwzględniła także wniosku Odwołującego o powołanie biegłego na okoliczność, poszukiwania rozwiązań informatycznych pozwalających na zapewnienie funkcjonalności polegającej na budowaniu kostek OLAP. W tym zakresie Izba uznała, iż co do zasady powołany ekspert może wykazywać jedynie stwierdzenie istnienia jakiejś określonej okoliczności, powoływanie zaś eksperta do stwierdzenia okoliczności negatywnej, a w szczególności okoliczności wykazania braku możliwości stworzenia takich narzędzi jest bezcelowe. Co więcej, z konstrukcji SIWZ i złożonych zgodnie z nią oświadczeń wynika, że system oferowany ma tę funkcjonalność spełniać (a więc wg wymagań SIWZ). Żaden zapis SIWZ nie zwalnia wykonawcy od zapewnienia tej funkcjonalności. Izba zwróciła także uwagę, iż oprogramowanie dedykowane (w świetle zapisów SIWZ), jest to takie, o którym mowa w specyfikacji funkcjonalnej, niebędące oprogramowaniem standardowym, wymagające dla zapewnienia funkcjonalności przeprowadzenia prac wdrożeniowych.

Odwołujący podniósł, iż CA Consulting SA nie posiada uprawnień do dokonywania niezbędnych modyfikacji oprogramowania wspomagającego zarządzanie uczelnią CDN Egeria, które oferuje w zakresie deklarowanym do realizacji na etapie wdrożenia, ani do świadczenia usługi serwisu tego oprogramowania. Odwołujący stwierdził, iż prawa autorskie do wdrożonego programu posiada obecnie wyłącznie firma Comarch SA. Izba uznała powyższy zarzut za nieuzasadniony. Wykonawca CA Consulting SA przedstawił pismo z dnia 15 września 2011 roku, pochodzące od firmy Comarch SA, w którym Comarch SA oświadczył, iż przysługują mu autorskie prawa majątkowe do oferowanego w niniejszym postępowaniu Systemu Comarch Egeria Edukacja. Firma ta oświadczyła, iż w przypadku wygrania przez CA Consulting SA niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązuje się do realizacji jako podwykonawca CA Consulting SA dostawy i wdrożenia Systemu Comarch Egeria Edukacja wraz z licencją, gwarancją i asystą techniczną

na rzecz Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie na warunkach specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz ze wszelkimi wyjaśnieniami i modyfikacjami.

Ponadto, zgodnie z treścią ww. pisma firma Comarch SA udzieliła wykonawcy CA Consulting SA niewyłącznej, nieograniczonej czasowo licencji na korzystanie z oprogramowania Systemu Comarch Egeria Edukacja wraz z dokumentacją i odpowiednio aktualizacją, z prawem do udzielania dalszej licencji Uniwersytetowi Ekonomicznemu w Krakowie na wszystkich polach eksploatacji wymaganych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu. Z treści przedstawionego dokumentu wynika także, iż CA Consulting SA ma prawo do świadczenia na rzecz Zamawiającego usługi asysty technicznej dla oprogramowania Systemu Comarch Egeria Edukacja, polegającą na wykonywaniu czynności konserwacyjno serwisowych, związanych z utrzymaniem sprawności oprogramowania Systemu Comarch Egeria Edukacja. Ponadto usługa, do której CA Consulting SA ma prawo, obejmuje także m.in. bieżącą aktualizację, dostarczenie i wdrożenie u Zamawiającego aktualizacji oprogramowania Systemu Comarch Egeria Edukacja i adaptowania go do ewentualnych zmian w przepisach prawa. Powyższe zatem potwierdza, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego, CA Consulting SA przedstawił dowód, iż zamówienie będzie realizowane przez podmiot, który posiada pełne uprawnienia do oprogramowania, jego wdrożenia oraz do dokonywania niezbędnych modyfikacji, a także do świadczenia usługi serwisu tego oprogramowania. CA Consulting SA udowodnił także, iż jest wykonawcą, który posiada prawo wdrożenia i aktualizacji oprogramowania adaptowania do ewentualnych zmian w przepisach prawa. Zatem powyższy zarzut Odwołującego w świetle przedstawionego dokumentu jest nieuzasadniony.

W zakresie zarzutu, iż Konsorcjum Koncept w swojej ofercie nie wskazało konkretnej nazwy systemu operacyjnego we wszystkich przypadkach oferowanych serwerów, Izba ustaliła, iż SIWZ nie zawiera bezpośredniego wymogu wskazania powyższych danych. Zarówno treść SIWZ, jak i załączona do wypełnienia tabela nie zawiera wprost wyrażonego wymagania wskazania konkretnej nazwy systemu. Dlatego też Zamawiający uprawniony był do uzyskania tych informacji w drodze wyjaśnień, co też uczynił. Zarzut ten również Izba uznała za bezpodstawny. Nie można bowiem uznać za niezgodne z zapisami SIWZ braki przedstawienia w ofercie określonych informacji w sytuacji, gdy w SIWZ nie było wyraźnego wymogu wskazania takich informacji.

Izba uznała, że zarzut naruszenia uczciwej konkurencji przez Konsorcjum Koncept jest nieuzasadniony. Izba przyjęła wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Koncept, poparte dokumentami znajdującymi się w złożonej przez Konsorcjum ofercie. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Konsorcjum, iż dysponuje ono własnym rozwiązaniem, realizującym niektóre z

funkcjonalności oferowanych przez program Uczelnia XP (którego producentem jest firma Partners in Progress sp. z o.o.), lub może tego rodzaju rozwiązania zaoferować. Wyjaśnienia te znajdują odzwierciedlenie w treści oferty Konsorcjum Koncept, gdzie w pozycji 14 w rubryce Moduł systemu wskazano, iż w zakresie zadań opisanych jako Studia przewidziano podział zadań pomiędzy oprogramowanie Uczelnia XP a inne oprogramowanie – ASIMS. Konsorcjum wyjaśniło także, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, iż tego rodzaju rozwiązania, a więc rozłożenie funkcjonalności na różne oprogramowania, Konsorcjum już zrealizowało w praktyce, tj. na Akademii Górniczo – Hutniczej w Krakowie, gdzie współpracują obydwie oprogramowania. Brak zatem skorzystania przez Konsorcjum z pełnej oferty firmy Partners in Progress sp. z o.o. przekłada się na niższą cenę w zakresie oprogramowania i prowadzonych szkoleń w tym zakresie. W świetle powyższych wyjaśnień nie można uznać, aby istniały nieprawidłowości w kalkulacji oferowanej przez Konsorcjum Koncept ceny i tym samym, aby złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto Izba dała wiarę wyjaśnieniom Konsorcjum Koncept, iż koszt migracji danych zależy od ilości migrowanych danych i od narzędzi używanych w tym procesie, tym samym kalkulacja kosztów w tym zakresie była indywidualną kwestią i doświadczeniem każdego z wykonawców.

Niezasadny wydaje się także zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum Koncept do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Takie bowiem wezwanie Zamawiający może skierować do wykonawców w sytuacji, gdy pojawiają się wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny za realizację całości zamówienia (w zakresie rażąco niskiej ceny). Wówczas Zamawiający ma prawo żądać wyjaśnień co do elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny całkowitej. Cena rażąco niska jest to cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia. Odwołujący nie wykazywał, jakie są podstawy, aby stwierdzić, iż cena zaoferowana za całość zamówienia przez Konsorcjum Koncept była ceną, za którą nie można zrealizować zamówienia. W przypadku oferty Konsorcjum Koncept na uwagę zasługuje także fakt, iż cena oferty Konsorcjum Koncept jest o około 7 procent niższa, niż cena oferty Odwołującego. Skoro więc cena zaoferowana przez Konsorcjum Koncept za realizację całości zamówienia nie była w ocenie Odwołującego ceną nierealną, to nie jest uzasadnione żądanie skierowane do Zamawiającego o dokonywanie wyjaśnienia wysokości tej ceny.

Izba uznała także za niezasadny zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania wezwania CA Consulting SA do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy o wyjaśnienia w trybie artykułu 90 ustawy Prawo zamówień publicznych i wykonawca ten takie wyjaśnienia przedłożył w dniu 11

października 2011 roku, co nie było kwestionowane przez Odwołującego. Treść złożonych przez CA Consulting SA wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny nie stnowiła przedmiotu odwołania.

Odwołujący podniósł także, iż oferta złożona przez CA Consulting SA powinna zostać odrzucona, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego na taki czyn wskazuje fakt, iż wykonawca CA Consulting SA zaoferował bazę danych na 3 procesory w cenie niższej niż cena zakupu bazy danych dla jednego procesora. Jako dowód Odwołujący załączył do odwołania tabelę z cenami bazy danych Oracle. W ocenie Izby powyższy zarzut nie znajduje uzasadnienia. Przede wszystkim należy zauważyć, iż tabela załączona do odwołania nie została podpisana przez firmę Oracle, zatem nie można z całą pewnością stwierdzić, iż pochodzi ona od tej firmy. Ponadto Odwołujący nie przedstawił dowodu na to, iż jest to cennik wiążący dla wykonawcy CA Consulting SA. Wykonawca ten wyjaśnił, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, iż ściśle współpracuje z firmą Oracle, co zapewnia mu negocjowanie i uzyskiwanie jeszcze wyższych poziomów upustów. W świetle powyższego należy uznać, iż Odwołujący nie wykazał, aby zaoferowane ceny przez CA Consulting SA w zakresie zakupu bazy danych 3 procesorów były cenami zaniżonymi, sprzecznymi z ustaleniami pomiędzy CA Consulting SA a firmą Oracle, aby zaoferowanie bazy danych w kwocie wskazanej w ofercie CA Consulting SA naruszało zasadę uczciwości kupieckiej i dobrych praktyk rynkowych, a tym samym stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W świetle powyższego należało stwierdzić, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny i chybiony. Nie zostało bowiem wykazane naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....