

Sygn. akt KIO/UZP 1419/07

**WYROK/POSTANOWIENIE\***

**z dnia 17 grudnia 2007r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Wiśniewska**

**Członkowie: Barbara Bettman  
Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Nowicka Dorota**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie\* w dniu ~~17~~ ~~dniach~~\* 17 grudnia 2007r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39 A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniakowska 16** protestu / protestów\* z dnia 9 listopada 2007r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie XXXX do postępowania odwoławczego XXXX po stronie odwołującego się oraz XXXX - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1 . uwzględnia odwołanie ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39 A i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na zakup, wdrożenie (instalację i konfigurację) i utrzymanie (maintenance) platformy typu LMS do edukacji zdalnej SAP Learning Solution (SAP LSI wersja nie niższa niż 6.0) lub równoważnej z uwzględnieniem parametrów technicznych i jakościowych dla maksymalnie 25 000 użytkowników szkoleń elektronicznych, znak sprawy TZ/370/103/06 prowadzone przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, ul. Czerniakowska 16,**

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniakowska 16** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3 156 zł 00gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy ) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39 A**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł 3 156 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) przez, **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie, ul. Czerniakowska 16** na rzecz **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39 A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 16 844 zł 00 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy ) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39 A**

### **U z a s a d n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na zakup, wdrożenie i utrzymanie (maintenance) platformy typu LMS do edukacji zdalnej SAP Learning Solution (SAP LSO wersja nie niższa niż 6.0) lub równoważnej pod względem parametrów technicznych i jakościowych dla maksymalnie 25 000 użytkowników szkoleń elektronicznych znak sprawy TZ/370/103/2006 prowadzone przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Departament Zamówień Publicznych w Warszawie, ul. Czerniakowska 16 zostało wszczęte w dniu 26 kwietnia 2007r. ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich nr 2007 S81-099094. Wysłanie ogłoszenia nastąpiło w dniu 24 kwietnia 2007r.

Firma ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A otrzymała w dniu 16 sierpnia 2007r. Specyfikację istotnych warunków zamówienia, do której złożyła zapytania. W dniu 5 listopada 2007r. otrzymała wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące m.in. opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert i sposobu oceny spełniania kryteriów i w dniu 9 listopada 2007r. wniosła protest na zaniechanie udzielenia wyjaśnień do SIWZ oraz udzielenie wyjaśnień w sposób unikający odpowiedzi na zadane pytania.

W proteście ComArch zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. nr 223 poz. 1655) zwanej dalej ustawą poprzez zaniechanie udzielenia wyjaśnień,
2. art. 38 ust. 1 ustawy poprzez udzielenie wyjaśnień w sposób unikający odpowiedzi na zadane pytania,
3. art. 36 ust. 1 pkt. 3 ustawy poprzez udzielenie wyjaśnień lub zaniechanie udzielenia wyjaśnień dotyczących przedmiotu zamówienia w SIWZ,
4. art. 29 ust. 1 – 3, art. 30 ustawy poprzez udzielenie wyjaśnień lub zaniechanie udzielenia wyjaśnień w sposób niezgodny z ustawą tj. utrudniający uczciwą konkurencję oraz w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, bez użycia dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,
5. art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy poprzez udzielenie wyjaśnień lub zaniechanie udzielenia wyjaśnień dotyczących opisu kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert,
6. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób, który nie zapewnia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

ComArch wskazał, iż jego zarzuty skierowane są przeciwko odpowiedziom udzielonym do pytań nr 25 – brak opisanie funkcjonalności dostarczanych przez oprogramowanie SAP NW-EP, nr 36 - odesłanie wykonawcy do dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia niezawartych w SIWZ, nr 50 –nie wskazanie jakie wybrane funkcjonalności rozwiązania będą brane pod uwagę przez zamawiającego podczas testów integracji, nr 51 –nie wyjaśnienie jaki jest cel testowania integracji z systemu LMS z systemem ERP SAP HR skoro integracji ma dokonać wykonawca w trakcie realizacji umowy, nr 60 – badanie na etapie składania ofert integracji platformy z systemem, który nie jest wdrożony, nr 62 – wskazanie w SIWZ bazy danych MAX DB i następnie stwierdzenie w wyjaśnieniach, że zamawiający nie wymaga by oferowana platforma działała na bazie danych MAX DB.

Protestujący stanął na stanowisku, że wyjaśnienia powinny zmierzać do eliminacji wątpliwości pojawiających się w wyniku zapoznania z treścią SIWZ oraz do uszczegółowienia i doprecyzowania informacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, a także sposobu oceny ofert. Przywołał w tym zakresie szereg poglądów doktryny i orzecznictwa.

ComArch wnosił o :

1. udzielenie przez Zamawiającego wyjaśnień do SIWZ w tym zakresie w jakim Zamawiający wyjaśnień tych nie udzielił,
2. udzielenie przez Zamawiającego wyjaśnień do SIWEZ w sposób zgodny z ustawą – tj. – udzielenie wyjaśnień zawierających wszystkie informacje niezbędne do przygotowania i wyceny oferty.

W dniu 19 listopada 2007r. Zamawiający odrzucił protest uznając, iż mimo wskazania przez protestującego, że protest dotyczy zaniechania wyjaśnień lub nieprawidłowego dokonania czynności wyjaśnień, to w rzeczywistości jest to protest skierowany przeciwko SIWZ i jako taki został wniesiony z uchybieniem terminowi, o którym mowa w art. 180 ust. 4 ustawy. Zdaniem zamawiającego opis przedmiotu zamówienia jest kompletny, wyczerpujący i nie utrudnia uczciwej konkurencji, a zapisy dotyczące testów na etapie badania i oceny ofert są właściwe.

W dniu 23 listopada 2007r. (data stempla pocztowego) ComArch wniósł odwołanie podtrzymując w całości zarzuty i wnioski zgłoszone w proteście.

Na rozprawie odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski oraz wnosił o uwzględnienie odwołania podając dodatkowo, że :

1. wyjaśnienia do SIWZ nadają w zakresie opisu przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny nowe brzmienie SIWZ – dokonują wykładni autentycznej. W takiej sytuacji termin na wniesienie protestu powinien być liczony od daty udzielenia wyjaśnień.
2. cofa zarzuty dotyczące pytań 25 i 62 w takim zakresie w jakim wątpliwości Odwołującego zostały wyjaśnione w kolejnych wyjaśnieniach Zamawiającego z 15 listopada 2007r. i 22 listopada 2007r. Jednocześnie wskazuje, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp) gdyż na pytania Odwołującego nie udzielił wyczerpującej odpowiedzi, natomiast takiej odpowiedzi udzielił dopiero, gdy z podobną wątpliwością zwrócili się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie inni wykonawcy.
3. podnosi, że w dalszym ciągu mimo wyjaśnień z dnia 15 listopada 2007r. zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący uwzględniając wszelkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ten zarzut odnosi się przede wszystkim do faktu odsyłania wykonawców do informacji zawartych w specyfikacjach technicznych producenta systemu, z którym kompatybilna ma być platforma LMS. Zdaniem Odwołującego Zamawiający opisał jedynie jeden komponent, zaś pozyskiwanie informacji przez samego Odwołującego może spowodować, że pozyska informacje o innej wersji systemu czy też nie o wszystkich modułach.
4. nie uzyskał informacji w jaki sposób będą prowadzone testy przedłożonego przez niego wraz z ofertą oprogramowania skoro nie jest jasne czy u zamawiającego wdrożono system SAP oraz wedle jakich funkcjonalności będzie testowane

oprogramowanie. Określenie funkcjonalności jest konieczne, aby wykonawcy mieli wiedzę na temat tego jak będą oceniani, zaś dotychczasowe wyjaśnienia wskazują na dowolność wyboru po stronie Zamawiającego.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania podnosząc, że

1. szczegółowe opisywanie wszystkich komponentów, z którymi ma współpracować zamawiane oprogramowanie jest bardzo utrudnione. Zamawiający zakłada, że biorący udział w postępowaniu wykonawcy są profesjonalistami i znają popularny i powszechnie dostępny system SAP i z tego względu nie jest konieczne zamieszczanie informacji o wszystkich jego komponentach. Dane techniczne są dostępne na stronie producenta jak również w formie podręcznika,
2. niewskazanie funkcjonalności oprogramowania, które zostaną poddane testom było zamierzone, gdyż oprogramowanie ma być dostarczone gotowe i w pełni zgodne z treścią SIWZ, zaś badanie nie będzie wykraczało poza funkcjonalności określone w SIWZ. Przetestowanie oprogramowania co do wszystkich funkcjonalności opisanych w SIWZ byłoby zbyt kosztowne i czasochłonne,
3. system SAP HR jest wdrożony w jednej z jednostek Zamawiającego i w tej jednostce będą się odbywały testy, zgodnie z informacjami zawartymi w SIWZ,
4. celem testów jest sprawdzenie czy oferowane oprogramowanie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego. Przeprowadzenie testów już na etapie wykonywania umowy mogłoby skutkować tym, że zamawiający kupi to czego nie chce. Testy będą jednakowe dla wszystkich wykonawców i zostaną z nich sporządzone protokoły, z którymi wykonawcy będą się mogli zapoznać.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Odwołanie ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie zasługuje na uwzględnienie, aczkolwiek Izba nie podziela wszystkich zarzutów Odwołującego się.

Izba odnośnie naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. nr 223 poz. 1655) zwanej dalej ustawą poprzez zaniechanie udzielenia wyjaśnień stwierdza, że w zakresie nie udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania 25 i 36 w rzeczywistości odwołanie skierowane jest przeciwko specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako takie zarzuty zostały wniesione po terminie. Fakt, że Zamawiający nie opisał oprogramowania, z którym ma współpracować platforma LMS, odwołujący mógł stwierdzić już podczas zapoznania się z SIWZ i wówczas jeśli uważał, że bez tych danych nie jest w stanie sporządzić oferty, obowiązany był wnieść protest. SIWZ została doręczona Odwołującemu w dniu 16 sierpnia 2007r., a tym samym zgodnie z art. 180 ust. 4 pzp w dniu 23 sierpnia 2007r. upłynął termin do wniesienia protestu na SIWZ.

Jednakże Izba uznała, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany wbrew wymogom określonym w art. 29 ust. 1 i 2 pzp. Art. 29 ust. 1 pzp zawiera normę interpretacyjną nakazującą zamawiającemu wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy mają zaoferować Zamawiającemu oprogramowanie do e-learningu, które będzie współpracować z systemem SAP i na etapie wdrożenia zostanie z tym systemem zintegrowane stając się niejako częścią składową systemu. W efekcie Zamawiający oczekuje stworzenia oprogramowania modułowego uzupełniającego istniejący system o dodatkowe rozwiązania. Aby móc dokonać integracji z systemem konieczna jest wiedza na temat funkcjonalności systemu. Wiedzy tej powinien dostarczyć wykonawcom Zamawiający. Zamawiający nie może oczekiwać, że wykonawcy na własną rękę będą zdobywać dane pozwalające im na opracowanie oprogramowania w sposób odpowiadający SIWZ. Uzasadniona jest obawa Odwołującego, że w takiej sytuacji może on wybrać niewłaściwą wersję systemu czy też poszczególnych jego elementów. Fakt, że system jest opisany na stronach internetowych producenta, czy w podręcznikach nie przesądza jeszcze o uchyleniu obowiązków ciążących na Zamawiającym z mocy art. 29 ust. 1 pzp. Dodatkowo należy podkreślić, że sam Zamawiający w nazwie postępowania wskazuje, że poza systemem SAP dopuszcza także inne systemy równoważne pod względem parametrów technicznych i jakościowych. Dopuszczając systemy równoważne powinien tym bardziej opisać szczegółowo funkcjonalności, którymi będzie charakteryzował się system, pod który zostanie podpięta platforma LMS. Odwołanie się do specyfikacji technicznych i funkcjonalnych producenta powoduje, że SIWZ posługuje się pojęciami niezdefiniowanymi i nie można wymagać od wykonawcy, aby dokonywał on poszukiwań producenta, który zresztą w SIWZ nie jest wskazany i pozyskiwania na własną rękę informacji użytecznych dla przygotowania oferty. Zgodnie z art. 29 ust. 1 przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wymogu tego w niniejszym postępowaniu nie zachowano, gdy specyfikacja posługuje się pojęciami, które nie zostały zdefiniowane.

Naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 pzp zostało przez Izbę potwierdzone, a biorąc pod uwagę treść art. 38 ust. 5 pzp powoduje, że konieczne stało się unieważnienie postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy poprzez udzielenie wyjaśnień w sposób unikający odpowiedzi na zadane pytania Izba stwierdza, że odnosi się on do pytań nr 36, 50, 51, 60 i zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów :

- Zamawiający na stronie 26 SIWZ w pkt. I.3 i 4 przewidział prawo przeprowadzenia testów polegających na integracji z systemem ERP SAP oferowanego produktu. Zamawiający podkreślił, że test będzie przeprowadzony w zakresie prawidłowego działania wybranych funkcjonalności określonych w Rozdziale II SIWZ. Takie też sformułowanie zostało użyte w odpowiedzi na pytanie nr 50. Funkcjonalności platformy LMS zostały określone na stronach 10-13 SIWZ w tabeli. W ramach tej tabeli nie wskazano jednakże wybranych przez Zamawiającego funkcjonalności, których prawidłowość działania będzie oceniana podczas testów. Jednocześnie Zamawiający negatywny wynik testu utożsamia ze sprzecznością treści oferty z treścią SIWZ i wskazuje jako konsekwencję takiego stanu rzeczy odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp. Taki zapis zarówno w SIWZ jak i w wyjaśnieniach rodzi niepewność po stronie wykonawcy, co do sposobu oceny jego oferty. Kryteria oceny ofert nie mogą pozwalać zamawiającemu na arbitralny wybór. Zamawiający chcąc badać oprogramowanie pod względem jego zgodności z treścią SIWZ obowiązany był wskazać sposób w jaki będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie w tym zakresie. Jeśli chce to zrobić za pomocą przetestowania oprogramowania co do zapewnianych przez to oprogramowanie funkcjonalności, to powinien wskazać, że albo test dotyczy wszystkich funkcjonalności, albo jedynie tych wskazanych, ale skonkretyzowanych już w treści ogłoszenia czy SIWZ. W przeciwnym wypadku wykonawcy nie mają pewności obiektywnego i jednakowego dokonywania oceny ich oprogramowania. Takie zaś działanie zamawiającego godzi w słuszny interes wykonawców jaki i w zasadę równego traktowania. Izba stwierdza, że zamawiający naruszył zasadę z art. 7 ust. 1 pzp prowadząc postępowanie w sposób nie gwarantujący równego traktowania wykonawców, jak również art. 38 ust. 1 pzp, poprzez nieudzielanie wyjaśnień, które funkcjonalności wybierze przy badaniu spełniania przez oprogramowanie wykonawców wymogów SIWZ. Biorąc pod uwagę, że kryteria oceny ofert nie mogą być modyfikowane zgodnie z art. 38 ust. 5 pzp, postępowanie należało unieważnić.

Zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt. 3 ustawy poprzez nie udzielenie wyjaśnień lub zaniechanie udzielenia wyjaśnień dotyczących przedmiotu zamówienia w SIWZ, Izba nie podziela, albowiem przepis art. 36 ust. 1 pkt 3 pzp nie zawiera normy nakazującej Zamawiającemu udzielenie wyjaśnień. Przepis ten odnosi się do obligatoryjnych elementów jakie musi zawierać SIWZ. Niewątpliwie SIWZ w niniejszej sprawie opis przedmiotu zamówienia zawiera (choć jak wcześniej podkreślono jest on sprzeczny z wymogami art. 29 ust. 1 i 2 pzp), a zatem Izba nie stwierdza naruszenia art. 36 ust. 1 pkt. 3 pzp.

Zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy poprzez udzielenie wyjaśnień lub zaniechanie udzielenia wyjaśnień dotyczących opisu kryteriów, którymi Zamawiający będzie

się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, Izba nie podziela, albowiem przepis art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp nie zawiera normy nakazującej Zamawiającemu udzielenie wyjaśnień. Przepis ten odnosi się do obligatoryjnych elementów jakie musi zawierać SIWZ. Niewątpliwie SIWZ w niniejszej sprawie zawiera opis kryteriów oceny ofert i opis sposobu jego oceny (choć jak wskazano opis sposobu oceny ofert jest nieprawidłowy), a zatem Izba nie stwierdza naruszenia art. 36 ust. 1 pkt.13 pzp.

Izba uwzględniając zarzuty naruszenia art. 38 ust. 1 pzp i art. 29 ust. 1 – 3 uznaje również za uzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób, który nie zapewnia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba jest zobowiązana na mocy art. 191 ust. 3 pzp rozpoznać z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba stwierdza, że opis przedmiotu zamówienia oraz sposób oceny ofert określone w SIWZ i zmodyfikowane w wyjaśnieniach z dnia 15 listopada 2007r. naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nadto nie poddają się modyfikacjom z uwagi na treść art. 38 ust. 5 pzp i z tych względów konieczne jest unieważnienie postępowania z mocy art. 93 ust. 1 pkt. 7 pzp.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....