

CI/PZ/ZHM/5514/2009

Tychy, dnia 11.05.2009 r.

Południowy Koncern Węglowy S.A.
ul. Grunwaldzka 37
43-600 Jaworzno

Południowy Koncern Węglowy S.A.
WPLYNEŁO
2009-05-11
Zał. Załatwia

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na: „Dostawę, wdrożenie oraz obsługę informatyczną na zasadzie outsourcingu, systemu informatycznego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. wspomagającego procesy związane ze sprzedażą węgla”.

PROTEST

na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania na:
„Dostawę, wdrożenie oraz obsługę informatyczną na zasadzie outsourcingu, systemu informatycznego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. wspomagającego procesy związane ze sprzedażą węgla”.

Działając w oparciu o art.: 179 ust. 1 w związku z art.: 180 ust.: 1 i 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19/04, poz. 177 z póź. zm.), Centrum Informatyki Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach przy ul. Bałuckiego 4, wnosi protest na czynności Zamawiającego tj.: Południowego Koncernu Węglowego S.A. z siedzibą w Jaworznie przy ul. Grunwaldzkiej 37, podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na: „Dostawę, wdrożenie oraz obsługę informatyczną na zasadzie outsourcingu, systemu informatycznego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. wspomagającego procesy związane ze sprzedażą węgla”.

i zarzuca Zamawiającemu:



- naruszenie art.: 7 ust. 1 i 3 w zw. z art.: 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równości i uczciwej konkurencji, wyrażający się nazbyt ogólnikowym sposobem ujęcia,
- naruszenie art.: 7 ust. 1 i 3 w zw. z art.: 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegające na określeniu w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym protestujący wnosi o:

- zmianę warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej opisu zamówienia w sposób gwarantujący wyraźne i dostateczne wskazanie warunków brzegowych, które winien spełniać przedmiot zamówienia,
- zmianę warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu przez ich złagodzenie i uczynienie zadość zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art.: 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

ewentualnie

- unieważnienie rzonego postępowania w oparciu o art.: 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadnienie:

Południowy Koncern Węglowy S.A. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Dostawa, wdrożenie oraz obsługa informatyczna na zasadzie outsourcingu, systemu informatycznego dla Południowego Koncernu Węglowego S.A. wspomagającego procesy związane ze sprzedażą węgla*”. W sekcji II cz. II 1.5 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zamieścił *Krótki opis zamówienia lub zakupu* w którym wskazał warunki brzegowe, które winien spełniać przedmiot zamówienia. Z kolei w sekcji III cz. III 2.2 B.1, cz. III 2.3 1.a, b, 2.a, b, 3.a, b opisał warunki, którym zadość winni czynić wykonawcy biorący udział w postępowaniu.

Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązania w powyższym względzie są nieprawidłowe i sprzeczne z postanowieniami ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. Zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia wskazuje wprost treść art.: 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego w tym względzie jest dokonanie tego opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący a więc taki, który zapewni, że wykonawcy będą w stanie, bez dodatkowych interpretacji zidentyfikować, co stanowi w istocie przedmiot zamówienia oraz że wszystkie istotne dla wykonania zamówienia elementy będą w nim uwzględnione. Ustawodawca wskazuje także, aby opisu dokonywać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. Stanowisko takie potwierdził Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13.05.2005 r., *sygn. akt: II Ca 109/05*, zgodnie z którym: okoliczność, że inny wykonawca złożył ofertę zgodną z założeniem zamawiającego pozostaje bez znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd innego wykonawcę.

Przedmiotu zamówienia nie można również opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Tak więc zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję wskazując na konkretny produkt ale również taki, który mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Wspomniany zakaz w istocie nakazuje dopuszczenie konkurencji pomiędzy wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do rynku. Podkreśla się, że najistotniejszą czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Zgodnie z *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. 3 wydanie* autorstwa: M. Stachowiak, J. Jerzykowskiego i W. Dzierżanowskiego (Warszawa 2007, str.: 151 i 152): „(...) rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, jest działaniem utrudniającym

uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. (...)Dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu (produktu, usługi, technologii itd.) co do zasady zawsze będzie utrudniało uczciwą konkurencję.”.

Wobec powyższego, sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, mogą stwarzać niebezpieczeństwo wystąpienia okoliczności utrudniające uczciwą konkurencję, bowiem poszczególne parametry techniczne mogą być przyporządkowane konkretnym produktom produkowanym przez konkretnych producentów. Zamawiający winien zatem unikać wszelkich sformułowań i parametrów, które mogłyby wskazywać na konkretny produkt pochodzący od konkretnego czy też jedyne go producenta. Trudno mówić o zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretne urządzenie, przy czym wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone zostaną tak, aby mógł je spełnić tylko jeden wykonawca lub jeden produkt (*vide*: wyrok Zespołu Arbitrów z 22.07.2005 r., *sygn. akt: UZP/ZO/0 – 1810/05*).

W omawianym przypadku, Zamawiający opisał warunki brzegowe, którym zadość winien czynić przedmiot zamówienia, w sposób nazbyt ogólny odwołując się przy tym kilkakrotnie do powszechnie przyjętych standardów wymaganych na płaszczyźnie działań informatycznych, które faktycznie nie odnoszą się do samego procesu tworzenia i funkcjonowania systemu a jedynie do przyjętych w środowisku dobrych obyczajów. Przyjęcie takiego opisu przedmiotu zamówienia nie daje gwarancji prawidłowego, tj.: zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego, przygotowania oferty przez wykonawców i w konsekwencji porównania i wyboru oferty najkorzystniejszej w końcowym etapie postępowania.

Na stronie 2 Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający postawił wymóg aby System posiadał architekturę zorientowaną na usługi (Services Oriented Architecture - SOA) . Protestujący podnosi, że pojęcie SOA - Services Oriented Architecture ma charakter ogólny i nie posiada usankcjonowanej prawem



definicji. Ponadto Zamawiający nie określił katalogu kryteriów, które powinien spełnić System aby mógł być uznany za zgodny z SOA. Wobec powyższego oferenci będą przedstawiali swoje wizje SOA, co w konsekwencji rodzi daleko idącą uznaniowość po stronie Zamawiającego w przedmiocie oceny oferowanych rozwiązań. Powyższe zaś ogranicza obiektywną ocenę ofert, w sposób jaskrawy utrudnia uczciwą konkurencję i w żaden sposób nie gwarantuje wyboru najlepszego rozwiązania.

Na stronie 10 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił wymóg udostępnienia help desku m. in. zorganizowanego zgodnie z metodologią ITIL. Protestujący podnosi, że nie ma czegoś takiego jak metodologia (nauka o metodach badań naukowych, o skutecznych sposobach dociekania ich wartości poznawczej) ITIL. Jedną z definicji określa metodykę ITIL jako zestaw powiązanych ze sobą najlepszych praktyk. Analogicznie jak wyżej Zamawiający nie zdefiniował pojęcia metodologia ITIL oraz nie określił warunków jakie muszą spełnić oferenci, aby ich System został uznany za zgodny z w/w metodologią ITIL. Protestujący podobnie jak wyżej zarzuca, że takie sformułowanie wymogów stawianych oferentom ogranicza obiektywną ocenę ofert, w sposób jaskrawy utrudnia uczciwą konkurencję i w żaden sposób nie gwarantuje wyboru najlepszego rozwiązania.

II. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie pozwalają na dowolne formułowanie wymogów, które spełniać mają wykonawcy, bowiem praktyka taka mogłaby prowadzić do ich wyeliminowania z postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

Podstawę do sformułowania warunków dodatkowych jest art.: 22 ust.: 1 ustawy. Pozwala on na żądanie wykazania, iż ubiegający się o zamówienie dysponuje niezbędnym potencjałem ekonomicznym i doświadczeniem a jego sytuacja finansowa umożliwia realizację zamówienia. Ich wprowadzenie musi być jednak uzasadnione bądź to charakterem zamówienia lub jego wartością, na straży czego stoi art.: 22 ust. 2. Ustawodawca w przywołanym art.: 22 ust 2, odwołał się jednak nie do konkretnego naruszenia uczciwej konkurencji, lecz do sytuacji, w której za sprzeczne z prawem zostanie uznane takie określenie warunków udziału w postępowaniu, które **mogłoby utrudnić** uczciwą konkurencję. Zgodnie z wolą Ustawodawcy, wykonawcy zobowiązani są, celem potwierdzenia spełnienia warunków opisanych każdorazowo przez zamawiającego, przedstawić stosowne dokumenty, których zamknięty katalog zamknięto w ramach właściwego aktu prawnego (art.: 25 i 26 ust. 1 ustawy

Prawo zamówień publicznych). Konkretyzacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu służy opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (opinia UZP „Zakres dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, J. Sadowy: „Warunki stawiane wykonawcom” Prawo Zamówień Publicznych nr 2/2004, P. Wiśniewski: „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zagadnienia podstawowe” Prawo Zamówień Publicznych nr 3/2006). W odniesieniu do warunków, o których mowa w art.: 22 ustawy, zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego, po zaspokojeniu których uzna te warunki za spełnione, co znajduje potwierdzenie w przepisach art.: 44 – 48 dyrektywy 2004/18/WE. Niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który będzie uniemożliwiał dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 09.11.2005 r., *sygn. akt: II Ca 587/05*). Zamawiający zobowiązany jest zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20.12.2005 r., *sygn. akt: II Ca 584/05* oraz wyrok Zespołu Arbitrów z 03.01.2005 r., *sygn. akt: UZP/ZO/0 – 2277/04*).

1. W sekcji III cz. III. 2.2) B 1 Zamawiający opisał warunek; zgodnie z którym wykonawcy mają wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli działalność prowadzą krócej, to w tym okresie osiągnęli przychód nie mniejszy niż 20 000 000,00 PLN.

Osiągnięty przychód pozostaje bez wpływu na doświadczenie wykonawcy w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Ponadto, w przypadku podmiotu prowadzącego szeroką działalność gospodarczą, wskazany przychód może zostać osiągnięty, w całości lub w części, w wyniku działań podejmowanych na innej płaszczyźnie niż sfera informatyczna.

Tak więc uznać należy, że wskazany warunek w żadnej mierze nie odnosi się do doświadczenia wykonawcy wymaganego w przypadku rzeczowego zamówienia i nie jest proporcjonalny zarówno do jego wielkości jak również

charakteru technicznego. Stanowi on jawne pogwałcenie zasady proporcjonalności wyrażonej w art.: 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem zawęża krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu.

2. W sekcji III cz. III. 2.3) 1. a oraz III 2.3) 2. a Zamawiający opisał warunki; zgodnie z którymi: wykonawcy mają wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli działalność prowadzą krócej, to w tym okresie, wdrożyli oraz przekazali do bieżącej eksploatacji, co najmniej jedno rozwiązanie wsparcia procesów sprzedaży dla produkcji ciągłej, którego wartość wynosi minimum 5 000 000,00 zł brutto oraz zrealizowali inne niż wskazane powyżej wdrożenie systemu klasy ERP oraz przekazali do bieżącej eksploatacji, którego wartość wynosi minimum 5 000 000,00 zł brutto.

Opracowanie i wdrożenie informatycznego systemu, o którym mowa wyżej, to zamówienie standardowe, zarówno jeśli chodzi o jego wartość, jak również złożoność. Z technicznego oraz funkcjonalnego punktu widzenia, bez znaczenia jest wielkość podmiotu dla którego będzie on opracowywany i w którym będzie wdrażany oraz wielkość zawartego kontraktu, bowiem specyfika i potrzeby poszczególnych zamawiających decydować będą o jego indywidualnym charakterze. Każdorazowo jego konstrukcja opierać się będzie na tych samych rozwiązaniach technicznych, które stosownie do potrzeb zamawiającego będą rozbudowywane i modyfikowane. Cecha ta charakteryzuje cały sektor usług informatycznych, do którego bez wątplenia należy objęty postępowaniem przedmiot zamówienia.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, że Zamawiający w omawianym przypadku wprowadził do specyfikacji dodatkowe, ukryte kryterium oceny wykonawców, eliminujące z postępowania te podmioty, które go nie spełniają. Wobec powyższego; warunki postępowania, mimo, że adresowane do nieograniczonej liczby wykonawców, skonstruowano tak, aby faktycznie eliminowały konkurentów. Wskazany wymóg ma jedynie na celu ograniczenie dostępu do rynku, bowiem faktycznie o funkcjonalności i użyteczności systemu decydować będą jedynie wyspecyfikowane przez Zamawiającego, wymienione enumeratywnie w specyfikacji, wymagania i parametry techniczne systemu.

Wartość zrealizowanych kontraktów przez wykonawcę pozostaje bez wpływu na jego doświadczenie w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, bowiem każdorazowo, jak podniesiono wyżej, posługiwać się będzie tymi samymi narzędziami informatycznymi w tym samym układzie, modyfikując go odpowiednio do oczekiwań zamawiającego.

Tak więc, podobnie jak wcześniej, uznać należy, że wskazane warunki w żadnej mierze nie odnoszą się do doświadczenia wykonawcy wymaganego w przypadku rzeczonożego zamówienia i nie są proporcjonalne zarówno do jego wielkości jak również charakteru technicznego. Stanowią one jawne pogwałcenie zasady proporcjonalności wyrażonej w art.: 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i utrudniają uczciwą konkurencję, zawężając krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu

3. W sekcji III cz. III. 2.3) 1. a oraz III 2.3) 3. a Zamawiający opisał warunek; zgodnie z którym: wykonawcy mają wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli działalność prowadzą krócej, to w tym okresie, przez okres minimum 12 miesięcy, na zasadzie outsourcingu, u jednego zamawiającego, dla co najmniej 150 użytkowników, świadczyli usługi w zakresie serwisu i administrowania systemu informatycznego o wartości minimum 2 000 000,00 zł brutto.

W omawianym przypadku przywołania wymagają argumenty podniesione wcześniej w pkt 1 i 2. Dodatkowo wskazać należy, że niezależnie od ilości użytkowników, system funkcjonować musi tak samo, bowiem opiera się na tych samych założeniach i dysponuje tymi samymi narzędziami informatycznymi. Wprowadzenie elementu czasu, ilości użytkowników oraz wartości zawartego kontraktu, pozostaje bez wpływu na ocenę doświadczenia wykonawcy i nie ma wpływu na jakość oferowanego produktu.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że przyjęcie takiej konstrukcji warunku, stanowi jawne pogwałcenie zasady proporcjonalności wyrażonej w art.: 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem zawęża krąg podmiotów mogących uczestniczyć w postępowaniu.

4. W sekcji III cz. III. 2.3) 1. b oraz III 2.3) 2. b Zamawiający wprowadził warunki dodatkowe, których spełnienie gwarantuje wykonawcy uzyskanie dodatkowych punktów.

Wprowadzanie warunków dodatkowych obok warunków podstawowych (zasadniczych, brzegowych) jest praktyką nieprawidłową. W myśl Ustawodawcy, każdy wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu (warunki zasadnicze, brzegowe), dopuszczony jest do udziału w postępowaniu i bierze udział w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęcie dodatkowych elementów wartościujących, postawionych jako

warunki, spełnienie których gwarantuje uzyskanie dodatkowych punktów, narusza zasadę równości i uczciwej konkurencji, bowiem uprzywilejowuje jedne podmioty wobec innych, które ocenione zostały jako spełniające warunki udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego uznać należy, że podniesione wyżej żądania Zamawiającego bez wątpienia wykraczają poza zakres zamówienia i jego ustawowe uprawnienia. Nie są one także współmierne do rangi przedsięwzięcia i tym samym naruszają zasady uczciwej konkurencji.

Ogół wspomnianych wyżej argumentów wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przywołanych na wstępie postanowień ustawy Prawo zamówień publicznych a podniesione żądania czyni w tych okolicznościach zasadnymi. Jednocześnie podkreślenia wymaga okoliczność, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r., *sygn. akt: V Ca 592/05*).

W tym stanie rzeczy protest zasługuje na uwzględnienie a protestujący wnosi jak w sentencji. Jednocześnie protestujący oświadcza, że ma interes prawny w złożeniu niniejszego środka odwoławczego w związku z możliwością uzyskania zamówienia objętego postępowaniem. W wyniku naruszenia przywołanych wyżej przepisów, jego interes prawny doznał uszczerbku w zakresie możliwości dostępu i uzyskania zamówienia.

Z wyrazami szacunku,

CENTRUM INFORMATYKI
Sp. z o.o.
WICEPREZES ZARZĄDU
[Signature]
mgr Włodzimierz PRZYBYŁA

CENTRUM INFORMATYKI
Sp. z o.o.
PREZES ZARZĄDU
[Signature]
mgr inż. Piotr KUŚKA

Otrzymują:

1. Południowy Koncern Węglowy S.A.,
2. a/a.