

Sygn. akt: KIO 455/13

WYROK
z dnia 14 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 marca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **01 marca 2013 r.** przez wykonawcę **SKG S.A., Al. Armii Krajowej 336, 43-309 Bielsko-Biała** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Łodzi, ul. Lodowa 97, 93-232 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 455/13 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **SKG S.A., Al. Armii Krajowej 336, 43-309 Bielsko-Biała** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SKG S.A., Al. Armii Krajowej 336, 43-309 Bielsko-Biała**.

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 Łodzi.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Zaprojektowanie, zbudowanie, dostawa, instalacja, konfiguracja, uruchomienie, testowanie, wdrożenie i gwarantowanie prawidłowego funkcjonowania oraz świadczenie usługi wsparcia merytorycznego i technicznego dla wszystkich środowisk Systemu NCTS 2”*, zostało wszczęte przez Skarb Państwa - Minister Finansów, reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Łodzi, ul. Lodowa 97, 93-232 Łódź zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 236-388830 z dnia 07.12.2012 r.

W dniu 20.02.2013 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego m.in. informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., ul. Lektykarska 29, 01-687 Warszawa zwanej dalej: *„Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.”* albo *„Przystępującym”*.

W dniu 01.03.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło na podstawie art. 179 ust.1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* odwołanie Pzp SKG S.A., Al. Armii Krajowej 336, 43-309 Bielsko-Biała zwanej dalej: *„SKG S.A.”* albo *„Odwołującym”* na w/w czynności i zaniechania. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp poprzez niewykluczenie Wykonawcy i nieodrzuconie oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie odnoszącym się do spełniania wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i ocenie ofert oraz ponownego dokonania tych czynności, w ramach których Zamawiający:

- wykluczy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i uzna ofertę tego Wykonawcy za odrzuconą,
- ponownie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej i uzna ofertę Odwołującego, jako

najkorzystniejszą,

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, ponadto:

3) zażądanie doręczenia przez Zamawiającego i dopuszczenie jako dowodu w sprawie następujących dokumentów:

- protokołu wraz z załącznikami dotyczącymi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ref. R/84/09/SC/B/265 na System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL,
- umowy zawartej przez Ministra Finansów z Pentacomp Systemy Informatyczne SA w wyniku wygrania ww. przetargu, umów o realizację zamówienia publicznego zawartych pomiędzy Ministrem Finansów jako Zamawiającym, a firmą Pentacomp Systemy Informatyczne S.A.: -nr R/414/ 10/SC/B/1123 z dnia 14.02.2011 r., - nr R/60/11/SC/B z dnia 26.04.2011 r., nr R/211/11/SC/B/967 z dnia 02.01.2012 r. oraz umowy zawartej między tymi samymi podmiotami, której oznaczenia nie są Odwołującemu znane, a dotyczącej usług dodatkowych związanych z systemem EMCS PL. Oferta Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. powinna zostać uznana za odrzuconą ze względu na fakt nie spełniania przez ten podmiot wymaganego w treści SIWZ warunku opisanego w rozdz. 4 ust. 1 pkt 2 SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przetarg dotyczył wykonania Platformy Programowej, w związku z czym wykonawcy musieli się wykazać wyłącznie doświadczeniem w zakresie świadczenia usług programistycznych. Odwołujący przywołał treść rozdz. 4 ust. 1 pkt 2 SIWZ, gdzie określono sposób spełnienia, przez ubiegającego się Wykonawcy, warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Przyjmując interpretację zapisu wynikającą z wykładni gramatycznej mającej pierwszeństwo przed wykładnią celowościową, użycie przez Zamawiającego sformułowania: „jedno zamówienie o wartości co najmniej 3.000.000 zł” oznacza, że chodzi o wykazanie się wykonaniem prac o podanej wartości udzielonych w ramach jednej umowy, zawartej w wyniku jednego zamówienia. Gdyby bowiem Zamawiający dopuszczał sumowanie zamówień, napisałby wyraźnie, iż chodzi mu o łączną wartość zamówień wykonanych w okresie ostatnich trzech lat. Inna interpretacja tego zapisu pozbawiona jest logiki, gdyż użycie sformułowania w liczbie pojedynczej nie może być tożsame z użyciem go w liczbie mnogiej. Gdyby Zamawiający chciał zezwolić na sumowanie wartości różnych umów związanych z realizacją jednego systemu i za: „zamówienie” uznawał w istocie wyniki (umowy) więcej niż jednego postępowania o zamówienie, to mógł to łatwo uczynić używając liczby mnogiej albo odnosząc się do zaprojektowania, zbudowania itd. jednego systemu informatycznego o określonej wartości. Prawo zamówień publicznych (art. 32 ust. 4) określa, kiedy przy udzielaniu zamówień w drodze odrębnych postępowań sumuje się wartości poszczególnych umów dla określenia jednej wartości zamówienia: ma to mianowicie miejsce w przypadku udzielania zamówień częściowych, a jak wynika z pkt. II.1.8 ogłoszenia

dotyczącego przetargu na EMCS PL zamówienie to nie było zamówieniem udzielanym w częściach. Jest to wprawdzie przepis skierowany do zamawiającego z inną intencją niż ocena doświadczenia wykonawcy, ale też sam zamawiający nie powinien tego rodzaju konstrukcji rozumieć i używać w różny sposób w zależności od okoliczności (tzn. w przypadku, kiedy ma do czynienia z zamówieniem częściowym i takim, które nim nie jest).

Jako spełnienie ww. warunku Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. wskazał wykonanie usług związanych z realizacją Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL na kwotę: „*powyżej 3.000,000zł brutto*”. Tymczasem Ministerstwo Finansów, prowadzące ww. przetarg, w piśmie z dnia 10.04.2010r. znak FR3/250/3/WTV/10/1161 zawierającym oświadczenie o wyborze oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., podało jako wartość zamówienia kwotę 2.899.999,00 zł brutto. W związku z powyższym w przedmiotowym postępowaniu Dyrektor Izby Celnej w Łodzi powziął wątpliwość co do spełnienia przez ww. wykonawcę warunku wykazania się wystarczającą wiedzą i doświadczeniem w zakresie wymaganego rodzaju usług i wezwał go do złożenia wyjaśnień czy wykonane prace polegały na zaprojektowaniu, zbudowaniu, wdrożeniu i/lub rozwoju systemu informatycznego oraz jaki był udział poszczególnego rodzaju prac w wartości ogólnej podanej przez wykonawcę.

Odpowiadając na pismo Zamawiającego z dnia 24.01.2013 r. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. wyjaśnił, iż wartość zrealizowanego systemu EMCS PL wynosi 3,045.763,96 zł brutto i składa się na nią wynagrodzenie z 5 wykonanych przez tę spółkę umów oraz poinformował, że na tę kwotę składają się ocenione szacunkowo następujące prace: zaprojektowanie-15%, zbudowanie-60%, wdrożenie-10% i rozwój systemu informatycznego-15%. Następnie, zaś Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., przedkładając pismo Dyrektora Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier, z dnia 05.02.2013r., z którego wynika, że treść umów nr R/414/10/SC/B/1123 z 14.02.2011r., nr R/60/11/SC/B z dnia 26.04.2011 r. i nr R/211/11/SC/B/967 z dnia 02.01.2012 r. zawartych przez Ministra Finansów z Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. nie daje podstaw do ustalenia jaka wartość wynagrodzenia przypada na ww. prace, zażądał od Dyrektora Izby Celnej uchylenia czynności wezwania go do uzupełnienia dokumentów, co tenże uczynił i dokonał wyboru oferty tej spółki jako najkorzystniejszej.

Powyższe zachowanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 89 ust. 2 Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jako niezgodnej z warunkami SIWZ. Po otrzymaniu od ww. wykonawcy oświadczenia, że na podaną w wykazie usług wartość składa się nie jedno zamówienie, lecz 5 zamówień udzielonych w wyniku różnych postępowań o zamówienie publiczne albo umów zawartych z pominięciem Pzp ze względu na ich wartość (Odwołujący nie zdołał tego ustalić z uwagi na nieudostępnienie mu przez Ministerstwo Finansów do dnia złożenia odwołania dokumentacji

wymienionej we wniosku dowodowym), Zamawiający powinien ofertę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. odrzucić jako niespełniającą powołanego na wstępie warunku. Wyżej wymienionych 5 umów zawartych w wyniku odrębnych postępowań nie można bowiem traktować jako jednego zamówienia, zwłaszcza w świetle okoliczności, że w SIWZ dotyczącym realizacji systemu EMCS PL Zamawiający wyraźnie wykluczył możliwość udzielenia zamówień uzupełniających (Rozdz. XVII - str.10) i - jak wskazano wyżej - nie było to też zamówienie udzielane w częściach w rozumieniu Pzp. Zamówienia te nie spełniały więc kryterium tożsamości przedmiotu zamówienia (gdyby uznać je za istotne dla oceny) nawet jeżeli dotyczyły tego samego systemu. Na poparcie powyższego stanowiska przywołał wyrok z dnia 14.07.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2019/06, zastrzegając, rodzaj zamówienia nie ma tu istotnego znaczenia. Wskazał także na wyroku KIO z dnia 23.03.2010 r., sygn. KIO/UZP 125/10 oraz wyroku z dnia 22.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 818/08 i KIO/UZP 819/08. Stwierdzając zatem, zgodnie z logiką oraz powołanymi i innymi orzeczeniami KIO niedopuszczalność sumowania wartości usług świadczonych na podstawie różnych umów w celu wykazania się doświadczeniem o skali usługi na żądanym, wysokim poziomie, Zamawiający powinien był ocenić ofertę Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. jako niespełniającą konkretnego warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Nie może tu mieć bowiem żadnego znaczenia, wobec jasno sformułowanego warunku i formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, renoma firmy Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. i przedłożone przez nią opinie dotyczące realizacji różnych umów, skoro żadna z nich nie opiewała na wartość co najmniej 3 mln zł. Odwołujący przywołał wyrok KIO 174/12 z dnia 08.02.2012 r. Ponadto zauważył, że skoro w całym SIWZ przez zamówienie rozumie się rezultat konkretnego postępowania o zamówienie publiczne, to sformułowania: „jedno zamówienie” też nie można rozumieć inaczej niż jako rezultat konkretnego (jednego) postępowania; nieuprawnione jest w związku z tym jego ujmowanie w sensie funkcjonalnym jako jednego systemu czy projektu, który może być realizowany na podstawie wielu umów na rzecz tego samego Zamawiającego, gdyż mogą to czynić także różni wykonawcy. KIO w wyroku z dnia 23.03.2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 125/10, rozpatrując sytuację wykonawcy takiej samej usługi świadczonej na rzecz tego samego Zamawiającego na podstawie kilku umów, nie podzieliła poglądu co do możliwości sumowania wartości umów. Tożsamość Zamawiającego i projektu nie może więc być podstawą do przyznania Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. uprawnienia do sumowania wartości kilku umów, zwłaszcza że część z nich dotyczy także innego rodzaju usług i dostaw niż wymagane. Zamawiający bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz Dyrektora Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier, że nie da się na podstawie treści umów dodatkowych (wymienionych w ww. pismach) ustalić, jaka jest wartość wymaganych przez Zamawiającego usług wobec występowania

w umowach także usług innego rodzaju (np. hostingu). Jeżeli wykonawca nie jest w stanie udowodnić wymaganej wartości konkretnych usług objętych jakimś dokumentem, to po prostu nie powinien tego dokumentu przedkładać jako dowodu. Przyjmowanie w tym zakresie gołosłownego oświadczenia wykonawcy stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powołał się na wyrok KIO/UZP 1862/09 z dnia 29.01.2010 r.

Zamawiający w dniu 01.03.2013 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.03.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący sformułowanie: „jedno zamówienie o wartości co najmniej 3 000 000 zł brutto” nie może być utożsamiane z jedną umową o zamówienie publiczne z uwagi na fakt, iż takiego zastrzeżenia Zamawiający nie poczynił, a interpretacja warunku na jaką wskazuje Odwołujący jest nie tylko niezgodna z przepisami Pzp (ustawa nie posługuje się pojęciem „zamówienie” dla umowy o zamówienie publiczne), ale także narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i prowadzi do postawienia warunku nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może ograniczać udziału w postępowaniu tylko do wykonawców, którzy realizowali zamówienia publiczne. Wbrew temu, co podnosi Odwołujący, Uczestnik postępowania wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sposób zgodny z Pzp oraz SIWZ i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wskazać należy, iż Odwołujący nie kwestionuje zakresu czynności wykonanych przez Uczestnika postępowania (czyli nie kwestionuje merytorycznie doświadczenia), a jedynie fakt, iż na potwierdzenie spełniania warunku wykazuje się 5 umowami zawartymi z tym samym Zamawiającym i dotyczącym tego samego systemu informatycznego, a nie jedną umową. Tak formalistyczne podejście nie znajduje uzasadnienia, ani w treści SIWZ, ani w orzecznictwie - przywołał wyrok KIO z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1468/11 KIO 1473/11. Biorąc, zatem pod uwagę, iż zakres tych umów jak i wartość pokrywają się z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu należy uznać, iż uczestnik postępowania wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonując oceny oferty uczestnika postępowania postąpił w sposób prawidłowy i w dniu 11.02.2013 r. unieważnił czynność z dnia 01.02.2013 r. polegającą na wezwaniu Uczestnika postępowania do uzupełnienia dokumentów. W dniu 11.02.2013 r. Zamawiający potwierdził, iż uczestnik postępowania spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim Odwołujący je obecnie kwestionuje.

Odnosząc się do postawionego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp to wskazać należy, iż nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może być zakwalifikowane, jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy, bowiem sytuacji, w której wykonawca oferuje przedmiot nieodpowiadający wymogom określonym w SIWZ, zatem naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie można zakwalifikować, jako naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jeżeli natomiast Odwołujący miał na myśli inną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ to z uwagi na fakt, iż zarzut taki nie został formułowany w sposób jednoznaczny na etapie odwołania to na obecnym etapie nie może być podnoszony.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, odpowiedzią na pytanie 4 (pismo z dnia 28.12.2012 r.), ofertą Przystępującego, wezwaniem do wyjaśnień z dnia 24.01.2013 r., odpowiedzią Przystępującego z dnia 25.01.2013 r., wezwaniem do uzupełnienia z dnia 01.02.2013 r., odpowiedzią Przystępującego z dnia 06.02.2013 r. i załączonym do niej pismem Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów z dnia 05.02.2013 r., unieważnieniem przez Zamawiającego czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu – pismo z dnia 11.02.2013 r., protokołem Komisji Przetargowej nr 7 z dnia 29.01.2013 r., pismem Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów z dnia 22.01.2013 r. otrzymanym bezpośrednio przez Zamawiającego, protokołem Komisji Przetargowej nr 8 z dnia 07.02.2013 r., protokołem Komisji Przetargowej nr 9 z dnia 13.02.2013 r., informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20.02.2013 r., odwołaniem, jak i złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego odpowiedzią na odwołanie wraz z załącznikami, czy też pismem procesowym Przystępującego z dnia 14.03.2013 r. wraz z załącznikami, tudzież złożonym na rozprawie przez Odwołującego wyciągiem SIWZ z dnia 07.01.2010 r. z przetargu ograniczonego na „System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL”, tj. Załącznika nr A – „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia”/str. od 12 do 14 oraz od 56 do 60/, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 455/13, postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, odpowiedzi na pytanie 4 (pismo z dnia 28.12.2012 r.), oferty Przystępującego, wezwania do wyjaśnień z dnia 24.01.2013 r., odpowiedzi Przystępującego z dnia 25.01.2013 r., wezwania do uzupełnienia z dnia 01.02.2013 r., odpowiedzi Przystępującego z dnia 06.02.2013 r. i załączonego do niej pisma Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów z dnia 05.02.2013 r., unieważnienia przez Zamawiającego czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu – pismo z dnia 11.02.2013 r., protokołu Komisji Przetargowej nr 7 z dnia 29.01.2013 r., pisma Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów z dnia 22.01.2013 r. otrzymanego bezpośrednio przez Zamawiającego, protokołu Komisji Przetargowej nr 8 z dnia 07.02.2013 r., protokołu Komisji Przetargowej nr 9 z dnia 13.02.2013 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20.02.2013 r., odwołania, jak i złożonej na posiedzeniu przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (1 - kopią umowy nr R/84/09/SC/B/265 z dnia 18.05.2010 r. zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dla potrzeb budowy Krajowego Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL opartego o System Kontroli Przemieszczania Wyrobów Akcyzowych BACHUS oraz m.in. Załącznika nr 1 – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia /dołączono załączniki od 1 do 12/, kopią aneksu Nr 1 z dnia 09.02.2012 r. do umowy nr R/84/09/SC/B/265 z dnia 18.05.2010 r., 2 - kopią umowy nr R/414/10/SC/B/1123 z dnia 14.02.2011 r. na realizację usługi udostępnienia w sieci Internet aplikacji „Generator online dla systemu EMCS”, 3 - kopia umowy nr R/60/11/SC/B z dnia 06.04.2011 r. na realizację usługi udostępnienia w sieci Internet aplikacji „Generator online dla systemu EMCS”, 4 - kopią umowy nr R/126/12/SC/B/667 z dnia 02.01.2012 r. na realizację usługi udostępnienia w sieci Internet aplikacji „Generator online dla systemu EMCS” i 5 - kopią umowy nr R/126/12/SC/B/667 z dnia 09.11.2012 r. na modyfikację oprogramowania oraz dokumentacji Krajowego Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL, a także 6 – kopią protokołów – DRUKI ZP z postępowania R/84/09/SC/B/265), czy też pisma procesowego Przystępującego z dnia 14.03.2013 r. wraz z załącznikiem (pismem Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów z dnia 11.03.2013 r.), tudzież złożonego na rozprawie przez

Odwołującego wyciągu SIWZ z dnia 07.01.2010 r. z przetargu ograniczonego na „System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL”, tj. Załącznika nr A – „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia”/str. od 12 do 14 oraz od 56 do 60/.

Izba uznała za opinie prywatną, czyli stanowisko uczestnika postępowania, opinie dotyczącą postępowania prowadzonego przez Izbę Celną w Łodzi znak sprawy nr 3600000-ILGW-2532-19/2012/17 opracowaną przez dr inż. A..... Z..... złożoną wraz z pismem procesowym z dnia 14.03.2013 r. przez Przystępującego. W tym zakresie jedynie należy wskazać, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający w rozdz. 4 Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, ust. 1 pkt 2 SIWZ uregulował, że: *„O udzielnie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy zgodnie z art. 22 ust.1 Ustawy, spełniają warunki dotyczące: (...) posiadania wiedzy i doświadczenia - za spełniających ten warunek Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykonali lub są w trakcie realizacji (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywali) w okresie ostatnich trzech lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jedno zamówienie o wartości co najmniej 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy milionów zł.) polegające na zaprojektowaniu, zbudowaniu, wdrożeniu i/lub rozwoju systemu informatycznego wykorzystywanego przez administrację celną Unii Europejskiej, charakteryzującego się wymianą komunikatów z innymi administracjami krajów UE poprzez sieć CCN/CSI”.* Z kolei według rozdz. 5 Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ust.1 pkt 2 SIWZ: *„W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: (...) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych*

lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (wg. załączonego druku – Załącznik E do SIWZ) – potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w Rozdz. 4 ust.1 pkt 2 (...)”.

Pismem z dnia 28.12.2012 r. Zamawiający odpowiedział m.in. na pytanie nr 4: „(...) *Rozdział 4, ust. 1 pkt 2 Czy Zamawiający uzna za spełniony warunek udziału w postępowaniu w Rozdziale 4 ust.1 pkt 2) SIWZ, jeżeli Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jedno zamówienie o wartości co najmniej 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy milionów zł.) polegające na zaprojektowaniu, zbudowaniu i dostarczeniu systemu informatycznego dla administracji celnej kraju kandydującego do Unii Europejskiej, który podpisał już traktat akcesyjny, charakteryzującego się możliwością wymiany komunikatów z innymi administracjami krajów UE poprzez sieć CCN/CSI (Common Communication Network/Common System Interface) i wykaże to zamówienie w wykazie usług, załączając dokument potwierdzający, że zamówienie to zostało wykonane należycie ?* Odpowiedź 4: *Tak, Zamawiający uzna.*”.

Przystępujący załączył Wykaz Wykonanych Usług (str. od 15 do 16 oferty). W jego ramach wykazał: „*System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych (EMCS PL). Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie dostosowanego do wymagań dokumentacji DG TAXUD system pozwalający organom podatkowym na skuteczniejszy nadzór nad przemieszczaniem wyrobów akcyzowych. System umożliwia obsługę 2 500 użytkowników zlokalizowanych na terenie całego kraju w Izbach Celnych, oddziałach Celnych oraz departamentach Ministerstwa Finansów oraz 1 500 obsługiwanych podmiotów. System wykorzystuje szynę usług udostępniających komunikaty z innych krajowych systemów EMCS oraz integruje w postaci szyny usług systemy przedsiębiorców. Zakres prac obejmował zaprojektowanie, zbudowanie, wdrożenie i rozwój oraz utrzymanie elementów systemu informatycznego wykorzystywanego przez administrację celną Unii Europejskiej, charakteryzującego się wymianą komunikatów z innymi administracjami krajów UE poprzez sieć CCN/CSI(Common Communication Network/Common System Interface)*”. O wartości powyżej 3 000 000 000 zł brutto, data wykonania 21.12.2012 r., odbiorca - Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów. Dołączył referencje z dnia 04.01.2013 r. (str. 18 -19 oferty) w ramach której wystawca: „(...) *zaświadcza się, że w okresie od 18.05.2010 r. do 21.12.2012 r. (...) zrealizował i wdrożył System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych (EMCS PL) w zakresie pierwszego i drugiego cyklu*

rozwojowego, zrealizował modyfikacje systemu zgodnie ze zmianami przepisów Unii Europejskiej oraz zrealizował usługę hostingu generatora online. (...)” „(...) Dodatkowo w ramach projektu (...) zrealizował moduł komunikacyjny z bramką CCN/CSI, który docelowo ma obsługiwać również inne systemy komunikacyjne z tą bramką po polskiej stronie. (...)” (str. 18 oferty).

W dniu 24.01.2013 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w wyjaśnieniach m.in.: „(...) w zakresie wykazu wykonanych usług:

- 1) czy projekt wskazany w wykazie obejmował swoim zakresem prace polegające na zaprojektowaniu, zbudowaniu, wdrożeniu i/lub rozwoju systemu informatycznego wykorzystywanego przez administrację celną Unii Europejskiej, charakteryzującego się wymianą komunikatów z innymi administracjami krajów UE poprzez sieć CCN/CSI,
- 2) jaka była wartość wyszczególnionych prac (zaprojektowanie, zbudowanie, wdrożenie, i/lub rozwój systemów informatycznych), zrealizowanych w ramach projektu? Proszę o podanie w ramach wartości całkowitej projektu, wskazanej w wykazie wykonanych usług, wartości składowych, odnoszących się odpowiednio do zaprojektowania, zbudowania, wdrożenia i/lub rozwoju systemu informatycznego wykorzystywanego przez administrację celną Unii Europejskiej, charakteryzującego się wymianą komunikatów z innymi administracjami krajów UE poprzez sieć CCN/CSI. (...)”

W ramach pisma z dnia 25.01.2013 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi stwierdzając w zakresie przytoczonych powyżej pytań, że: „1) (...) projekt wskazany w wykazie obejmował swoim pracą polegającą na zaprojektowaniu, zbudowaniu, wdrożeniu i rozwoju systemu informatycznego wykorzystywanego przez administrację celną Unii Europejskiej, charakteryzującego się wymianą komunikatów z innymi administracjami UE poprzez sieć CCN/CSI. 2) (...) Zamawiający nie wymagał podawania takiego wyszczególnienia i takie działanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania. Wartość całkowita realizacji systemu EMCS PL wyniosła 3 045 763, 96 zł brutto. System ten jest wykorzystywany przez administrację celną Unii Europejskiej oraz charakteryzuje się wymianą komunikatów z innymi administracjami krajów UE (...) wskazuje ponadto, że w odniesieniu do prac wykonanych podczas realizacji systemu EMCS PL nie jest możliwe podanie dokładnych wartości składowych wskazanych przez Zamawiającego, gdyż taki podział nie był uwzględniony w umowach na budowę i rozwój składowy systemu EMCS PL zawartych z Ministerstwem Finansów (zamówienie objęte zostało pięcioma umowami) (...) wychodząc jednak naprzeciw Zamawiającemu podaje wartości szacunkowe wynikające z wewnętrznych benchmarków (...) według których:

- 1) zaprojektowanie – stanowiło 15 % łącznej wartości realizacji systemu EMCS PL;
- 2) zbudowanie – 60 % łącznej wartości realizacji systemu EMCS PL;
- 3) wdrożenie - 10% łącznej wartości realizacji systemu EMCS PL;

4) rozwoju systemu informatycznego – 15% łącznej wartości realizacji systemu EMCS PL.”

W dniu 01.02.2013 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wskazał: „Wykonawca w ofercie złożył WYKAZ WYKONANYCH USŁUG, którego treść nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale 4 pkt 2 SIWZ, tj.: „posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, iż za spełniających ten warunek zostaną uznani Wykonawcy, którzy wykonali lub I są w trakcie realizacji (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również j wykonywali) w okresie ostatnich trzech lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jedno zamówienie o wartości co najmniej 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy milionów zł.) polegające na zaprojektowaniu, zbudowaniu, wdrożeniu i/lub rozwoju systemu informatycznego wykorzystywanego przez administrację celną Unii Europejskiej, charakteryzującego się wymianą komunikatów z innymi administracjami krajów UE poprzez sieć CCN/CSI (Common Communication Network/Common System Interface). Z treści WYKAZU WYKONANYCH USŁUG wynika, że Wskazana usługa - „System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych (EMCS PL)” opiewa na wartość „powyżej 3 000 000,00 zł. brutto” a jej zakres obejmował zaprojektowanie, zbudowanie, wdrożenie i rozwój oraz utrzymanie elementów systemu informatycznego. Tym samym Wykonawca nie potwierdził jednoznacznie, iż wartość zamówienia polegającego na:

- a) zaprojektowaniu,
- b) zbudowaniu,
- c) wdrożeniu i/lub rozwoju

systemu informatycznego opiewa na wartość co najmniej 3 000 000 zł. brutto. Zostało potwierdzone wykonanie zamówienia na wartość powyżej 3 000 000 zł. brutto ale obejmującego szerszy zakres. Oprócz wykonania usługi zaprojektowania, zbudowania, wdrożenia i rozwoju systemu informatycznego wspomniana wartość obejmowała również usługę utrzymania elementów systemów informatycznych. Wyjaśnienia udzielone w dniu 28-01-2013 r. potwierdzają, iż wartość całkowita „Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych (EMCS.PL)”, na który składają się cztery z pięciu wyżej wymienionych usług, wyniosła 3 045 763,96 zł. brutto (usługa utrzymania elementów systemów informatycznych nie została objęta tą informacją). Jak wskazał Dyrektor Departamentu Podatku Akcyzowego „System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych (HMCS PL)” był realizowany w drodze pięciu umów. Umowy te są znane Zamawiającego ze wcześniej prowadzonych postępowań, gdyż były one realizowane na rzecz Ministerstwa Finansów. Na podstawie ich szczegółowej analizy pod względem przedmiotowym i wartościowym Zamawiający stwierdza, iż wartość zamówienia polegającego na:

- a) zaprojektowaniu,

b) zbudowaniu,

c) wdrożeniu i/lub rozwoju opiewa łącznie na kwotę 2 979 730,96 zł. brutto.”.

W odpowiedzi z dnia 06.02.2013 r. Przystępujący stwierdził, że: „1. Zgodnie z SIWZ (Rozdz. 4 pkt 2) za spełnienie wymagania podmiotowego w przedmiocie posiadania wiedzy i doświadczenia, przyjęto wykonanie (lub bycie w trakcie realizacji) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednego zamówienia o wartości do najmniej 3 000 000.00 zł brutto, polegającego na zaprojektowaniu, zbudowaniu, wdrożeniu i/lub rozwoju systemu informatycznego wykorzystywanego przez administrację celną Unii Europejskiej, charakteryzującego się wymianą komunikatów z innymi administracjami krajów UE przez sieć CCN/CSI.

2. Pentacomp wskazał w sposób jednoznaczny, iż zrealizował na rzecz Ministerstwa Finansów System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych (EMCS PL) o wartości powyżej 3 000 000,00 zł gdyż wartość całkowita realizacji systemu EMCS PL wyniosła 3 045 763.96 zł brutto. System ten jest wykorzystywany przez administrację celną Unii Europejskiej oraz Charakteryzuje się wymianą komunikatów z innymi administracjami krajów UE poprzez sieć CCN/CSI, co stanowi spełnienie wymagania SIWZ.

3. Pentacomp wskazał ponadto, że w odniesieniu do prac wykonanych podczas realizacji systemu EMCS PL nie było możliwe podanie dokładnych wartości składowych wskazanych przez Zamawiającego, gdyż taki podział nie był uwzględniony w umowach na budowę i rozwój systemu EMCS PL zawartych z Ministerstwem Finansów (zamówienie objęte zostało pięcioma umowami) Pentacomp wychodząc jednak naprzeciw Zamawiającemu podał wartości szacunkowe wynikające z wewnętrznych benchmarków firmy Pentacomp według których:

1) zaprojektowanie - stanowiło 15% łącznej wartości realizacji systemu EMCS PL;

2) zbudowanie - 60% łącznej wartości realizacji systemu EMCS PL;

3) wdrożenie - 10% łącznej wartości realizacji systemu EMCS PL;

4) rozwój systemu informatycznego - 15% łącznej wartości i realizacji systemu EMCS PL.

4. Jak wynika z przesłanego wezwania Zamawiający jednostronnie przyjął, iż wartość zamówienia polegającego na:

1) zaprojektowaniu,

2) zbudowaniu,

3) wdrożeniu i/lub rozwoju opiewa jedynie na łączną kwotę 2 979 730,96 zł brutto

Powyższy wniosek jest zupełnie nie zrozumiały dla Pentacomp i nie znajduje potwierdzenia w umowach zawartych z Ministerstwem Finansów, a wycena Izby Celnej w Łodzi jest zupełnie nieuprawniona i pozbawiona podstaw prawnych Izba Celną w Łodzi dokonała samodzielnego oszacowania usługi utrzymania realizowanej przez Pentacomp (w ramach umów na hosting) na kwotę 66 033,00 zł, brutto co nie znajduje żadnego potwierdzenia

w wynagrodzeniu otrzymanym przez Pentacomp, z tytułu realizacji którejkolwiek z umów na wykonanie Systemu EMCS PL. Wskazać należy, że w ramach realizacji umów na usługi hostingu (trzy umowy) realizowane były usługi wdrożenia obejmujące instalację nowych wersji generatora wynikających z budowy oraz rozwoju Systemu EMCS PL oraz usługi rozwoju polegające na aktualizacji (modernizacji) słowników generatora. Usługi te nie były odrębnie wyceniane Jednoznacznie potwierdza to załączone pismo z Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów, odpowiedzialnego za wdrożenie Systemu EMCS PL. Nadmienić należy również, że umowy hostingu realizowane były na rzecz Ministerstwa Finansów i pracownicy Izby Celnej w Łodzi nie uczestniczyli w ich realizacji Wskazać również należy, że podmiotem uprawnionym do wyceny usług utrzymania jest jedynie podmiot realizujący te prace, czyli firma Pentacomp. Na podstawie dostępnych informacji Pentacomp ocenia, że wartość usług wdrożenia i rozwoju realizowanych w ramach umów na usługi hostingu (trzy umowy) była większa niż 50 000,00 zł brutto, co oznacza, że wartość zamówienia polegającego na:

- 1) zaprojektowaniu,
- 2) zbudowaniu,
- 3) wdrożeniu i/lub rozwoju

opiewa na łączną kwotę większą niż 3 000 000,00 zł brutto.

5. Ponadto Pentacomp zwraca uwagę Zamawiającego na to, że intencją ustawodawcy w zakresie wymagania wykazania się odpowiednim doświadczeniem jest zagwarantowanie, że potencjalny Wykonawca będzie w stanie zrealizować odpowiednie przedsięwzięcie. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy podmiot ubiegający się o zamówienie nie jest znany Zamawiającemu, W takiej sytuacji rzeczywiście Zamawiający nie jest w stanie ocenić w sposób nie budzący wątpliwości doświadczenia odpowiedniego Wykonawcy W odniesieniu do postępowania na wdrożenie systemu NCTS2 Zamawiający ma pełną wiedzę co do doświadczenia firmy Pentacomp wystarczającego do realizacji systemu NCTS2 Potwierdzają to następujące fakty:

- Zespół merytoryczny IC Łódź brał udział we wdrożeniu systemu EMCS PL (z wyjątkiem realizacji umów na hosting) - wykonawcą tego systemu jest firma Pentacomp Zamówienie zostało zrealizowane należycie co potwierdzają referencje uzyskane przez Pentacomp
- Zakres przedmiotowy umów na wdrożenie systemu EMCS PL był większy od zakresu przedmiotowego umowy na wdrożenie systemu NCTS2. Przy czym od strony technicznej systemy EMCS PL i NCTS2 są bardzo podobne
- Czas wymagany na wdrożenie systemu EMCS PL był krótszy od czasu wymaganego na wdrożenie systemu NCTS2.
- Przed ogłoszeniem postępowania, w procedurze oceny wartości zamówienia. Zamawiający wystąpił do Pentacomp o dokonanie szacunkowej wyceny. Ponadto jak wynika

z protokołu postępowania Pentacomp był jedną z kilku firm, które zostały poinformowane o wszczęciu postępowania. Tym samym Zamawiający przyznał, że Pentacomp posiada odpowiednie doświadczenie bo realizacji systemu NCTS2. W związku z powyższym przedłożony przez nas wraz z ofertą wykaz usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie w sposób wystarczający i zgodny ze SIWZ potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu (zarówno co do zakresu jak i wartości tych usług). Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i kwestionując wartość wskazanej w wykazie usług dokonał tego w sposób nieuprawniony i dowolny Biorąc zaś pod uwagę, iż to Wykonawca który świadczył usługi ma największą wiedzę co do ich wartości, Zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania oświadczeń Wykonawcy (...).”

W ramach załączonego pisma Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów z dnia 05.02.2013 r. stwierdza się, że: *„W odpowiedzi na pismo z dnia 4 lutego br. dotyczące potwierdzenia zakresu prac w ramach trzech umów (o numerach R/414/10/SC/B/1123 z dnia 14 lutego 2011 r., R/60/11/SC/B z dnia 6 kwietnia 2011 r., R/211/11/SC/B/967 z 2 stycznia 2012 r. pomiędzy Ministerstwem Finansów a Pentacomp Systemy Informatyczne SA na usługę udostępnienia w sieci Internet aplikacji „Generator online dla systemu EMCS” Departament Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów wyjaśnia, co następuje. Przedmiotem ww. umów były m. in. następujące usługi.*

- wdrożenie obejmujące instalacje nowych wersji aplikacji generatora online powstałych w wyniku budowy i rozwoju systemu EMCS.PL; nowe wersje obejmowały funkcjonalności cyklu 1 (14 luty 2011 i 31 maja 2011) oraz funkcjonalności cyklu 2 (31 grudnia 2011 i 19 stycznia 2012),

- aktualizacje słowników generatora - kilkakrotnie w ciągu trwania wszystkich umów.

Zamawiający w zaproszeniu do składania ofert nie żądał przedstawienia rozbicia kosztów umowy na poszczególne jej składowe stąd też możliwe jest podanie jedynie ceny całkowitej danej umowy. Wykonawca w swojej ofercie nie przedstawił cen jednostkowych poszczególnych elementów usługi, gdyż nie był do tego zobowiązany. Umowy, o których mowa powyżej świadczone były na rzecz Ministerstwa Finansów i przy realizacji tych umów nie uczestniczyli pracownicy Izby Celnej w Łodzi”.

W dniu 11.02.2013 r. Zamawiający unieważnił czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu. Zaś w dniu 20.02.2013 r. poinformował o wyborze oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 2 pkt 4 i 3 oraz art. 22 ust. 4 Pzp, poprzez niewykluczenie Wykonawcy i nieodrzuconie oferty Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie odnoszącym się do spełniania wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, Izba uznała, że ww. zarzut podlega oddaleniu. Jednocześnie, Izba podkreśla, że Odwołujący podczas rozprawy sprostował odwołanie stwierdzając, że zawiera ono wyłącznie niniejszy zarzut.

Izba biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.2 Pzp), jak również oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego (art. 190 ust.7 Pzp) uznała w pierwszej kolejności, że spełnione zostały warunki pozwalające uznać za dopuszczalną możliwość wykazania się, w przedmiotowym stanie faktycznym, przy uwzględnieniu literalnego brzmienia sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia, w ramach 1 zamówienia kilkoma umowami łącznie.

Wykazywany przez Przystępującego system informatyczny zrealizowany dla Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów, a ściśle wykazanie się doświadczeniem zdobytym przy jego realizacji było poprawne – umowy łącznie spełniają warunek sformułowany przez Zamawiającego także w aspekcie wymaganej wartości.

Jednocześnie należy zauważyć, że analiza pism kierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego w toku postępowania (wezwanie do wyjaśnień z dnia 25.01.2013 r., jak i wezwanie z dnia 01.02.2013 r.) bezsprzecznie wskazuje, że Zamawiający nigdy nie kwestionował możliwości wykazania się dla spełnienia postawionego warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia: „1 zamówienia” więcej niż 1 umową. Potwierdza to także protokół Komisji Przetargowej nr 7 z dnia 29.01.2013 r., protokół Komisji Przetargowej nr 8 z dnia 07.02.2013 r. oraz protokół Komisji Przetargowej nr 9 z dnia 13.02.2013 r. (w szczególności pierwszy ze wskazanych protokołów Komisji Przetargowej). Nadto, zebrany materiał dowodowy potwierdza, że Zamawiający kontaktował się z wystawcą przedłożonej do oferty referencji w ramach wykazywanego systemu informatycznego - pismo Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów z dnia 22.01.2013 r. otrzymane bezpośrednio przez Zamawiającego. Zaś, stanowisko wystawcy w ramach wszystkich przedłożonych pism jest jednorodne – referencja z dnia 04.01.2013 r., pismo Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów z dnia 22.01.2013 r., z dnia 05.02.2013 r. oraz z dnia 11.03.2013 r. – potwierdza, że w ramach projektu informatycznego przy realizacji, którego Przystępujący zdobył wykazywane doświadczenie realizowana była

usługa hostingu generatora online.

Orzeczenia przywołane przez Odwołującego w odwołaniu dotyczyły robót budowlanych oraz usług, które nie mają charakter etapowego: „*usługi sprzętania, czy też porządkowe*” i nie mogą mieć zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku przywołanym przez Przystępującego w jego przystąpieniu, tj. wyroku z dnia 26.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1468/11, sygn. akt: KIO 1473/11 zastrzegając, że każdorazowo dany przypadek należy traktować indywidualnie, uznając je za adekwatne w zakresie aktualnego sporu, chociażby z uwagi na zbieżność użytych sformułowań i rodzaj usługi o charakterze etapowym dotyczącym systemu teleinformatycznego. Izba zgadza się, że: „*(..) pod pewnymi warunkami dopuszczalne, w świetle przedmiotowego wymagania jest wykazanie się realizacją takiego przedsięwzięcia, które było wykonane w ramach więcej niż jednej umowy. Pojęcie „jedno zamówienie” nie jest tożsame z pojęciem „jedna umowa”. W treści warunku nie mówi się o zamówieniu publicznym w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych [co by nakazywało traktować je jako umowę], lecz ogólnie, o „zamówieniu”. Nie sposób także przyjąć, że chodzi tu o jedno postępowanie w ramach którego dochodzi do zawarcia umowy o zamówienie publiczne – wszak i w jednym postępowaniu dopuszczalne jest zawarcie więcej niż jednej umowy. Kluczowym zatem dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy był kontekst, w jakim w analizowanym warunku posłużono się pojęciem „zamówienie” (...). Zasadnym wydaje się zatem odnoszenie pojęcia „zamówienie” do jego przedmiotu, to jest wdrożenia odpowiedniego systemu i uwzględnienie przy tym istoty oraz specyfiki wdrożenia systemu informatycznego lub teleinformatycznego. Z natury jest to proces, który jest skończony [kończy się odpowiednią procedurą przejęcia systemu i oddania go do eksploatacji], którego produkt może powstawać, zależnie od przyjętej metodyki, założonego planu zarządzania ryzykiem etapami, w ramach których część usług jest już eksploatowana w czasie, kiedy dalsze czynności wdrożenia są jeszcze prowadzone. W praktyce proces wdrożenia systemu może być zatem i zwykle jest rozłożony w czasie, niejednokrotnie także na odbywa się podstawie więcej niż jednej umowy. (...)Wymaga to także rozróżnienia [na gruncie postawionego warunku - wykazania wdrożenia systemu spełniającego opisane przez zamawiającego cechy i funkcjonalności] fazy wdrażania systemu od jego rozwoju czy później: eksploatacji. Uznano zatem, że w konkretnej sytuacji możliwe byłoby wykazanie się doświadczeniem w realizacji wdrożenia systemu teleinformatycznego na podstawie kilku umów z tym samym odbiorcą dostaw lub usług, jeśli tylko wykonawca sprostą obowiązkowi wykazania, że te umowy nie tylko dotyczą tego samego zadania, pewnej sfery działania nabywcy i że pozostają nie w jakimkolwiek powiązaniu ze sobą, ale składają się na przedsięwzięcie określane w metodykach zarządzania projektami jako „wdrożenie systemu” (...)*”. Tego rodzaju sytuacja zaistniała

w przedmiotowym stanie faktycznym, etapowość tworzenia systemu informatycznego pozwala przyjąć możliwość jego tworzenia z wykorzystaniem więcej niż 1 umowy.

Odwołujący co do zasady podzielił - ten pogląd, miał jednakże wątpliwość, czy wykazywany system informatyczny, a ściśle umowy winny być w taki sposób zakwalifikowane, tzn. łączone /przedmiotowo i wartościowo/, aby uznać wykazanie przez Przystępującego spełnienie warunku w zakresie wymaganego doświadczenia. Kwestionował możliwość łączenia umów dotyczących usługi hostingu generatora online z umową nr R/84/09/SC/B/265 z dnia 18.05.2010 r. na zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dla potrzeb budowy Krajowego Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL opartego o System Kontroli Przemieszczania Wyrobów Akcyzowych BACHUS i aneksem Nr 1 z dnia 09.02.2012 r. do umowy nr R/84/09/SC/B/265 z dnia 18.05.2010 r. Zwracał uwagę, że usługa hostingu ma rodzajowo inny charakter, nadto wskazywał na charakter dodatkowych umów, jako pozaustawowych.

Izba podnosi, że nie jest przedmiotem zarzutu kwestia podziału zamówienia przez wystawcę referencji. Przy czym, Przystępujący przedstawi wiarygodne wyjaśnienie, że zaistniała sytuacja nie wliczenia usługi hostingowej do wartości umowy podstawowej wynika z sytuacji nie związanej z realizowanym zamówieniem, tj. tworzonym systemem INTRAS.

Analiza umowy nr R/84/09/SC/B/265 z dnia 18.05.2010 r. na zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dla potrzeb budowy Krajowego Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL opartego o System Kontroli Przemieszczania Wyrobów Akcyzowych BACHUS, a w szczególności Załącznika nr 1 – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia wskazuje, że budowa generatora online do generowania komunikatów xmtl (pkt 5.4/str.17-18/84/) był jego przedmiotem. Zaś, pkt 6.5 /str. 34/84/ zakładał początkowy zamiar zaimplementowania generatora w ramach infrastruktury Zamawiającego na jego serwerze. Okoliczność, że wystawca może odstąpić, wypowiedzieć, czy też rozwiązać umowy hostingowe w razie zaistnienia okoliczności pierwotnie zakładanych /uruchomienia usługi będącej przedmiotem umowy w ramach zasobów Ministerstwa Finansów/ - potwierdza § 5 ust.1 pkt 3 umowy nr R/60/11/SC/B z dnia 06.04.2011 r. na realizację usługi udostępnienia w sieci Internet aplikacji „Generator online dla systemu EMCS” oraz umowy nr R/126/12/SC/B/667 z dnia 02.01.2012 r. na realizację usługi udostępnienia w sieci Internet aplikacji „Generator online dla systemu EMCS”.

W konsekwencji wdrożenie systemu informatycznego, w tym także generatora online /z uwagi na pkt 5.4 oraz 6.5 Załącznika nr 1 – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia/ wymagało zawarcia umowy nr R/414/10/SC/B/1123 z dnia 14.02.2011 r. na realizację usługi udostępnienia w sieci Internet aplikacji „Generator online dla systemu EMCS” /czyli pierwszej umowy dodatkowej/. Odwołujący na rozprawie nie kwestionował –

„rozwojowego” charakteru umowy nr R/126/12/SC/B/667 z dnia 09.11.2012 r. na modyfikację oprogramowania oraz dokumentacji Krajowego Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL, czynił niniejsze w odniesieniu do pozostałych umów hostingowych (w tym także pierwszej dodatkowej umowy nr R/414/10/SC/B/1123 z dnia 14.02.2011 r.). Izba nie uznaje powyższego stanowiska, pierwsza umowa dodatkowa nr R/414/10/SC/B/1123 z dnia 14.02.2011 r. była konieczna do wdrożenia systemu informatycznego, nadto nie można zaprzeczyć, że druga i trzecia umowa dodatkowa - umowa nr R/60/11/SC/B z dnia 06.04.2011 r. na realizację usługi udostępnienia w sieci Internet aplikacji „Generator online dla systemu EMCS” oraz umowa nr R/126/12/SC/B/667 z dnia 02.01.2012 r. na realizację usługi udostępnienia w sieci Internet aplikacji „Generator online dla systemu EMCS” zawiera w sobie usługę utrzymania, czyli usługę, którą nie wymagał Zamawiający w ramach sformułowanego warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia. Jednakowoż, w ocenie Izby, nie tylko § 1 ust. 2 przywołanych dwóch ostatnich umów wskazuje na instalację nowych wersji aplikacji i wyraźnie rozróżnia ową instalację od usługi utrzymania. Pisma Departamentu Podatku Akcyzowego i Gier Ministerstwa Finansów z dnia 05.02.2013 r. oraz z dnia 11.03.2013 r. powyższe potwierdzają. Przy czym, analiza wskazana w piśmie z dnia 05.02.2013 r. wystawcy referencji z dnia 04.01.2013 r. odnosi się do funkcjonalności cyklu 1 i 2 może stanowić podstawę do uznania zawartych w adekwatnym do niniejszych cykli okresach umowach dodatkowych za element wdrożenia systemu informatycznego. Pismo z 11.03.2013 r. złożone na posiedzeniu przez Przystępującego jednoznacznie to potwierdza: „(...) - wdrożenie generatora online komunikatów systemu EMCS PL obejmujące instalacje nowych wersji aplikacji generatora online powstałych w wyniku budowy i rozwoju systemu EMCS.PL oraz aktualizacje słowników generatora - umowy R414/10/SC/B/1123 z dnia 14 lutego 2011 r. R/60/11/SC/B z dnia 6 kwietnia 2011 r., R/211/11/SC/B/967 z dnia 2 stycznia 2012 r. (...)”.

Jednakże, jeżeli nawet uznać, że owe nowe wersje aplikacji generatora nie stanowią elementu wdrożenia, czy też może być to problematyczne, to z całą pewnością nie można uznać, że zmiana starej wersji oprogramowania na nową nie jest elementem rozwoju systemu informatycznego. Na tej samej zasadzie bowiem uznał na rozprawie Odwołujący umowę nr R/126/12/SC/B/667 z dnia 09.11.2012 r. na modyfikację oprogramowania oraz dokumentacji Krajowego Systemu Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL, jako rozwój systemu informatycznego, co było zgodne z cyklem rozwojowym 2 /pkt 7.1.4b –wyciągu SIWZ z dnia 07.01.2010 r. z przetargu ograniczonego na „System Przemieszczania oraz Nadzoru Wyrobów Akcyzowych EMCS PL”, tj. Załącznika nr A – „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” - str. od 59 do 60/.

Względem osiągnięcia wymaganej wartości 3 mln zł brutto, Izba stwierdza, że biorąc

pod uwagę stanowisko Przystępującego z dnia 06.02.2013 r. oraz brak możliwości przedstawienia szczegółowej wyceny – na co wskazywał wystawca referencji w piśmie z dnia 05.02.2013 r., Izba uznała stanowisko Przystępującego ponowione na rozprawie, Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnego dowodu przeciwnego /a na nim spoczywa ciężar dowodzenia/, iż chodzi o inne wartości niż wskazane w piśmie Przystępującego z dnia 06.02.2013 r. – „(...) wartość usług wdrożenia i rozwoju realizowanych w ramach umów na usługi hostingu (trzy umowy) była większa niż 50.000,00 zł brutto, co oznacza, że wartość zamówienia polegającego na:

4) zaprojektowaniu,

5) zbudowaniu,

6) wdrożeniu i/lub rozwoju

opiewa na łączną kwotę większą niż 3 000 000,00 zł brutto.(...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba według norm przepisanych nie może zaliczyć kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, z uwagi na nie przedłożenie do akt sprawy rachunku będącego podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....