

Sygn. akt KIO/UZP 8/10

KIO/UZP 19/10

WYROK
z dnia 19 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 lutego 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **26 stycznia 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. SYGNITY S.A.,
2. IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., adres dla lidera:
al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,**
- B. ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań** protestów:

- A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. SYGNITY S.A.,
2. IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., adres dla lidera: al.
Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa z dnia 14 grudnia 2009 r.**
- B. ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków z dnia 14 grudnia 2009 r.,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. SYGNITY S.A., 2. IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., adres dla lidera: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 19/10 - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty LUMENA S.A. ul. Reja 6, 02-053 Warszawa, dokonania czynności oceny złożonych ofert.

1B. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża:

- **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań,**

- **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. SYGNITY S.A., 2. IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., adres dla lidera: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, 60-244 Poznań** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie**

zamówienia: 1. SYGNITY S.A., 2. IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., adres dla lidera: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. SYGNITY S.A., 2. IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., adres dla lidera: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. SYGNITY S.A., 2. IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., adres dla lidera: al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,**
 - B** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **ComArch S.A., al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Poznaniu sp. z o.o., ul. Głogowska 131/133, 60 - 244 Poznań prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę licencji, wdrożenie systemu klasy ERP wraz z odpowiednią infrastrukturą informatyczną dla MPK Poznań sp. z o.o.*”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 kwietnia 2009 r. pod numerem 2009/S 82-118666.

Dnia 4 grudnia 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę LUMENA S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a; 31-864 Kraków, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO/UZP 8/10

Dnia 14 grudnia 2009 roku, wykonawca – konsorcjum firm: SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180; 02-486 Warszawa oraz IFS Industrial and Financial Systems Poland sp. z o.o., ul. M. Flisa 4; 02-247 Warszawa (zwane dalej Protestującym), wniosło protest wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez LUMENA S.A., ul. Reja 6, 02-053 Warszawa (zwany dalej LUMENA), oraz zaniechaniu odrzucenia oferty LUMENA.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez LUMENA, mimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie w toku postępowania zasad uczciwej konkurencji w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy.

Na skutek powyższych czynności i zaniechań Zamawiającego interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynności (zaniechania) Zamawiającego uniemożliwiają dokonanie wyboru oferty Protestującego jako

najkorzystniejszej, która sklasyfikowana została na drugim miejscu, zatem winna być przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą w wyniku przeprowadzenia prawidłowej oceny ofert i odrzucenia oferty LUMENA.

Wskazując na powyższe, wniósł o uwzględnienie protestu oraz:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty LUMENA jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie powtórnej oceny ofert, a w jej toku:
 - o odrzucenie oferty LUMENA, w związku z niezgodnością treści oferty z treścią SWIZ;
 - o dokonanie wyboru oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SYGNITY S.A. i IFS Industrial and Financial Systems Poland sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

W obecnym stanie sprawy umowa, która zostałaby ewentualnie zawarta z LUMENA byłaby umową nieważną w świetle postanowień art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, z uwagi na fakt, że zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy oraz, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania.

Uzasadniając wskazał na następujące uchybienia w ofercie wykonawcy LUMENA:

1. Wykonawca LUMENA w treści swojej oferty napisał:

Strona 137/138 - Reeingeenering oparty na procesach referencyjnych: Zmiany funkcjonowania przedsiębiorstw będą polegały jedynie na dostosowaniu procedur Klienta do procesów referencyjnych odzwierciedlonych w systemie SAP. Nie będzie realizowany szeroko rozumiany reeingeenering procesów gospodarczych.

Strona 138 - Istnienie adaptowalnej organizacji: Przedsiębiorstwo musi dopuszczać dokonanie istotnych zmian organizacyjnych, dotyczących zarówno struktury organizacyjnej, procedur działania, jak i zakresów uprawnień i odpowiedzialności poszczególnych pracowników. Kryterium akceptacji zmian proponowanych przez SAP będzie stwierdzenie, czy są one zgodne z głównymi celami wdrożenia.

Treść oferty Wykonawcy LUMENA jednoznacznie wskazuje że Zamawiający będzie zobowiązany do dostosowania funkcjonujących już w przedsiębiorstwie procedur do procesów referencyjnych odzwierciedlonych w systemie SAP oraz dopuszczać dokonanie istotnych zmian organizacyjnych, dotyczących zarówno struktury organizacyjnej, procedur działania, jak i zakresów uprawnień i odpowiedzialności poszczególnych pracowników, jeżeli nie będą one pasowały do modelu zawartego w zaoferowanym systemie SAP. Zamawiający wymagał dopasowania funkcjonalności oferowanego produktu do obsługi procesów biznesowych Zamawiającego. Natomiast Wykonawca LUMENA w treści swojej

- oferty napisał, że Klient (Zamawiający) będzie musiał dostosować swoje procedury do procesów referencyjnych odzwierciedlonych w systemie SAP.
2. Z treści punktu 5.9 Załącznika nr 1 do s.i.w.z., że Wykonawca przeprowadzi szkolenia dla wszystkich użytkowników (...). Wykonawca LUMENA w treści swojej oferty w rozdziale 8 METODYKA WDROŻENIA na stronach od 139 do strony 146 określa podział zadań i odpowiedzialności w strukturze organizacyjnej projektu. Na stronie 144 oferty stwierdzono jednoznacznie, że odpowiedzialność za przeprowadzenie szkoleń leży po stronie Zamawiającego. Wykonawca LUMENA w treści swojej oferty wskazuje, że osoby ze strony Klienta (Zamawiającego) pełniące role Członka Zespołu Wdrożeniowego przygotowują i przeprowadzają szkolenia użytkowników końcowych - strona 141 treści oferty Wykonawcy LUMENA. Powyższa treść oferty Wykonawcy LUMENA jest niezgodna z treścią SIWZ i stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z s.i.w.z.
 3. Zgodnie z treścią punktu 1 Szczegółowy zakres zamówienia, Przedmiot usługi podpunkt a.xi - Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania i przekazania Zamawiającemu dokumentacji użytkowej (...). Wykonawca LUMENA w treści swojej oferty wskazuje, że osoby ze strony Klienta (Zamawiającego) pełniące role Członka Zespołu Wdrożeniowego redagują konieczne dokumenty (np. Koncepcja Biznesowa, dokumentacja użytkowników końcowych) - strona 141 treści oferty Wykonawcy LUMENA.
 4. Zgodnie z zachowaniem wszelkich zasad wdrażania systemów informatycznych po stronie Wykonawcy jest pełna parametryzacja systemu, przygotowanie w całości narzędzi do migracji po stronie systemu ZSI oraz przygotowanie dokumentacji konfiguracji. Z informacji zawartych w ofercie wykonawcy LUMENA wynika jednoznacznie, iż *de facto* przerzuca on na Zamawiającego część wdrożenia oraz odpowiedzialność za jego efekt wyłączając tym samym swoją odpowiedzialność oraz zakres prac, które Zamawiający jasno i czytelnie opisał w s.i.w.z. jako obowiązek i zakres prac ponoszonych przez Wykonawcę.
 5. Zgodnie z treścią załącznika nr 1 Opis przedmiotu zamówienia, pkt. 1 Szczegółowy zakres zamówienia, Przedmiot usługi podpunkt a.iii, Wykonawca zobowiązany będzie do instalacji i konfiguracji urządzeń stanowiących platformę sprzętowa ZSI w miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego. Wykonawca LUMENA w treści swojej oferty w rozdziale 8 METODYKA WDROŻENIA na stronach od 143 do strony 146 określa szczegółowy podział zadań i odpowiedzialności pomiędzy Klienta (Zamawiającego) a firmę wdrożeniową (Wykonawcę). Wykonawca LUMENA w treści swojej oferty wskazuje, że instalacja i konfiguracja sprzętu jest w 90% realizowana przez Klienta (Zamawiającego) za

co ponosi on odpowiedzialność - strona 144 treści oferty Wykonawcy LUMENA. Powyższa treść oferty Wykonawcy LUMENA jest niezgodna z treścią s.i.w.z.

6. Oferta Wykonawcy LUMENA nie zawiera wszystkich informacji wymaganych jako obligatoryjne w treści Formularza Ofertowego, którego wzór stanowił Załącznik nr 2 do s.i.w.z. Wykonawca LUMENA nie wyspecyfikował w treści tabeli modułów oferowanego oprogramowania, którego producentem jest wykonawca związanych z realizacją wymagań krytycznych i oferowanych wymagań niekrytycznych dotyczących działu RCP w ramach obszaru funkcjonalnego Kadry i płace. Moduły autorskie wykonawcy LUMENA uczestniczą w realizacji wymagań krytycznych zamawianego systemu i tym samym Wykonawca LUMENA był zobowiązany wymienić je jako moduły oferowanego oprogramowania, przeznaczone do realizacji wymagań krytycznych i oferowanych wymagań niekrytycznych.
7. Oferowany system we współpracy z zaoferowanymi czytnikami kart elektronicznych oraz komputerem przemysłowym nie spełnia zadeklarowanych przez Wykonawcę LUMENA funkcjonalności.
8. Zaoferowane przez LUMENĘ czytniki kart elektronicznych Omnikey 5321 USB nie spełniają wymagań czytników współpracujących z systemami Rejestracji Czasu Pracy (RCP). Zaoferowany czytnik pozwala tylko na zarejestrowanie zdarzenia przyłożenia do niego karty elektronicznej. W przypadku systemów RCP wykorzystuje się czytniki wyposażone w wyświetlacz oraz przyciski funkcji pozwalających na komunikację z pracownikiem niezbędną do określenia czy dane zdarzenia dotyczy wejścia / wyjścia, czy też innych zdarzeń, do których pracownik ma uprawnienie, np. wyjście służbowe z zakładu w czasie godzin pracy, itp.
9. Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia dotyczącego Prawa do modyfikacji kodu aplikacji bez utraty gwarancji. Wzór tego oświadczenia został określony w treści s.i.w.z. (załącznik nr 4). W ramach toczącego się postępowania Zamawiający zmodyfikował treść ww. oświadczenia. Powyższa zmiana nie została uwzględniona w treści oferty przez Wykonawcę LUMENA. Wykonawca LUMENA złożył oświadczenia dotyczące Prawa do modyfikacji kodu aplikacji bez utraty gwarancji na wzorze bez uwzględnienia modyfikacji wprowadzonych przez Zamawiającego.

Dnia 23 grudnia 2009 roku Zamawiający protest rozstrzygnął, przez jego oddalenie.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów stawianych przez Protestującego, Zamawiający wskazał, co następuje:

- Ad. 1. Zarzut wynika z błędnego utożsamiania przez Protestującego procedur z procesami, podczas gdy w rzeczywistości są to zupełnie oddzielne byty. Zamawiający spodziewa się, że niezależnie od tego jakie rozwiązanie będzie wdrażane, wystąpi potrzeba zmiany przynajmniej niektórych stosowanych obecnie procedur. W powyższej sytuacji zarzut ten Protestującego uważa za niezasadny.
- Ad. 2 . Oferent Lumena w swojej ofercie w rozdziale METODYKA WDROŻENIA zawarł na wstępie opis standardowej metodyki wdrożenia producenta oferowanego rozwiązania tj- SAP AG (str. 137 do str. 146) po którym następuje dopiero opis właściwej metodyki wdrożenia, która będzie stosowana przez Wykonawcę w trakcie realizacji (str. 146 do str. 152). W treści oferty i w ramach złożonych wyjaśnień Oferent złożył jednoznaczne oświadczenie o zobowiązaniu się do realizacji w pełnym zakresie zgodnie z przedstawioną metodyką. Opis standardowej metodyki wdrożenia producenta oferowanego rozwiązania tj. SAP AG nie jest w tej sytuacji dla Zamawiającego wiążący. Dla Zamawiającego wiążące jest rozwiązanie oferowane przez dostawcę potwierdzone zapisami oferty na str. 132 i 136. Wobec powyższej argumentacji zarzut ten jest niezasadny.
- Ad. 3. Zarzut jest niezasadny, ponieważ został wyprowadzony na podstawie fragmentu rozdziału METODYKA WDROŻENIA, który nie jest dla Zamawiającego wiążący. Argumentacja jest przedstawiona w odpowiedzi na zarzut Nr 2. Wobec powyższej argumentacji zarzut ten jest niezasadny.
- Ad. 4. Zarzut jest niezasadny, ponieważ został wyprowadzony na podstawie fragmentu rozdziału METODYKA WDROŻENIA, który nie jest dla Zamawiającego wiążący. Argumentacja jest przedstawiona w odpowiedzi na zarzut Nr 2. Wobec powyższej argumentacji zarzut ten jest niezasadny.
- Ad. 5. Zarzut jest niezasadny, ponieważ został wyprowadzony na podstawie fragmentu rozdziału METODYKA WDROŻENIA, który nie jest dla Zamawiającego wiążący. Argumentacja jest przedstawiona w odpowiedzi na zarzut Nr 2. Wobec powyższej argumentacji zarzut ten jest niezasadny.
- Ad. 6. Decyzja o sposobie podziału ZSI na moduły pozostawiona została przez Zamawiającego w gestii Oferentów. Oferent Lumena SA. umieścił zapisy o swoim, autorskim oprogramowaniu w tabeli w Rozdziale 6, gdyż prawdopodobnie uznał, że nie są to oddzielne moduły i nie ma podstaw do umieszczania ich w Rozdziale 4.
- Ad. 7. Argument niezasadny, Zamawiający nie wymagał dostarczenia dokładnie takiego samego sprzętu jak zaoferowany, a jedynie sprzętu, który pozwoli na spełnienie wymagań

funkcjonalnych i który nie będzie „gorszy” niż zaoferowany. W Załączniku nr 2 do s.i.w.z. rozdział 7 jest stwierdzenie, że: „Wykonawca zapewnia, że dostarczony sprzęt nie będzie miał gorszych parametrów technicznych niż oferowany.”. Zamawiający w dobrej wierze przyjął, iż Wykonawca dla celów spełnienia oferowanego wymagania nr 926 dostarczy sprzęt nie gorszy niż zaoferowany, realizujący oferowaną funkcję. Wobec powyższej argumentacji zarzut ten jest niezasadny.

Ad. 8. Argumentacja, taka sama, jak wobec zarzutu Nr 7.

Ad. 9. Argument jest niezasadny. Zamawiający w toku postępowania zgodził się na sugestie Wykonawców dotyczące zmiany części zapisu z Oświadczenia o prawie do modyfikacji kodu źródłowego na korzyść Wykonawców. Oświadczenie to w treści złożonej przez Oferenta Lumena S.A. jest zgodne z wymaganiem a nawet bardziej korzystne dla Zamawiającego niż pozostałe oświadczenia i nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty tylko na podstawie niezgodności formy. Wobec powyższej argumentacji zarzut ten jest niezasadny.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 30 grudnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując i ponawiając wszystkie zarzuty poniesione w proteście, wnosząc jednocześnie o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty LUMENA jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie powtórnej oceny ofert, a w jej toku:
 - a) o odrzucenie oferty LUMENA, w związku z niezgodnością treści oferty z treścią s.i.w.z.;
 - b) o dokonanie wyboru oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SYGNITY S.A. i IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Sygn. akt KIO/UZP 19/10

Dnia 14 grudnia 2009 roku, wykonawca ComArch S.A. (zwany dalej Protestującym), wniósł protest na czynności Zamawiającego podjęte w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Czynnościami objętymi protestem były:

1. Ocena przez Zamawiającego złożonych w postępowaniu ofert;
2. Odrzucenie przez Zamawiającego oferty ComArch SA,

3. Wybór oferty firmy Lumena S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
z ostrożności procesowej

4. Zaniechanie skorzystania z trybu poprawy omyłek określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3
ustawy Pzp.

W związku z powyższym Protestujący wniósł o;

1) unieważnienie czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty ComArch SA;

2) unieważnienie wyboru oferty Lumena SA jako oferty najkorzystniejszej;

3) dokonanie ponownej oceny ofert;

4) dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty ComArch SA jako oferty
najkorzystniejszej,

z ostrożności procesowej;

5) skorzystanie z trybu poprawy omyłek określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie przepisu art. 7 ust 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców oraz
prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji;

2. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez odrzucenie oferty ComArch SA,
pomimo iż treść oferty ComArch SA odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków
Zamówienia;

z ostrożności procesowej;

3. Naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy,
przez zaniechanie poprawienie omyłki polegającej na niezgodności z s.i.w.z., nie
powodującej istotnej zmiany w treści oferty.

Uzasadniając podniósł, iż:

1. Zapisy podpunktów 3.1. i 3.2. Załącznika Nr 3 do SIWZ, na które powołuje się
Zamawiający wskazują, iż – „Prace objęte niniejszą umowa powinny się (...) zakończyć
najpóźniej do dnia 31.12.2011 r.” oraz „Funkcjonalność modułu Finanse i Księgowość
powinna być wdrożona do 01.01.2010 r.” Jednocześnie jako przedmiot umowy
Zamawiający określił, iż jest to „realizacja przedmiotu zamówienia opisanego w Załączniku
Nr 1 wraz ze wszystkimi ustaleniami zawartymi w s.i.w.z.” (por. pkt 2 Przedmiot umowy w
Załączniku nr 3 do SIWZ). Zamawiający dokonał pismem z dnia 19 października 2009 roku
modyfikacji SIWZ - jednakże wobec różnic pomiędzy treścią w/w pisma a treścią SIWZ -
nie jest do końca wiadome, w jakim właściwie zakresie modyfikacja SIWZ została

dokonana. W formularzu oferty, ComArch S.A. złożył w punkcie 6 oświadczenie o zobowiązaniu do „*podpisania umowy uwzględniającej istotne postanowienia umowy zawarte w Załączniku Nr 3 do SIWZ, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego*”. Oczywistym jest zatem, że oferta ComArch SA zabezpiecza interesy Zamawiającego w zakresie dochowania wszystkich wymaganych przez Zamawiającego terminów realizacji zamówienia.

2. Zgodność harmonogramu z s.i.w.z. Zamawiający w piśmie z dnia 19 października 2009

roku w następujący sposób podał terminy realizacji w ramach przedmiotowego zamówienia: „Planujemy, że w pierwszej kolejności należy wdrożyć w okresie do 30 czerwca 2010 roku moduły posiadające standardowe rozwiązania: gospodarka magazynowa w powiązaniu z remontami, oraz kadry. Na okres lipca i sierpnia przewidywane są rozszerzenia tych modułów, a od 1 września moduły w zakresie płacowym, gospodarki odzieżą, tak aby z dniem 1.11.2010 roku umożliwić rozliczenia z ZUS i US oraz uzyskać pełną funkcjonalność systemu finansowo-kosztowego wraz z zakończeniem roku obrotowego tj. 31.12.2010 r.”.

Zamawiający wymagał w s.i.w.z. (załącznik Nr 2, str. 70), aby do oferty dołączona została Metodyka Wdrożeniowa: „*Metodyka wdrażania systemu. W tym opis metodyki przeprowadzania testów*”. Taka Metodyka Wdrożeniowa została zawarta w ofercie na stronach 139 -176 i wynika z niej cały proces realizacji umowy.

Po wykonaniu fazy „*Migracja danych*” spełnione jest uzyskanie pełnej funkcjonalności systemu - czyli spełniony jest warunek wymagany przez Zamawiającego. Zgodnie jednak z wymaganiami Zamawiającego oraz z zapisami załączonej do oferty Metodyki Wdrożeniowej - oferta ComArch SA zawiera także dalsze fazy, wykonywane już po fazie zakończenia wdrożenia obszaru funkcjonalnego - tj. faza uruchomienia produkcyjnego, asysty personalnej oraz sam odbiór wdrożenia. Fazy te - będąc integralną częścią Metodyki Wdrożeniowej, zostały uwzględnione w harmonogramie pomimo tego, że nie mają swoich odpowiedników we wskazanych przez Zamawiającego etapach wdrożenia. Faza Asysty personalnej pełni w rzeczywistości rolę pośrednią pomiędzy wdrożeniem systemu a okresem gwarancji i opieki technicznej, zapewniając płynne i bardziej komfortowe dla użytkowników systemu przejście pomiędzy tymi etapami.

Zaplanowana faza asysty personalnej wynosi 2 miesiące dla każdego etapu podlegającego osobnemu wdrożeniu i odbiorowi. Okres ten wynika z czasu niezbędnego do przeprowadzenia pełnego cyklu rejestracji, rozliczenia i zamknięcia okresu księgowego przy wykorzystaniu każdego systemu ERP. W pierwszym miesiącu trwania asysty

personalnej odbywa się rejestracja danych, w drugim miesiącu - równolegle do rejestracji danych dotyczących kolejnego miesiąca, przeprowadza się operacje zmierzające do rozliczenia i zamknięcie poprzedniego miesięcznego okresu księgowego oraz realizacji wymaganej sprawozdawczości. Szczególnymi datami związanymi z zamykaniem miesiąca księgowego jest 20 dzień następnego miesiąca (termin składania deklaracji podatku dochodowego), 25 dzień następnego miesiąca (termin składania deklaracji VAT). Stąd też realizacja asysty personalnej dopiero w trakcie jednego pełnego okresu rozliczeniowego nie może zostać zakończona wcześniej niż przed upływem drugiego miesiąca od jej rozpoczęcia, czyli po złożeniu wymaganych deklaracji. Zasada ta wynika z przepisów prawa w zakresie wymaganej sprawozdawczości finansowej i podatkowej oraz z tzw. „dobrych praktyk związanych z realizacją wdrożeń systemów ERP”. Tym samym oczywistym jest, że harmonogram zawarty w ofercie ComArch S A. jest prawidłowy - gdyż terminy w nim określone zawierają w każdym przypadku etapu podlegającego wdrożeniu - także 2-miesięczny okres asysty personalnej. Czyli wdrożenie modułu Remonty w w/w rozumieniu Zamawiającego - uzyskanie pełnej funkcjonalności - zostanie wykonane do dnia 31.08.2010 roku, a po tym okresie świadczona będzie 2-miesięczna asysta personalna, która zakończy się w dniu 29.10.2010 r., która to data została wskazana w harmonogramie. Odpowiednio zaś w zakresie wdrożenia pełnej funkcjonalności systemu finansowo - kosztowego, to zostanie ona osiągnięta na dzień 31.12.2010, a po tej dacie będzie świadczona wyłącznie w/w asysta personalna.

3. Kwestia wstępnego harmonogramu.

Niezależnie od powyższego ComArch S.A. podkreślił, iż Zamawiający postawił w s.i.w.z. w Załączniku Nr 2 (str. 69) warunek zamieszczenia wyłącznie wstępnego harmonogramu: „Rozdział musi zawierać przynajmniej wstępny harmonogram wdrożenia z określeniem kolejności wdrożenia poszczególnych modułów oraz czasu trwania”. Skoro zatem Zamawiający wymagał, aby do oferty dołączono harmonogram wstępny, to jest oczywiste, że nie jest dokument ostateczny i wiążący dla stron postępowania. Jeśli sam Zamawiający nadał temu dokumentowi przymiot dokumentu czasowego, wstępnego, to dopuszczalne jest dokonywanie jego zmian. Nie może zatem obecnie Zamawiający wyciągać negatywnych konsekwencji procesowych wobec ComArch SA z treści dokumentu, który jest wyłącznie dokumentem wstępnym, pewną propozycją. Zamawiający w s.i.w.z. uregulował, że przygotowanie ostatecznego i szczegółowego harmonogramu odbędzie się dopiero na etapie

wdrożenia systemu (por. Załącznik Nr 1 do SIWZ, str.4-5). Powyższe Zamawiający potwierdził w piśmie z dnia 19 października 2009 r. (znak sprawy MZ-73-508/2009).

4. Poprawienie omyłki nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności procesowej ComArch SA podnosi, iż wskazane przez Zamawiającego fragmenty harmonogramu podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Gdyby uznać, że są to omyłki polegające na niezgodności z s.i.w.z. (czemu ComArch SA przeczy), to - mając na uwadze wszystkie wyżej wymienione argumenty - należałoby uznać, że są to omyłki nieistotne, których poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

5. Naruszenie art. 7 ust 1 ustawy.

Zdaniem ComArch SA wszystkie wskazane powyżej nieścisłości, w tym zupełnie nieczytelnie dokonana modyfikacja s.i.w.z., spowodowały, iż Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust 1 ustawy. Niepewność, co do treści s.i.w.z. po dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 19 października 2009 roku spowodowała, że postępowanie to prowadzone jest z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający dnia 15 grudnia wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 18 grudnia konsorcjum Sygnity przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 23 grudnia 2009 roku Zamawiający protest rozstrzygnął, przez jego oddalenie.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów stawianych przez Protestującego, Zamawiający wskazał, co następuje:

Ad. 1. Zgodność oferty z podpunktami 3.1 i 3.2. Treść pisma z dnia 19 października 2009 r. jednoznacznie określa terminy wdrożenia strategicznych funkcjonalności wraz ze wskazaniem, że zmiany te dotyczą zapisów w punkcie 3.1 i 3.2 Załącznika nr 3 do SIWZ. Oferent nie skorzystał z możliwości zadania pytań w przedmiotowej sprawie a tym samym zaakceptował zmieniony przez Zamawiającego terminarz. Definicja wdrożenia została jednoznacznie określona w słowniku pojęć do umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) i

zaakceptowana przez Oferenta. W związku z powyższym zarzut Oferenta jest nieuzasadniony.

Ad. 2. Zgodność harmonogramu z s.i.w.z. Definicja wdrożenia zawarta w SIWZ jednoznacznie określa czynności i skutki realizacji tego etapu zadania. Zatem po okresie wdrożenia użytkownik musi samodzielnie korzystać z systemu i nie można wymagać udziału ze strony Wykonawcy poprzez asystę, personalną, na którą powołuje się Oferent. Nawet zgodnie z metodyką, na którą powołuje się Oferent, wdrożenie następuje nie przed asystą personalną, ale po niej i w związku z tym daty wdrożenia są zgodne z datami końcowymi uwidocznionymi na harmonogramie, W szczególności data wdrożenia modułu remontowego wykracza poza wymagany w SIWZ termin: koniec sierpnia 2010. Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający określił jako wymagane daty osiągnięcia pełnej funkcjonalności (co nie ma miejsca), to i tak osiągnięcie tej pełnej funkcjonalności uzyskuje się dopiero w momencie rozpoczęcia samodzielnej pracy przez użytkownika z pełnym zakresem dostępnych i działających poprawnie narzędzi, a nie natychmiast po wykonaniu migracji danych. Zatem terminy, na które powołuje się Oferent, jako zgodne z SIWZ przewidują niesamodzielną pracę użytkownika w ramach systemu, a może nawet niepełną funkcjonalność i jako takie nie mogą być uznane. Następnym problemem jest samo pojęcie asysty personalnej, które zostało opisane w piśmie z dnia 14 grudnia 2009 r.. Z wyszczególnionych tam zadań i celów tej asysty wynika, że ma ona sens tylko w przypadku wdrożenia modułu finansowo księgowego. Niezrozumiałe jest więc dlaczego Oferent twierdzi, że będzie ona wprowadzona dla wdrożeń wszystkich modułów. W związku z powyższymi argumentami zarzut Oferenta jest nieuzasadniony.

Ad. 3. Harmonogram wstępny zawarty w ofercie definiuje najważniejsze daty (kamienie milowe) i są one wiążące dla obu stron. Zamawiający wskazał w SIWZ te terminy dla zapewnienia sobie efektywności wdrożenia, do czego ma prawo, a Oferent winien wszystkie czynności i terminy poprzedzające etapy wdrożenia dostosować do wymagań Zamawiającego i metodyki swojego działania przy realizacji zadania. Szczegółowy harmonogram, na który powołuje się Oferent w swojej argumentacji nie oznacza zmiany wstępnego harmonogramu z Oferty, ale jego uszczegółowienie. W związku z powyższym zarzut Oferenta jest nieuzasadniony.

Ad. 4. Charakter wymaganych zmian (terminy wdrożenia modułów) wnosi zasadnicze zmiany w treści oferty i skorzystanie z możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp - nie jest możliwe.

Ad. 5. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. Zarzut nie jest zasadny, gdyż Zamawiający wyjaśnił wszystkie wątpliwości Oferentów zawarte w pytaniach zadanych na właściwym etapie postępowania przetargowego. Gdyby oferent miał wątpliwości co do treści przedmiotowego pisma to miał możliwość złożyć zapytania do Zamawiającego, czego w stosunku do tego pisma nie uczynił.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 30 grudnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując i ponawiając wszystkie zarzuty poniesione w proteście, wnosząc jednocześnie o:

1. Nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty ComArch S.A.;
2. Nakazanie unieważnienia wyboru oferty Lumena S.A. jako oferty najkorzystniejszej;
3. Nakazanie dokonania ponownej oceny ofert;
4. Nakazanie dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty ComArch S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
z ostrożności procesowej;
5. Nakazanie skorzystania z trybu poprawy omyłek określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Dnia 15 lutego 2010 roku konsorcjum Sygnity zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 8/10

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni popiera stanowisko Odwołującego się – konsorcjum Sygnity zaprezentowane zarówno w proteście jak i odwołaniu.

Zamawiający wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia włączenia do oferty metodyki wdrożenia - wynika to z treści Załącznika nr 2 do SIWZ (pkt 10 str. 70 załącznika), gdzie zamawiający wymagał wyraźnie załączenia do oferty „metodyki wdrożenia, w tym metodyki przeprowadzania testów”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż w celu prawidłowego rozpatrzenia zarzutu postawionego w treści protestu jak i w odwołaniu konieczne jest stwierdzenie czy dokument „Metodyka wdrożenia” stanowi treść oferty i czy brak odniesienia się w jej treści do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi o jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też jest to brak formalny, nie wiążący strony.

„Oferta” jest pojęciem z zakresu prawa cywilnego materialnego, której definicja sformułowana jest w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego (k.c.). Tak więc oferta jest to „*Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*”. Oferta jest oświadczeniem woli skierowanym do drugiej strony jako propozycja zawarcia umowy, ale także oferta musi zawierać, co najmniej minimalną treść proponowanej umowy (jej istotne postanowienia). Wymaganie to wynika z roli, jaka przypada adresatowi oferty – może doprowadzić do zawarcia umowy przez przyjęcie oferty. Instytucję oferty jako sposobu zawarcia umowy cywilnoprawnej stosuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z tym, że adresatem oferty Wykonawcy jest Zamawiający, a istotne postanowienia umowy są określane przez Wykonawcę składającego ofertę na podstawie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta musi być złożona na piśmie. Niezachowanie formy pisemnej skutkuje nieważnością oferty, przy czym jest to nieważność bezwzględna (art. 73 § 1 k.c.), co oznacza, że nie wywołuje ona od początku określonych w niej skutków prawnych.

Jako, że w ustawie brak jest definicji legalnej oferty, w praktyce zamówień publicznych utrwalili się poglądy zaprezentowane w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05, Biuletyn SN 2005/10/7. Sąd Najwyższy stwierdził, że skoro w specyfikacji istotnych warunków zamówienia został zawarty obowiązek wykonawcy przedstawienia zamawiającemu informacji na potwierdzenie ich spełnienia, a treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „*oznacza to, że informacje te są elementem oferty (...) i to bez względu na to, czy zostały one objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania*”. Podzielając ten pogląd Sądu Najwyższego, należy uznać, że elementem oferty są też dokumenty przedstawione przez wykonawcę, potwierdzające spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu dokument „Metodyka wdrożenia” stanowi istotny element oferty.

W związku z powyższym rodzi się pytanie, czy brak zgodności treści oferty zawierającej się w dokumencie „Metodyka wdrożenia” powoduje, iż zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W opinii Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na powyższe pytanie jest twierdząca. Zamawiający musi ocenić pełną treść oferty, czyli wszystkie jej elementy. Każdy dokument czy też każde oświadczenie włączone do oferty przez wykonawcę składa się na oświadczenie woli, jakim jest oferta, niezależnie od tego, czy był to dokument czy oświadczenie wymagane. Zamawiający nie może arbitralnie wybierać elementów oferty, które są dla niego wiążące.

W tym też względzie dokument „Metodyka wdrożenia” jest tak samo oceniany jak każdy inny dokument oferty. Więcej - oceniany być musi ze szczególną uwagą, gdyż to w tym dokumencie wykonawcy zobowiązani byli przedstawić istotne elementy proponowanych przez siebie rozwiązań technicznych, składających się na przedmiot zamówienia – treść przyszłej umowy.

Niezrozumiałym jest więc stanowisko Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu oddalenia protestu gdzie przyznaje, iż oferta Lumena nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż treść rozdziału „Metodyka Wdrożenia” zawiera postanowienia niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, a następnie wskazuje, iż nie musi tego rozdziału brać pod uwagę przy ocenie oferty.

Z całą stanowczością stwierdzić należy, iż takie postępowanie Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, gdyż w sposób jawny i oczywisty dyskryminuje tych wykonawców, którzy dołożyli wszelkich starań, aby ofertę skonstruować w sposób, który zarówno odpowiadałby Zamawiającemu, czyli zawierał korzystne dla niego rozwiązania techniczne, oferta zgodna

była ze s.i.w.z. a jednocześnie była na tyle korzystna cenowo, by mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

W tym też względzie Izba stwierdziła, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, we wszystkich elementach, w których Odwołujący wskazywał na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W konsekwencji wykazania w/w naruszeń, zaistniała przesłanka określona w przepisie art. 191 ust. 1 a ustawy - Prawo zamówień publicznych, pozwalająca Izbie na uwzględnienie odwołania.

Sprawa o sygn. akt KIO/UZP 19/10

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni popiera stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w rozstrzygnięciu protestu, jak i Przystępującego.

Podtrzymując argumentację dotyczącą charakteru dokumentu „Metodyka wdrożenia” Izba dodatkowo podnosi, iż Odwołujący się nie ma racji w uznaniu zarówno terminów wynikających z harmonogramu wdrożenia jak i całego harmonogramu wdrożenia jako dokumentu, który rzekomo jest jedynie niewiążącą propozycją, podlegającą, na dalszym etapie postępowania, stosownej weryfikacji pod kątem możliwości wprowadzania, do niego zmian.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączniku Nr 2 (str. 69) postawił warunek dotyczący organizacji prac wskazując, iż *Warunki i plan wykonania usług wdrożeniowych. Rozdział musi zawierać przynajmniej wstępny harmonogram wdrożenia z określeniem kolejności wdrożenia poszczególnych modułów oraz czasu trwania.*

Jednakże wymagania ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnośnie np. modułu remontowego odnoszą się nie do (niezdefiniowanego) pojęcia „osiągnięcie pełnej funkcjonalności”, ale do zdefiniowanego w s.i.w.z. pojęcia „wdrożenie”. Definicja wdrożenia zawarta w s.i.w.z. jednoznacznie określa czynności i skutki realizacji tego etapu zadania. Zatem po okresie wdrożenia użytkownik musi samodzielnie korzystać z systemu i nie można wymagać udziału ze strony Wykonawcy poprzez asystę personalną, na którą powołuje się Odwołujący. Nawet zgodnie z metodyką, na którą powołuje się Odwołujący, wdrożenie następuje nie przed asystą personalną, ale po niej i w związku z tym daty wdrożenia są zgodne z datami końcowymi uwidocznionymi na harmonogramie. W szczególności data wdrożenia modułu remontowego wykracza poza wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia termin: koniec sierpnia 2010 roku.

Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający określił jako wymagane daty osiągnięcia pełnej funkcjonalności, to i tak osiągnięcie tej pełnej funkcjonalności uzyskuje się dopiero w momencie rozpoczęcia samodzielnej pracy przez użytkownika z pełnym zakresem dostępnych i działających poprawnie narzędzi, a nie natychmiast po wykonaniu migracji danych. Zatem terminy, na które powołuje się Odwołujący, jako zgodne z s.i.w.z. przewidują niesamodzielną pracę użytkownika w ramach systemu, a nawet niepełną funkcjonalność i jako takie nie mogą być uznane.

Kolejnym aspektem jest formalna poprawność harmonogramu. Jednym z wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia było podanie (w harmonogramie) dat wdrożenia modułów. Gdyby przyjąć, że wdrożenie modułu ma miejsce wcześniej niż data końcowa uwidoczniona w harmonogramie to powyższy wymóg nie jest spełniony i oferta musi być odrzucona.

Izba podziela pogląd Zamawiającego, iż harmonogram wstępny zawarty w ofercie definiuje najważniejsze daty (tzw. kamienie milowe) i są one wiążące dla obu stron. Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia te terminy dla zapewnienia sobie efektywności wdrożenia, do czego miał prawo, a Odwołujący winien wszystkie czynności i terminy poprzedzające etapy wdrożenia dostosować do wymagań Zamawiającego i metodyki swojego działania przy realizacji zadania. Szczegółowy harmonogram, na który powołuje się Odwołujący w swojej argumentacji nie oznacza zmiany wstępnego harmonogramu z oferty, ale jego uszczegółowienie.

Tym samym uznać należy, iż Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty Odwołującego w zakresie niezgodności jej treści ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i odrzucił tą ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Powyższe twierdzenie znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie. I tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1338/09; KIO/UZP 1346/09; KIO/UZP 1347/09 orzekła, iż *„Harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy odnoszący się do terminów, zakresu prac oraz rozbitcia poszczególnych płatności przypadających na poszczególne części prac w ich postępie czasowym, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument składający się na treść oferty, a nie dokument potwierdzający, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom s.i.w.z. W konsekwencji, brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p. do jego uzupełnienia”*.

W ocenie Izby Zamawiający dopuszczając możliwość złożenia „wstępnego” harmonogramu żądał jednocześnie, aby jego treść w sposób merytoryczny odnosiła się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by Zamawiający był pewny, iż oferowane rozwiązanie w powiązaniu z terminami na ich wprowadzenie (wdrożenie) będzie zsynchronizowane z przewidywanym terminem realizacji całego zamówienia. Niepewność, wobec treści złożonego oświadczenia upoważniało Zamawiającego do stwierdzenia, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie znalazła również podstaw do uznania, iż omyłki poczynione w harmonogramie przez Odwołującego mogą zostać poprawione w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*.

Pojęcie "istotności" zmiany treści oferty, nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane ani w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., ani w żadnym innym przepisie ustawy. Pojęcie to należy interpretować, biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem przede wszystkim podstawowych zasad udzielenia zamówienia publicznego.

Jak przyjmuje doktryna i orzecznictwo omyłkę stanowi jedynie błąd widoczny na pierwszy rzut oka, jednakże błędu tego nie można oceniać tak jak omyłki rachunkowej czy pisarskiej, który niezależnie od kontekstu sytuacyjnego jest łatwo dostrzegalny. Za omyłkę z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. może być uznany błąd, który jest co prawda oczywisty, ale w kontekście postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, błąd ten nie może być istotny, tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 890/09; KIO/UZP 896/09, czy też wyrok z dnia 10 czerwca 2009, sygn. akt KIO/UZP 691/09 gdzie skład orzekający stwierdził, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerzej, pod warunkiem braku skutku w postaci istotnych zmian w treści oferty, oraz wyrok z dnia 20 stycznia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 11/09, w którym Izba wskazała, iż omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

W ocenie Izby, omyłki poczynione przez Odwołującego są bardzo istotnym elementem oferty, dlatego też została wyłączona możliwość skorzystania z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Możliwość skorzystania z w/w przepisu wynika również z braku możliwości samodzielnego ustalenia terminów realizacji poszczególnych etapów wdrożenia, gdyż Zamawiający pozostaje w niewiedzy, dotyczącej braku informacji o strategii, przyjętej przez Odwołującego, co do systemu realizacji przedmiotu zamówienia.

Podsumowując, Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji braku wykazania w/w naruszeń, nie zaistniała przesłanka określona w przepisie art. 191 ust. 1 a ustawy - Prawo zamówień publicznych, pozwalająca Izbie na uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, w kwocie 3 600,00 zł, na podstawie kopii faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....