

Sygn. akt: KIO 2636/12

WYROK

z dnia 14 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej-Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu poprzez zastąpienie w sekcji III.2.1. pkt 2.1. ogłoszenia o zamówieniu użytego dwukrotnie sformułowania „w instytutach naukowych lub badawczych” – wyrażeniem „w jednostkach sektora publicznego”, zastąpienie w sekcji III.2.1. pkt 3.1. ogłoszenia o zamówieniu wyrażenia „w instytucie naukowym lub badawczym” - sformułowaniem „w jednostce sektora publicznego”, jak również wykonanie czynności informacyjnych związanych z modyfikacją, wymaganych zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej-Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Polska S.A. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej-Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Comarch Polska S.A. w Krakowie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej-Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 listopada 2012 r., nr 2012/S 224-368948.

Wobec czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wobec czynności opisu kryteriów oceny ofert wykonawca Comarch Polska S.A. w Krakowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 30 listopada 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 3) przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez określenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia jak i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
- 4) przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 5) przepisów art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez subiektywne i naruszające uczciwą konkurencję określenie w SIWZ opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert wraz ze sposobem przeprowadzenia prezentacji próbki oferowanego systemu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, oraz w zakresie opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert wraz ze sposobem przeprowadzenia prezentacji próbki oferowanego systemu, w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, tak aby zmodyfikowane zapisy ogłoszenia i SIWZ były zgodne z ustawą Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku odwołujący przywołał opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie muszą posiadać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, znajdujący się w sekcji III.2.1) pkt 2.1 ogłoszenia o zamówieniu. Podniósł, że opis ten bezpodstawnie ogranicza konkurencję poprzez wymaganie wykazania doświadczenia w realizacji zamówienia dla określonej kategorii odbiorców - odpowiednio wymaga wdrożeń „w instytutach naukowych lub badawczych” oraz dla „jednostki sektora publicznego”. Jednakże specyfiki przedmiotowego zamówienia uzasadniającej takie ograniczenie konkurencji nie można stwierdzić w oparciu o opis przedmiotu zamówienia (sekcja II. 1.5 ogłoszenia, część I SIWZ rozdział 4, oraz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony w części III SIWZ - opis przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami). Wywodził, że nie ma istotnych różnic w stosunku do zbliżonych projektów realizowanych tak w sektorze publicznym, jak i w sektorze prywatnym. Wymagania zamawiającego jedynie bezpodstawnie ograniczają konkurencję, dyskryminując wykonawców, którzy wdrożyli systemy klasy ERP u innej kategorii odbiorców. Dla oceny doświadczenia firmy informatycznej nie ma żadnego znaczenia, gdzie wcześniej wdrażała systemy komputerowe. Istotne są konkretne rozwiązania techniczne, a nie kategoria prawna odbiorcy wdrożenia, u którego system ma funkcjonować.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia w zakresie warunku udziału w postępowaniu co do posiadanej wiedzy i doświadczenia w ten sposób, aby wykreślić w sekcji III.2.1. pkt 2.1. ogłoszenia o zamówieniu użyte dwukrotnie sformułowania „w instytutach naukowych lub badawczych” , oraz wyrażenie „w jednostkach sektora publicznego”.

Uzasadniając zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku odwołujący argumentował, że z analogicznych powodów jak wskazane powyżej odnośnie doświadczenia wykonawcy, należy stwierdzić, że

zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp. Wymaganie dysponowania kierownikiem projektu posiadającym doświadczenie w zakresie prowadzenia wdrożenia systemu klasy ERP w instytucie naukowym lub badawczym nie ma żadnego uzasadnienia. Dla oceny doświadczenia kierownika projektu nie ma żadnego znaczenia to czy system informatyczny został wdrożony „w instytutach naukowych lub badawczych”, dla jednostki sektora publicznego czy podmiotu prywatnego. Odwołujący podnosił, że zamawiający w niedozwolony sposób eliminuje z przedmiotowego postępowania wykonawców, którzy dysponują kierownikiem projektu wykazującym się doświadczeniem związanym z prowadzeniem projektów informatycznych dotyczących wdrożenia systemu klasy ERP dla odbiorców innych aniżeli instytuty naukowe lub badawcze.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu co do warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w ten sposób, aby wykreślić w sekcji III.2.1. pkt 3.1. ogłoszenia o zamówieniu użyte tam sformułowanie „w instytucie naukowym lub badawczym”.

Uzasadniając zarzut dotyczący kryteriów oceny ofert odwołujący zakwestionował opisane przez zamawiającego w SIWZ w Rozdziale 23 zasady oceny kryterium „Ocena prezentacji” (P). Wywiódł, że kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucie i preferencje oceniającego. Tymczasem zasady oceny kryterium „Ocena prezentacji” w praktyce pozwalają zamawiającemu na zupełną dowolność oceny propozycji składanych przez wykonawców, a oferentom utrudniają przygotowanie rzetelnej oferty. Ocena prezentacji ma być dokonana przez każdego z członków komisji przetargowej co powoduje, że każdy oceniający może ocenić dane zagadnienie inaczej, a w konsekwencji niemożliwe jest zweryfikowanie prawidłowości tej oceny. Ocena powinna być dokonywana przez zamawiającego i powinna to być ocena jednolita. Odnośnie każdego zagadnienia albo coś jest spełnione, i powinno być ocenione jako jedno TAK, albo nie jest spełnione, i powinno być ocenione jako jedno NIE. Na takiej podstawie wykonawca będzie miał świadomości oczekiwanej liczby punktów w ocenianym kryterium.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie oceny kryterium „ocena prezentacji” poprzez nadanie im brzmienia:

Ocena prezentacji polegać będzie na ocenie każdego z zagadnień określonych w scenariuszach prezentacji. Zamawiający przypisze ocenę TAK lub NIE' do każdego z elementów weryfikowanych w obrębie każdego z zagadnień. Stosunek procentowy odpowiedzi twierdzących (TAK) do liczby elementów weryfikowanych w danym zagadnieniu będzie skutkował przyznaniem odpowiedniej ilości punktów zgodnie z poniższą regułą:

do 49,99% - 0 pkt

50,00%-59,99% - 1 pkt

60,00% -69,99% -2 pkt

70,00%- 79,99% -3 pkt

80,00%-89,99% -4 pkt

• 90,00%-100,00% -5 pkt

Jeżeli w którymkolwiek z zagadnień oferta uzyska 0 pkt , Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Każda oferta w ramach opisanej powyżej oceny może uzyskać maksymalnie 95 punktów (19 zagadnień ocenianych po maksymalnie 5 punktów).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

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 Pzp. Na etapie do upływu terminu składania ofert, określenie w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czy też określenie kryteriów oceny w sposób sprzeczny z ustawą, może utrudnić lub uniemożliwić wykonawcy uzyskanie zamówienia. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania wynikającą z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

1. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 listopada 2012 r., nr 2012/S 224-368948.

Stosownie do postanowienia sekcji II.1.5. ogłoszenia o zamówieniu zatytułowanej „krótki opis zamówienia lub zakupu” przedmiotem zamówienia jest: *dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI) obejmujące:*

1. *Dostawę oraz wdrożenie ZSI,*
2. *Dostawę oraz uruchomienie sprzętu informatycznego na potrzeby wdrożenia ZSI,*
3. *Przeniesienie danych z systemów Zamawiającego do ZSI,*
4. *Integrację z systemem Zamawiającego realizującym zarządzanie incydentami oraz sprzętem i licencjami IT,*
5. *Integrację z Active Directory Zamawiającego,*
6. *Integrację z systemem RCP Zamawiającego,*
7. *Przeszkolenie personelu Zamawiającego,*
8. *Świadczenie usług gwarancyjnych i serwisowych dla wdrożonego systemu.*

Oferowany ZSI musi być systemem w pełni zintegrowanym, pracującym w oparciu o jeden motor bazy danych obejmujący następujące zakresy funkcjonalne:

- a) *Finanse i rachunkowość*
- b) *Ewidencja środków trwałych,*
- c) *Kadry*
- d) *Płace i umowy cywilnoprawne*
- e) *Budżetowanie*
- f) *Controlling*
- g) *Elektroniczny obieg dokumentów (wiarygodny, rozliczany i niezaprzeczalny system obiegu dokumentów z wykorzystaniem podpisu elektronicznego zapewniający zgodność obiegu dokumentów z obowiązującym w Polsce prawodawstwem w tym zakresie).*

Zamawiający stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu opis, w jaki sposób zamierza dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie musi posiadać wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Stosownie do postanowienia sekcji III.2.1 pkt 2.1. ogłoszenia, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie tj.

wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 3 wdrożenia systemu klasy ERP wśród których:

— przynajmniej 1 wdrożenie systemu klasy ERP w instytucjach naukowych lub badawczych o wartości minimum brutto 1 000 000,00 PLN, które obejmowało co najmniej następujące obszary funkcjonalne:

A. Księgowość

B. Kadry i płace

C. Ewidencje majątku

D. Budżetowanie i Controlling

E. Rozliczanie Czasu Pracy dla minimum 100 użytkowników

— przynajmniej 1 wdrożenie systemu klasy ERP w instytucjach naukowych lub badawczych o wartości minimum brutto 500 000,00 PLN, które obejmowało co najmniej następujące obszary funkcjonalne:

A. Księgowość

B. Ewidencje majątku

C. Obieg Dokumentów

D. Controlling

— przynajmniej 1 wdrożenie systemu klasy ERP dla jednostki sektora publicznego o wartości minimum brutto 2000 000,00 PLN, które obejmowało co najmniej:

A. wykonanie usługi analizy przedwdrożeniowej rozumianej jako część procesu wdrożenia oferowanego zintegrowanego systemu klasy ERP, polegającej na opracowaniu dokumentu Koncepcji Wdrożenia. Koncepcja Wdrożenia powinna zawierać co najmniej specyfikację obszarów funkcjonalnych, plan wdrożenia, zalecenia w zakresie optymalizacji organizacji zamawiającego w kontekście wdrożenia, harmonogram wdrożenia.

B. wdrożenie co najmniej następujących obszarów funkcjonalnych:

i. Księgowość

ii. Ewidencje majątku

Wykonawca wykaże wartość samej usługi określonej w warunku udziału w postępowaniu, bez wartości pozostałych elementów kontraktu np. dostaw sprzętu. Wykonawca wskaże dokładną nazwę zrealizowanej usługi, która pozwoli na jednoznaczną identyfikację usługi, ze

szczegółowym wskazaniem zakresów funkcjonalnych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający dopuszcza jedynie wykazywanie usług wdrożenia ostatecznie zakończonych i odebranych.

Zamawiający stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu opis, w jaki sposób zamierza dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Stosownie do postanowienia sekcji III.2.1 pkt 3.1. ogłoszenia, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują *jednym kierownikiem projektu posiadającym certyfikat z metodyki zarządzania projektami PRINCE 2 Practitioner lub równoważny, który powinien się wykazać, doświadczeniem związanym z prowadzeniem co najmniej jednego projektu informatycznego, dotyczącego wdrożenia systemu klasy ERP w instytucie naukowym lub badawczym o wartości nie mniejszej niż 1 000 000 PLN. brutto, zdobytym w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.*

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia (sekcja III.2.1 pkt 2.1. ogłoszenia o zamówieniu) i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania (sekcja III.2.1 pkt 3.1. ogłoszenia) nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp *Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.* Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu dokonywać takiego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu który jest związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak

najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Z uwagi na sformułowany przez odwołującego zarzut nieproporcjonalności warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia, w pierwszej kolejności koniecznym było porównanie przez Izbę przedmiotu zamówienia do sformułowanych warunków udziału w postępowaniu: w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Izba stwierdziła, że przedmiotem zamówienia była dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (ZSI), u zamawiającego, który jest państwowym instytutem badawczym (sekcja II.1.5. ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający za dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia uznał wyłącznie takiego wykonawcę, który posiada doświadczenie we wdrożeniu co najmniej trzech systemów klasy ERP, posiadających określone moduły. Dodatkowo, spośród trzech wymaganych wdrożeń dwa miały być wykonane w instytutach naukowych lub badawczych, zaś jedno w jednostce sektora publicznego (sekcja III.2.1 pkt 2.1. ogłoszenia o zamówieniu). Odwołujący natomiast domagał się modyfikacji warunku w ten sposób, że o udzielenie zamówienia mogliby się ubiegać wykonawcy posiadający doświadczenie we wdrożeniu co najmniej trzech systemów klasy ERP, zawierających określone moduły, bez względu na kategorię prawną odbiorców tych systemów.

Ponadto, według treści ogłoszenia, wykonawca musiał dysponować m.in. jednym kierownikiem, który powinien się wykazać doświadczeniem związanym z prowadzeniem co najmniej jednego projektu informatycznego, dotyczącego wdrożenia systemu klasy ERP w instytucie naukowym lub badawczym (sekcja III.2.1 pkt 3.1. ogłoszenia o zamówieniu). Odwołujący natomiast domagał się modyfikacji warunku w ten sposób, że o udzielenie zamówienia mogliby się ubiegać wykonawcy dysponujący jednym kierownikiem, który powinien się wykazać, doświadczeniem związanym z prowadzeniem co najmniej jednego projektu informatycznego, dotyczącego wdrożenia systemu klasy ERP, bez względu na kategorię prawną zlecniodawcy takiego projektu.

Wobec tak sprecyzowanego stanowiska Stron, koniecznym było ustalenie przez Izbę, czy ograniczenie przez zamawiającego dostępu do zamówienia publicznego wyłącznie do wykonawców, którzy uprzednio wykonali wdrożenie systemów klasy ERP w instytutach naukowych lub badawczych i dysponują osobą, która prowadziła wdrożenie systemu w takich jednostkach znajduje uzasadnienie w specyfice przedmiotu zamówienia.

W trakcie rozprawy zamawiający wskazał na następujące odrębności w sferze podatkowej, księgowej czy rachunkowej cechujące zamawiającego:

- 1) posiadanie wielu ośrodków położonych na terenie kraju,
- 2) korzystanie w zakresie działalności statutowej ze zwolnienia opisanego w art. 17 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych,
- 3) możliwość podmiotowego zwolnienia z podatku VAT, w zakresie działalności statutowej,
- 4) księgowanie w kwotach brutto,
- 5) możliwość negocjowania z Urzędem Skarbowym indywidualnego wskaźnika do obliczania struktury danego projektu w zakresie od 9 do 90%,
- 6) korzystanie z różnych form dofinansowań w ramach odrębnych projektów (np. dotacje z NFOŚiGW, Norweskiego Mechanizmu Finansującego, środków pomocowych z UE oraz z Banku Światowego) i konieczność obsługi różnych sposobów rozliczania tych projektów,
- 7) konieczność prowadzenia podwójnej ewidencji księgowej w układzie rodzajowym zgodnie z ustawą o rachunkowości, jak również w układzie projektowym zgodnie ze zdefiniowanym budżetem projektu, tj. w podziale na cele i rodzaje badań,
- 8) prowadzenie przez zamawiającego od 200 do 300 kont w różnych walutach,
- 9) wynikający z wymogów statystycznych obowiązek prowadzenia sprawozdawczości dotyczącej działalności badawczo-rozwojowej,
- 10) konieczność rozgraniczenia nakładów w działalności statutowej i zewnętrznych na badania rozwojowe,
- 11) obowiązek ewidencjonowania w sposób uporządkowany i automatyczny danych dotyczących dorobku naukowego pracowników,
- 12) funkcjonowanie u zamawiającego kasy zapomogowo-pożyczkowej i funduszu świadczeń socjalnych,
- 13) udzielanie przez zamawiającego pracownikom urlopów szkoleniowych, a także istnienie dodatków funkcyjnych,
- 14) wieloskładnikowość wynagrodzenia pracowników instytutu, pochodzącego ze środków własnych, projektów, dotacji,
- 15) konieczność obsługi przez system działalności zamawiającego w zakresie udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący odniósł się w trakcie rozprawy do stanowiska zamawiającego. Argumentował, że przytoczony przegląd regulacji finansowo-prawno-księgowej nie jest specyficzny wyłącznie dla instytutów naukowych lub badawczych. W szczególności wskazał, iż:

- 1) rozproszone struktury organizacyjne występują również u jednostek sektora prywatnego,

- 2) zwolnienie podatkowe, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, dotyczy nie tylko instytutów naukowo-badawczych, ale i innych podmiotów publicznych, przykładowo szkół wyższych, które również prowadzą działalność statutową i niestatutową, podlegające odrębnym regułom prawa podatkowego,
- 3) również w sektorze prywatnym występują odrębności w stosunku do zasad ogólnych w zakresie rozliczania podatku dochodowego i podatku VAT (zakłady pracy chronionej czy przedsiębiorstwa działające na terenie specjalnych stref ekonomicznych),
- 4) również firmy z sektora prywatnego korzystają z dofinansowania z NFOŚiGW, środków UE czy Norweskiego Mechanizmu Finansującego, co wymaga prowadzenia nawet kilku tysięcy kont,
- 5) w firmach sektora prywatnego funkcjonują kasy zapomogowo-pożyczkowe, Fundusz Świadczeń Socjalnych,
- 6) obowiązek ewidencjonowania w sposób uporządkowany i automatyczny danych dotyczących dorobku naukowego pracowników występuje nie tylko w instytutach naukowo-badawczych ale i przykładowo w szkołach wyższych,
- 7) problem wieloelementowości składników wynagrodzenia pracowników występuje przykładowo również w szkołach wyższych,
- 8) również pensje urzędników służby cywilnej są dofinansowane ze środków UE, co wymaga rozliczeń w wielu walutach,
- 9) dodatki funkcyjne i urlopy szkoleniowe występują również w jednostkach sektora prywatnego,
- 10) konieczność dokumentowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego występuje również u innych podmiotach publicznych, a nawet podmiotach komercyjnych (np. zamawiających sektorowych).

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał na swoje doświadczenie we wdrożeniu systemów klasy ERP, przykładowo w Agencji Rynku Rolnego, Ministerstwie Spraw Zagranicznych, Ministerstwie Infrastruktury, Ministerstwie Skarbu Państwa, Urzędzie Komunikacji Elektronicznej, Polskiej Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych czy Uniwersytecie Ekonomicznym w Krakowie. Wywodził, że w Agencji Rynku Rolnego funkcjonuje nawet kilka tysięcy kont, kasy zapomogowo-pożyczkowe i fundusz świadczeń socjalnych. System wdrożony na rzecz Polskiej Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych zapewnia obsługę wieloelementowości składników wynagrodzenia pracowników tej instytucji. System wdrożony w Uniwersytecie Ekonomicznym w Krakowie obsługuje działalność statutową i niestatutową tego podmiotu, podlegające odrębnym regułom prawa podatkowego. Odwołujący wskazał, że pomimo swojego doświadczenia, zwłaszcza polegającego na wdrożeniu systemów klasy ERP na rzecz instytucji sektora publicznego, w

świetle opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż podmioty te nie posiadają statusu instytutu naukowego ani badawczego.

W ocenie Izby, wymienione przez zamawiającego w trakcie rozprawy odrębności w sferze prawnopodatkowej, księgowej czy rachunkowej nie okazały się typowe wyłącznie dla instytutów naukowych czy badawczych. Odwołujący wskazał, że przywołane elementy występują w innych podmiotach sektora publicznego, jak choćby szkołach wyższych, ministerstwach, Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych, czy Agencji Rynku Rolnego, zaś niektóre z elementów występują nawet u jednostek sektora prywatnego. Stanowisku odwołującego nie zaprzeczył z kolei zamawiający, a więc Izba na zasadzie 190 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp uznała te okoliczności faktyczne za przyznane, albowiem nie budziły one wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem faktycznym.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenie Izba stwierdziła, że wymaganie od wykonawców doświadczenia we wdrożeniu systemu klasy ERP wyłącznie „w instytutach naukowych lub badawczych” czy dysponowania kierownikiem projektu, który prowadził wdrożenie systemu w takiej instytucji, nie znajduje dostatecznego uzasadnienia w charakterystyce, zakresie, stopniu złożoności czy warunkach realizacji zamówienia. Izba oceniając zaprezentowane przez strony na rozprawie stanowiska doszła do przekonania, że o specyfice można mówić co najwyżej w zakresie wdrożenia systemu klasy ERP dla jednostek sektora publicznego. Odwołujący w celu zwalczania argumentacji zamawiającego posłużył się bowiem w większości przykładami z zakresu wdrożenia systemów klasy ERP w podmiotach publicznych. Powyższe świadczyło o tym, że systemy klasy ERP dla podmiotów sektora publicznego różnią się od systemów w instytucjach prywatnych w taki sposób, który może uzasadniać wymaganie przez zamawiającego posiadania przez wykonawcę doświadczenia w dostawie i wdrożeniu takiego właśnie systemu jako rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego. Natomiast nie znajduje uzasadnienia dalsze zawężenie tego doświadczenia wyłącznie do wdrożenia systemu u podmiotów sektora publicznego, będących dodatkowo instytutami naukowymi czy badawczymi.

Wykonawca posiadający bowiem, w ocenie Izby, dostateczne doświadczenie we wdrożeniu systemu klasy ERP o porównywalnej do zamawianego specyfice, jak choćby w szkole wyższej czy Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych nie mógłby zostać uznany za dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Powyższe świadczyło o zasadności zarzutu odwołującego co do nieproporcjonalności opisanych warunków udziału w postępowaniu. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba uznała jednak, że żądanie odwołującego co do modyfikacji warunków, zmierzające do dopuszczenia do wykazania się doświadczeniem we wdrożeniu

systemów klasy ERP niezależnie od rodzaju odbiorcy, oraz dysponowania kierownikiem projektu wykazującym się doświadczeniem związanym z prowadzeniem projektów informatycznych dotyczących wdrożenia każdego systemu klasy ERP było zbyt daleko idące. Nie będąc związana żądaniem odwołania, a jedynie zarzutami, Izba nie nakazała zatem zamawiającemu wykreślenia z treści opisu obu warunków sformułowania „w instytutach naukowych lub badawczych”, o co wnosił odwołujący, lecz zastąpienia go sformułowaniem „w jednostkach sektora publicznego”, w sposób wskazany w sentencji orzeczenia. W ocenie Izby taka modyfikacja opisanych warunków uczyni zadość zasadzie proporcjonalności, wynikającej z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że wbrew stanowisku zamawiającego przedstawionemu na rozprawie, niezasadność żądania odwołującego, nie oznaczała jednak, że sformułował on w trakcie rozprawy nowy zarzut, który nie został podniesiony w odwołaniu. Zarzut odwołującego sprowadzał się do tego, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia i dysponowania osobami dolnymi do wykonania zamówienia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co potwierdziło się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

2. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez subiektywne i naruszające uczciwą konkurencję określenie w SIWZ opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert wraz ze sposobem przeprowadzenia prezentacji próbki oferowanego systemu

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W SIWZ, w Rozdziale 23, zamawiający opisał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Jednym z tych kryteriów była „ocena prezentacji” (P).

Zamawiający postanowił, iż:

W ramach tego kryterium ocena oferowanego Systemu dokonana zostanie przez Zamawiającego według Zasad Oceny Prezentacji oraz scenariuszy prezentacji, przedstawionych w Części III SIWZ , rozdział 3.

Ocenie będą podlegać prezentacje próbek, podczas których zostaną przedstawione zagadnienia przewidziane w scenariuszach.

Ocena prezentacji polegać będzie na oddzielnej ocenie każdego z zagadnień określonych w scenariuszach prezentacji przez każdego z Członków Komisji Przetargowej. Każdy oceniający przypisuje ocenę TAK lub NIE do każdego z elementów weryfikowanych w obrębie każdego z zagadnień. Stosunek procentowy odpowiedzi twierdzących (TAK) do

liczby elementów weryfikowanych w danym zagadnieniu będzie skutkowało przyznaniem odpowiedniej ilości punktów zgodnie z poniższą regułą:

- do 49,99% - 0 pkt
- 50,00% - 59,99% - 1 pkt
- 60,00% - 69,99% - 2 pkt
- 70,00% - 79,99% - 3 pkt
- 80,00% - 89,99% - 4 pkt
- 90,00% - 100,00% - 5 pkt

Każdy z Członków Komisji Przetargowej oceni każde z zagadnień i zostanie z tych ocen wyliczona średnia arytmetyczna w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku.

Jeżeli w którymkolwiek z zagadnień oferta uzyska 0 pkt, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Każda oferta w ramach opisanej powyżej oceny może uzyskać maksymalnie 95 punktów (19 zagadnień ocenianych po maksymalnie 5 punktów).

Z kolei w Części III SIWZ, rozdziale 3 zamawiający opisał scenariusz prezentacji, który obejmował 19 zagadnień. W ramach każdego z zagadnień wskazano listę elementów, podlegających weryfikacji w ramach zagadnienia. Opisano również cele prezentacji w każdym zagadnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Podkreślenia wymaga, że ustawa Pzp nie zabrania zamawiającemu określenia kryteriów oceny ofert, które charakteryzować się będą pewnym poziomem subiektywizmu. Uzasadnione jest to zwłaszcza w przypadku kryteriów o charakterze jakościowym. Rzeczywiście można zgodzić się z odwołującym, że jakościowe kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, aby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucie i preferencje oceniającego. Jednakże wbrew wywodom odwołującego, w ocenie Izby, zamawiający temu wymaganiu sprostał. Zamawiający wskazał, że w kryterium „ocena prezentacji” będą weryfikowane funkcjonalności (zagadnienia) wymienione w Rozdziale 3, Części III SIWZ. Analiza zaś tych postanowień SIWZ prowadziła do wniosku, że lista zagadnień miała charakter zamknięty i liczyła 19 pozycji. Co więcej, zamawiający dołożył dużej staranności w celu wyspecyfikowania zamkniętej listy elementów, które w ramach danego zagadnienia będą weryfikowane. Wreszcie wskazano w SIWZ w sposób wyraźny, jaki będzie cel prezentacji. Nie sposób się zatem zgodzić z odwołującym jakoby zasady oceny kryterium „ocena prezentacji” pozwalały zamawiającemu na pełną dowolność oceny propozycji składanych

przez wykonawców. Przeciwnie, dowolność czy ocenność została ograniczona do minimum, co należy do rzadkości przy konstruowaniu kryteriów oceny ofert o charakterze jakościowym.

Ponadto, wbrew wywodom odwołującego, żaden przepis nie wymaga, aby ocena zamawiającego nie mogła być wypadkową ocen dokonywanych przez poszczególnych członków komisji przetargowej. Uszło uwadze odwołującego, że niektóre elementy weryfikowane w ramach poszczególnych zagadnień mają charakter ocenny. Przykładowo w elemencie 1 zagadnienia 19 badane będzie: *czy interfejs pozwala w łatwy sposób na personalizowanie systemu (budowa własnego pulpitu/profilu z dostępem do wybranych funkcji)?* Z kolei w elemencie 18 zagadnienia 19 ustaleniu podlegać będzie: *czy informacje w oknie są czytelne?* W ocenie Izby, w przypadku pytań o charakterze ocennym zasadnym jest wypowiedzenie się przez poszczególnych członków komisji przetargowej.

Nie jest również prawdą, iż ocena w spornym kryterium nie będzie się poddawała się weryfikacji wykonawców. Wykonawcy będą mogli wszak zapoznać się z kartami indywidualnej oceny ofert sporządzonymi przez członków komisji przetargowej. Zatem prawidłowość oceny końcowej samego zamawiającego, będzie mogła być oceniona przez wykonawców.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: