

POSTANOWIENIE
z dnia 24 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2012 r. przez **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**

przy udziale uczestników postępowania:

- **Sygnity S.A. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie odwołującego** oraz
- **Oracle Polska sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 oraz 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I.

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie usług w zakresie utrzymania i rozwoju aplikacji ESB.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 247 – 401577.

W dniu 10 lutego 2012 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) pismem z tego samego dnia Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Izby odwołanie dotyczące treści zmian ogłoszenia dokonanych w dniu 3 lutego 2012 r. (kopia odwołania została przekazana zamawiającemu za pośrednictwem faksu w dniu 10 lutego 2012 r.) wskazując, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 4 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uprzywilejowujący wykonawców oferujących w ramach swojej działalności jeden konkretny produkt (Oracle E-Business Suite - wersja 11) - co w szczególności promuje dotychczasowego dostawcę usług będących przedmiotem zamówienia - w sytuacji, gdy na rynku powszechne są inne równoważne i realizujące te same funkcje rozwiązania informatyczne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

- usunięcie z sekcji III.2.1) pkt 1.1) lit. a) ogłoszenia odniesienia do technologii konkretnego wykonawcy tj. systemu Oracle E-Business Suite - wersja 11 lub ewentualnie pozostawienie

tej technologii tylko dla minimalnego wymagania opisanego w sekcji III.2.1, a nie dla referencji punktowanych opisanych w sekcji IV.1.2;

- wprowadzenie w sekcji III.2.1) pkt 1.2) postanowień dotyczących wymogu wykazania przez wykonawcę certyfikatów potwierdzających, że osoby, którymi wykonawca ma się posługiwać w celu realizacji zamówienia, posiadają znajomość produktu Oracle E-Business Suite - wersja 11.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania zostało wskazane, iż w dniu 19 grudnia 2011 r. zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający kilkakrotnie dokonywał zmian treści ogłoszenia. W dniu 3 lutego 2012 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie dotyczące wyjaśnienia treści sekcji III.2.1) pkt 1.1) lit. a) ogłoszenia oraz dokonał zmiany treści ogłoszenia w zakresie tej sekcji. Zmiana ta sprowadza się w istocie do wprowadzenia wymogu, aby zamówienie, którym wykazuje się wykonawca by potwierdzić spełnianie warunków minimalnych, będące jednocześnie wymogiem, który spełniać muszą zamówienia wykazywane jako referencje punktowane (sekcja IV.1.2), dotyczyło wyłącznie wykonania, analizy, zaprojektowania oraz wdrożenia oprogramowania (modułów bądź nowych funkcjonalności) opartego o technologię Oracle E-Business Suite - wersja 11. Wcześniejsza wersja ogłoszenia wskazywała, że zamawiający nie zawęzał referencyjnych systemów tylko i wyłącznie do systemów opartych na produkcie firmy Oracle. W ocenie odwołującego zmiana tak narusza zasadę konkurencyjności i pogarsza w sposób nieuprawniony jego pozycję w postępowaniu.

Odwołujący argumentował, iż ma pełną świadomość, że system informatyczny będący przedmiotem tego postępowania oparty jest na produkcie Oracle E-Business Suite, zatem zamawiający musi mieć pewność, iż wykonawca, który będzie realizował zamówienie posiada kompetencje - wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy, rozwoju oraz utrzymania takiego systemu. W ocenie odwołującego, dla realizacji tego celu pożądana i wystarczająca jest weryfikacja kompetencji specjalistów wykonawcy w zakresie produktu Oracle EBS potwierdzonych stosownymi certyfikatami (czego brak jest w ogłoszeniu o zamówieniu). Doświadczenie wykonawcy, które umożliwi mu spełnienie wymogów zamawiającego w postępowaniu w zakresie analizy, zaprojektowania wytworzenia oraz wdrożenia oprogramowania (modułów bądź nowych funkcjonalności), powinno być odnoszone do systemów klasy ERP o odpowiednich parametrach (dotyczących skali - ilości użytkowników i sposobu ich pracy na systemie).

W dniu 17 lutego 2012 r. (wpływ potwierdzony prezentatą) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił Oracle Polska sp. z o.o. w Warszawie., natomiast w dniu 20 lutego 2012 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony

prezentata) pismem z tego samego dnia Sygnity S.A. w Warszawie zgłosiło do Prezesa Izby przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Kopię przystąpienia obaj wykonawcy w terminie przekazali zamawiającemu oraz odwołującemu.

Na posiedzeniu w dniu 24 lutego 2012 r. zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania argumentując, iż zarzuty podniesione przez odwołującego dotyczą w istocie treści ogłoszenia w brzmieniu pierwotnym tj. opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2011 r. Wskazał, iż już wówczas w sekcji III.2.1) pkt 1.1 a) ogłoszenia wymagane było wykazanie doświadczenia polegającego na analizie, zaprojektowaniu, wytworzeniu oraz wdrożeniu oprogramowania opartego o technologie Oracle E – Business Suite – wersja 11 systemu informatycznego. Także w ogłoszeniu o zamówieniu w wersji z dnia 23 grudnia 2011 r. zamawiający w sekcji III.2.1) pkt 1.2) c) – g) opisując wymagania dotyczące poszczególnych osób nie wymagał załączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu certyfikatów potwierdzających ich kwalifikacje.

II.

Izba ustaliła, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 23 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 247 - 40157:

- w sekcji III.2.1) pkt 1.1 a) ogłoszenia wymagał, aby wykonawcy wykazali realizację co najmniej jednego zamówienia o wartości brutto min. 6 000 000 zł (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania opartego o technologie Oracle E – Business Suite – wersja 11 systemu informatycznego (dalej: systemu) spełniającego następujące wymagania: i) użytkownicy końcowi systemu pracowali w różnych lokalizacjach np.: miasta, województwa, ii) system był wykorzystywany przez pracujących równocześnie minimum 70 użytkowników oraz posiadał ponad 300 użytkowników;
- w sekcji III.2.1) pkt 1.2) c) – g) ogłoszenia, opisując wymagania dotyczące poszczególnych osób, nie wymagał załączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu certyfikatów potwierdzających ich kwalifikacje.

Zamawiający w toku postępowania nie dokonywał zmian postanowień sekcji III.2.1) pkt 1.2) c) – g) ogłoszenia, natomiast pierwszą zmianę postanowienia sekcji III.2.1) pkt 1.1 a) opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 10 – 013946 w dniu 17 stycznia 2012 r.) – zgodnie z nią wykonawcy zobowiązani byli wykazać, iż wykonali co najmniej zamówienia o łącznej wartości brutto min. 4 000 000 zł (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz

wdrożenie oprogramowania opartego o technologie Oracle E – Business Suite – wersja 11 lub modułów bądź nowych funkcjonalności w ramach jednego systemu informatycznego (dalej: systemu) spełniającego następujące wymagania: i) użytkownicy systemu pracowali w różnych rozproszonych terytorialnie ii) system był wykorzystywany przez pracujących równocześnie minimum 70 użytkowników oraz posiadał ponad 300 użytkowników.

Zmiana ogłoszenia opublikowana w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 19 – 029608 w dniu 28 stycznia 2012 r. nie odnosiła się do tego postanowienia ogłoszenia.

W dniu 3 lutego 2012 r. zamawiający kolejny raz zmodyfikował ogłoszenie o zamówieniu (zmiana ogłoszenia została opublikowana w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 26 – 041190 w dniu 8 lutego 2012 r.) wskazując w sekcji III.2.1) w pkt 1.1.a) dotyczącej spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, iż wymaga, aby wykonawcy wykazali realizację co najmniej zamówienia o łącznej wartości min. 4 000 000 zł (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania (modułów bądź nowych funkcjonalności) opartego o technologie Oracle E – Business Suite – wersja 11 w ramach jednego systemu informatycznego (dalej: systemu) spełniającego następujące wymagania: i) użytkownicy systemu pracowali w różnych lokalizacjach rozproszonych terytorialnie, ii) system był wykorzystywany przez pracujących równocześnie minimum 70 użytkowników oraz posiadał ponad 300 użytkowników.

Analiza powyższego wskazuje, iż w zakresie istotnym dla oceny terminowości wniesienia odwołania zamawiający wymagał już w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2011 r., aby wykonawcy mieli doświadczenie w realizacji zamówienia obejmującego wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania opartego o technologie Oracle E – Business Suite – wersja 11.

III.

Zważywszy powyższe ustalenia faktyczne Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Wykonawca Sygnity S.A. w Warszawie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

natomiast wykonawca Oracle Polska sp. z o.o. w Warszawie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie, jako wniesione z uchybieniem terminu na dokonanie tej czynności, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Analiza zarzutów odwołania wskazuje, iż odnoszą się one do postanowień ogłoszenia o zamówieniu w zakresie dotyczącym sekcji III.2.1) pkt 1.1 a), na podstawie którego zamawiający wymagał, aby wykonawcy legitymowali się realizacją zamówienia obejmującego wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania opartego o technologie Oracle E – Business Suite – wersja 11 systemu informatycznego (dalej: systemu). Wymaganie takie zostało sformułowane przez zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 23 grudnia 2011 r. Zatem odwołujący już wówczas powinien kwestionować powołane postanowienie ogłoszenia w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Analogicznie odnieść się należy do zarzutu dotyczącego sekcji III.2.1) pkt 1.2) c) – g) ogłoszenia, opisującego wymagania dotyczące poszczególnych osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający już w pierwotnej wersji ogłoszenia o zamówieniu nie wymagał załączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu certyfikatów potwierdzających kwalifikacje ww. osób.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż termin na kwestionowanie wskazanych w odwołaniu postanowień ogłoszenia minął z upływem 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej tj. w dniu 2 stycznia 2012 r. Zatem odwołanie wniesione w dniu 10 lutego 2012 r. uznać należy za wniesione z uchybieniem terminu zakreślonego art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 i § 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....