

Sygn. akt: KIO 235/12

WYROK
z dnia 16 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2012 r. przez wykonawcę **ESAPROJEKT Sp. z o.o., ul. Bytkowska 1B, 40-955 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Gospodarki, Plac Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **eo Networks S. A. ul. Głuszycka 5, 02-215 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ESAPROJEKT Sp. z o.o., ul. Bytkowska 1B, 40-955 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ESAPROJEKT Sp z o.o., ul. Bytkowska 1B, 40-955 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

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

Zamawiający: Ministerstwo Gospodarki z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Utworzenie Systemu Konsultacji On - Line”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2011/S 230-373371 w dniu 30 listopada 2011 r.

Pismem z dnia 25 stycznia 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę eo Networks S. A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej.

Wykonawca ESAPROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie wobec czynności oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez eo Networks S. A. z siedzibą w Warszawie, a także wobec zaniechania czynności wykluczenia eo Networks S. A. z postępowania.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez eo Networks S. A., pomimo, że wykonawca nie wykazał dysponowania wymaganym doświadczeniem i wiedzą, podając nieprawdziwe informacje w tym zakresie. Zdaniem odwołującego, ww. wykonawca podlega wykluczeniu jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu oraz który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto, wybór oferty złożonej przez eo Networks S. A. jako najkorzystniejszej prowadzi do nierównego traktowania wykonawców z uwagi na wadliwą ocenę (punktację) długości oferowanego przez eo Networks S. A. okresu gwarancji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. wykluczenia eo Networks S. A. z postępowania,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
5. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
6. zasądzenia kosztów postępowania od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu. Działanie zamawiającego niezgodne z ustawą Pzp narusza interes odwołującego, bowiem prowadzi do utraty możliwości uzyskania przez niego zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że poniósł szkodę oraz został naruszony jego interes prawny w wyniku naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Złożona przez odwołującego oferta uzyskała drugą ocenę, a to oznacza, że w przypadku wykluczenia eo Networks S. A. z postępowania, odwołujący uzyskałby zamówienie oraz przychód wynikający z jego realizacji.

Odwołujący wyjaśnił, iż zamawiający w treści § 5 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 3 ppkt a, b, d i e w opisie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia wskazał, że uzna ten warunek za spełniony, jeżeli wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje:

- minimum jedno wdrożenie rozwiązania klasy Enterprise za minimum 1 500 000 PLN brutto,
- minimum dwa wdrożenia systemów informatycznych zbudowanych w technologii wielowarstwowej o wartości minimum 1 500 000 PLN brutto wraz z usługą utrzymania,
- minimum jedno wdrożenie aplikacji bądź strony www opartej o standardy WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A;
- minimum jedną aplikację z graficznym interfejsem użytkownika w systemie operacyjnym MS Windows.

W celu potwierdzenia spełnienia ww. wymagań, wykonawcy mieli złożyć wykaz wykonanych (wykonywanych) usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawcy mieli złożyć również oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Jako jedno z wdrożonych rozwiązań klasy Enterprise za minimum 1,5 mln zł brutto wykonawca eo Networks S. A. wskazał w Wykazie wykonanych zamówień projekt Rankomat wykonany w maju 2009 r. dla Iklu S. A. o wartości ok. 1.785.000 zł brutto.

Jako jedno z wykonanych wdrożeń systemów informatycznych zbudowanych w technologii wielowarstwowej o wartości minimum 1,5 mln zł brutto wraz z usługą utrzymania ww. wykonawca podał wykonany w maju 2009 r dla Iklu S. A. projekt Rankomat o wartości ok. 3.078.000 zł brutto i utrzymywany do dnia dzisiejszego.

W zakresie wdrożenia aplikacji bądź stron www opartych o standardy WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A wykonawca ten wymienił następujące zamówienia:

1. dla Urzędu Patentowego UPRP - zaprojektowanie, budowa i wdrożenie portalu Urzędu Patentowego UPRP - eo Networks S. A. podała, że jest to serwis zbudowany z wykorzystaniem standardów WCAG (wykonano w sierpniu 2010 r.),
2. dla Instytutu Adama Mickiewicza: Culture.pl - portal poświęcony polskiej kulturze (www.culture.pl); zakres: zaprojektowanie struktury serwisu, oprawa graficzna,

migracja treści, wdrożenie, szkolenie użytkowników - eo Networks S. A. podała, że jest to serwis zbudowany z wykorzystaniem standardów WCAG (wykonano w grudniu 2010 r.),

3. dla Instytutu Adama Mickiewicza: PKPP - portal poświęcony zagranicznemu Programowi Kulturalnemu Polskiej Prezydencji (www.culture.pl/web/guest/pkpp); zakres: zaprojektowanie struktury serwisu, oprawa graficzna, wdrożenie, szkolenie użytkowników - eo Networks S. A. podała, że jest to serwis zbudowany z wykorzystaniem standardów WCAG (wykonano w grudniu 2010 r.).

Jako zamówienia wykonane z należytą starannością w części dotyczącej aplikacji z graficznym interfejsem użytkownika w systemie operacyjnym MS Windows, eo Networks S. A. podała zamówienie wykonane dla Sensi Soft Sp. z o. o. - projekt Friday-Ad - serwis ogłoszeniowy, jedna z najpopularniejszych platform tego typu w Wielkiej Brytanii (www.friday-ad.co.uk), zakres prac: stworzenie i wdrożenie rozwiązania umożliwiającego wyszukiwanie ogłoszeń w innych serwisach i dodawanie ich do bazy Friday-Ad - aplikacja z graficznym interfejsem użytkownika w systemie operacyjnym MS Windows (wykonane w październiku 2010 r.).

Formularz „Wykaz zamówień wykonanych z należytą starannością” eo Networks S. A. złożyła wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi wykonano należycie (referencje wystawione przez Iklu S. A., Dyrektora Generalnego Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej, Instytutu Adama Mickiewicza oraz Sensi Soft Sp. z o. o.).

Zdaniem odwołującego, informacje podane przez eo Networks S. A. nie są prawdziwe.

1. Złożony przez eo Networks S. A. list referencyjny wystawiony przez Iklu S. A. nie jest opatrzony żadną datą, a zatem nie ma podstaw, by przyjąć, że wykonawca ww. zamówienie faktycznie wykonał dla Iklu S. A. w wymaganym przez zamawiającego okresie.
2. Żadne z zamówień wykonanych przez eo Networks S. A., które spółka podała jako wykonane wdrożenie aplikacji bądź stron www opartych o standardy WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A nie spełnia tych standardów.

Odwołujący wskazał w tym miejscu, iż:

- I. strona urzędu patentowego: <http://www.uprp.pl> nie spełnia wymagań żadnego z ww. standardów, ponieważ:
 1. zgodnie z wymaganiami wymienionych standardów wszystkie nietekstowe elementy strony powinny posiadać tekstowy odpowiednik, a strona główna Urzędu Patentowego w linii 132 posiada obiekt nieposiadający odpowiednika tekstowego,
 2. zgodnie z wymaganiami ww. standardów wszystkie skrypty powinny posiadać sekcję „noscript”, a strona główna Urzędu Patentowego zawiera 2 skrypty nieposiadające tej sekcji: linia 127 oraz linia 128,

II. serwis culture.pl:

1. Zgodnie z wymaganiami ww. standardów, wszystkie elementy graficzne powinny posiadać atrybut alt (wyświetlający tekst w przypadku niemożności wyświetlenia grafiki), a strona główna culture.pl zawiera elementy graficzne bez atrybutu alt: linia 2, linia 3 linia 4 (dwa obiekty),
2. zgodnie z wymaganiami ww. standardów, wszystkie skrypty powinny posiadać sekcję „noscript”, a strona główna culture.pl zawiera skrypty nieposiadające tej sekcji: linia 2 (trzy skrypty), linia 553,

III. portal poświęcony Programowi Kulturalnemu Polskiej Prezydencji

<http://www.culture.pl/web/guest/pkpp>: - zgodnie z wymaganiami ww. standardów wszystkie skrypty powinny posiadać sekcję „noscript”, a strona główna tego portalu zawiera skrypty nieposiadające tej sekcji: linia 1 (trzy skrypty), linia 275,

3. wykonany przez eo Networks S. A. projekt serwisu ogłoszeniowego Friday Ad, dla Sensi Soft Sp. z o. o., w zakresie wyżej opisanym, podany przez eo Networks S. A. jako aplikacja z graficznym interfejsem użytkownika w systemie operacyjnym MS Windows również nie spełnia wymagań zamawiającego. Aby stworzona przez wykonawcę aplikacja z graficznym interfejsem użytkownika funkcjonowała w systemie operacyjnym MS Windows - powinna to być tzw. aplikacja desktopowa, czyli instalowana na stanowisku komputerowym użytkownika i z tego stanowiska uruchamiana. Tymczasem serwis ogłoszeniowy Friday-Ad stanowi tzw. aplikację webową - pracującą na serwerze www, uruchamianą poprzez sieć komputerową z wykorzystaniem przeglądarki internetowej.

Odwołujący, podał iż z ostrożności procesowej wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność niespełniania przez ww. wykonane i przedstawione przez eo Networks S. A. zamówienia, co do których spółka ta złożyła referencje, wymogów w zakresie:

1. aplikacji bądź strony www opartej o standardy WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A,
2. aplikacji z graficznym interfejsem użytkownika w systemie operacyjnym MS Windows.

Biorąc pod uwagę powyższe, spółka eo Networks S. A. nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu dot. posiadanej wiedzy i doświadczenia, a zatem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp winna być wykluczona z postępowania.

Jednocześnie, eo Networks S. A. przedstawiła wyżej opisane zamówienia, jakoby odpowiadały one wymogom zamawiającego, podczas gdy faktycznie wymogom tym nie odpowiadają, co oznacza, że eo Networks S. A. złożyła nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik przeprowadzonego postępowania, a to uzasadnia wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp.

Nadto, odwołujący zauważył, że eo Networks S. A. złożyła na Załączniku nr 2 do siwz oświadczenie potwierdzające spełnianie warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp oraz o braku podstaw do wykluczenia, natomiast biorąc pod uwagę wyżej przytoczone okoliczności, nie można uznać, aby warunki te faktycznie spełniała.

Odwołujący wskazał także, że w § 13 ust. 5 siwz zamawiający, jako kryterium nr 2 oceny ofert, wskazał długość oferowanego okresu gwarancyjnego, przy czym określił, że przy oferowanym okresie gwarancji od 1 roku do 2 lat można uzyskać maksymalnie 4 punkty, a przy oferowanym okresie gwarancji od 2 lat w górę – 10 pkt.

eo Networks S. A. w pkt 7 Formularza ofertowego zaoferowała okres gwarancji „2 lata (24 miesiące)”, co oznacza, że zamawiający powinien przyznać ofercie 4 punkty. Tymczasem, jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 stycznia 2012 r., zamawiający w tym kryterium przyznał tej ofercie 10 pkt. Tym samym zamawiający dokonując oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty naruszył art. 7 ust. 1 Pzp dopuszczając się nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący podniósł, że udzielając zamówienia wykonawcy eo Networks S. A., pomimo wystąpienia przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania, zamawiający naruszył również przepis art. 7 ust. 3 Pzp.

W dniu 9 lutego 2012 r. wykonawca eo Networks S. A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wykonawca oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wszystkie informacje złożone w ofercie są prawdziwe. Wyjaśnił, iż w wykazie wykonanych usług została wskazana data realizacji usługi wykonanej na rzecz IKLU S.A. (maj 2009), natomiast nie ma wymogu, aby list referencyjny musiał zawierać datę wykonania usługi - ma jedynie potwierdzać, że dostawy lub usługi zostały wykonane należycie (§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Przystępujący wskazał także, iż w odpowiedzi na wymagane minimum jedno wdrożenie rozwiązania klasy Enterprise za min. 1 500 000,00 zł, wskazał trzy wdrożenia spełniające warunki zamawiającego, natomiast w odpowiedzi na wymagane dwa wdrożenia systemów informatycznych zbudowanych w technologii wielowarstwowej o wartości min. 1500 000,00 zł z usługą utrzymania - przedstawił trzy takie wdrożenia spełniające warunki zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu, że żadne z przedstawionych wdrożeń aplikacji lub stron WWW nie spełnia standardów WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A, przystępujący oświadczył, że zarówno portal wykonany dla Urzędu Patentowego RP, jak i portale wykonane dla Instytutu Adama Mickiewicza, spełniały wymogi standardu WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A w dniu podpisania protokołów odbioru. Niezgodności wskazane w odwołaniu są wynikiem prac redaktorskich prowadzonych przez właścicieli

serwisów oraz dodatkowych prac związanych z rozwojem serwisów wykonywanych na zlecenie zamawiających.

Przystępujący potwierdził również, że stworzone i wdrożone rozwiązanie umożliwiające wyszukiwanie ogłoszeń w innych serwisach i dodawanie ich do bazy Friday-Ad wykonane dla firmy SensiSoft Sp. z o.o. w październiku 2010 r. jest aplikacją z graficznym interfejsem użytkownika w systemie operacyjnym MS Windows i stanowi ona element back-endu serwisu ogłoszeniowego FridayAd.co.uk, a tym samym jest aplikacją spełniającą warunek postawiony przez zamawiającego.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. W toku rozprawy zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, co stanowi o legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła również, że wykonawca eo Networks S. A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy eo Networks S. A. z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, jest niezasadny.

Zamawiający w § 5 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 3 ppkt a, b, d i e zawarł opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej przez wykonawców wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał wykazania wykonania kilku rodzajów zamówień odpowiadających

przedmiotowi zamówienia. Treść opisu sposobu oceny spełniania tego warunku nie była sporna między stronami. W odniesieniu do zarzutu niespełnienia wymogów przez eo Networks S. A. w zakresie warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia, które zostało zakwestionowane w odwołaniu Izba zważyła, jak poniżej.

Izba uznała, że wykonawca eo Networks S. A. wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum jednego wdrożenia rozwiązania klasy Enterprise za minimum 1 500 000 PLN brutto oraz minimum dwóch wdrożeń systemów informatycznych zbudowanych w technologii wielowarstwowej o wartości minimum 1 500 000 PLN brutto wraz z usługą utrzymania.

W wykazie wykonanych zamówień załączonym do oferty wykonawca eo Networks S.A. wskazał trzy zamówienia w celu potwierdzenia wykonania minimum jednego wdrożenia rozwiązania klasy Enterprise za minimum 1 500 000 PLN brutto. Zamawiający uznał każde z nich za potwierdzające wymagane doświadczenie. Wobec powyższego, zakwestionowanie przez odwołującego jednego z trzech zamówień nie może prowadzić do uznania, że wykonawca nie wykazał spełniania tego warunku.

W celu potwierdzenia spełniania warunku w zakresie wykonania minimum dwóch wdrożeń systemów informatycznych zbudowanych w technologii wielowarstwowej o wartości minimum 1 500 000 PLN brutto wraz z usługą utrzymania, wykonawca eo Networks S. A. przedstawił w wykazie także trzy zamówienia, a wobec powyższego również w tym przypadku zakwestionowanie jednego zamówienia nie może zmienić oceny zamawiającego co do wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunku udziału w omawianym zakresie.

Niezależnie jednak od powyższego, Izba rozpoznała zarzut dotyczący usług wykonanych na rzecz IKLU S.A. pod nazwą „Projekt Rankomat”. Izba stwierdziła, że kwestionowany przez odwołującego dokument załączony do wykazu przez eo Networks S.A. - list referencyjny wystawiony przez firmę IKLU S. A., pomimo, że nie jest opatrzony datą, a także nie zawiera w swej treści terminu realizacji zamówienia pod nazwą „Projekt Rankomat”, jest prawidłowy. Istotą listu referencyjnego składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest potwierdzenie, że dane zamówienie zostało wykonane należycie. Z tego punktu widzenia dokument stanowiący list referencyjny musi zawierać stosowne oświadczenie danego podmiotu oraz informacje pozwalające na identyfikację danego zamówienia. Co do szczegółów określających dane zamówienie dokument taki może zawierać różną treść, gdyż nie jest to dokument, co do zasady, wystawiany w związku z ubieganiem się wykonawcy o konkretne zamówienie.

List referencyjny wystawiony przez firmę IKLU S.A. złożony przez eo Networks S. A. w celu potwierdzenia, że wykonane w ramach projektu Rankomat usługi zostały wykonane należycie, zawiera stosowne oświadczenie w powyższym zakresie firmy IKLU S.A., a także

pozwała na identyfikację zamówienia „rankomat.pl”, którego dotyczy. W tych okolicznościach brak daty wystawienia dokumentu lub też brak wskazania w jego treści okresu realizacji usług nie stanowi wady tego dokumentu. Wymagane w postępowaniu wskazanie okresu realizacji wykonanych usług należało zawrzeć w wykazie wykonanych zamówień. Odpowiednio do tego wymogu, daty realizacji zamówień zostały wskazane przez wykonawcę w złożonym wykazie (str.1. i 3 - pozycje nr 1 tabeli). Podkreślić należy przy tym, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów podważających rzetelność wskazanych przez wykonawcę terminów. Nie ma zatem podstaw, by przyjąć, że ww. zamówienie nie zostało zrealizowane w podanym przez wykonawcę terminie, jak twierdził odwołujący.

W zakresie spełnienia wymogu dotyczącego wykonania minimum jednego wdrożenia aplikacji bądź strony www opartej o standardy WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A, wykonawca eo Networks S. A. przedstawił w wykazie trzy zamówienia (poz.1-3 str. 5 wykazu), które zostały zakwestionowane przez odwołującego. Odwołujący podnosił, że wskazane w wykazie zamówienia wykonane: dla Urzędu Patentowego UPRP - zaprojektowanie, budowa i wdrożenie portalu Urzędu Patentowego UPRP, dla Instytutu Adama Mickiewicza: Culture.pl - portal poświęcony polskiej kulturze (www.culture.pl) oraz PKPP - portal poświęcony zagranicznemu Programowi Kulturalnemu Polskiej Prezydencji (www.culture.pl/web/guest/pkpp), w chwili obecnej nie są zgodne ze standardami WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A, a zatem nie mogą być uznane za potwierdzające spełnianie ww. warunku. Odwołujący nie kwestionował przy tym faktu, że w momencie wykonania ww. stron internetowych powyższe portale spełniały ww. standardy, a dodatkowo przystępujący wykazał jednoznacznie na rozprawie fakt, iż wskazane w wykazie zamówienie zrealizowane na rzecz UP RP zostało zrealizowane zgodnie ze standardami wymaganymi w przedmiotowym postępowaniu – przystępujący złożył do akt sprawy wyciąg ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którego wynika wymóg zgodności z wytycznymi WCAG 2.0 na poziomie A, a także protokół odbioru ww. wdrożenia CMS z dnia 25 sierpnia 2010 r.

Biorąc pod uwagę treść ww. warunku zawartą w siwz, Izba ustaliła, że zamawiający nie wymagał, aby wykonane przez wykonawców wdrożenie aplikacji bądź strony www spełniało w chwili obecnej określone przez zamawiającego standardy WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A. Zamawiający nie wymagał również, aby wdrożone aplikacje lub strony funkcjonowały w chwili obecnej. Wymaganie dotyczyło bowiem „wykonania wdrożenia” w określonym czasie, a zatem należało wykazać, iż wykonawca wykonał usługę (zamówienie) polegającą na wdrożeniu aplikacji lub strony www w oparciu o określone przez zamawiającego standardy - w wymaganym okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert. W tych okolicznościach nie może mieć żadnego znaczenia fakt, że wdrożone w 2010 r. strony www w ramach wykonanych zamówień, w chwili obecnej zawierają pewne odstępstwa od ww. standardów, w oparciu o które zostały wykonane.

Wykonawca po wykonaniu powyższych wdrożeń nie miał bowiem żadnego wpływu na to, że właściciele stron, dodając nowe treści na strony internetowe, nie dochowali starań, aby pierwotne standardy zostały nadal w pełni zachowane.

Jako zamówienie wykonane z należytą starannością wykazane w wykazie wykonanych zamówień w odniesieniu do wymogu dotyczącego wykonania aplikacji z graficznym interfejsem użytkownika w systemie operacyjnym MS Windows, wykonawca eo Networks S. A. przedstawił w wykazie zamówienie wykonane dla firmy Sensi Soft Sp. z o. o. - projekt Friday-Ad - serwis ogłoszeniowy w Wielkiej Brytanii wykonany w październiku 2010 r.

Jak wynika ze złożonego przez przystępującego na rozprawie protokołu zdawczo-odbiorczego z dnia 27 października 2010 r. stworzona przez wykonawcę aplikacja z graficznym interfejsem użytkownika funkcjonuje w systemie operacyjnym MS Windows – jest to tzw. aplikacja desktopowa „Canvassing dla Friday-Ad” umożliwiająca „wyszukiwanie ogłoszeń na innych portalach ogłoszeniowych i dodawanie ich do bazy FridayAd”. Jak wskazywał sam odwołujący aplikacja desktopowa, czyli instalowana na stanowisku komputerowym użytkownika i z tego stanowiska uruchamiana, spełnia wymaganie dotyczące wykonania aplikacji z graficznym interfejsem użytkownika funkcjonującej w systemie operacyjnym MS Windows. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości fakt, iż ww. protokół dotyczy usługi wskazanej w wykazie wykonanych zamówień (str. 5 wykazu – str. 16 oferty), na co wskazuje niemalże identyczny opis tej usługi, a także termin realizacji. .

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność niespełniania przez ww. wykonane i przedstawione przez eo Networks S. A. zamówienia, co do których spółka ta złożyła referencje, wymogów w zakresie:

- aplikacji bądź strony www opartej o standardy WCAG lub UCAG bądź UCAG 2.0 na poziomie A,
- aplikacji z graficznym interfejsem użytkownika w systemie operacyjnym MS Windows.

Izba uznała, że okoliczności sprawy zostały dostatecznie wyjaśnione za pomocą dowodów przedłożonych w sprawie. W tych okolicznościach uwzględnienie tego wniosku dowodowego służyłoby wyłącznie nieuzasadnionemu przedłużeniu niniejszego postępowania.

W powyżej ustalonym stanie faktycznym należało zatem przyjąć, że wykonawca eo Networks S. A. wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymogami zamawiającego, a co za tym idzie nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Złożone przez eo Networks S. A. w ofercie oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, a wobec tego nie podstaw do uznania, że wykonawca eo Networks S. A. złożył nieprawdziwe informacje, które miały lub mogą mieć wpływ na wynik przeprowadzonego postępowania. Wykonawca ten nie podlega więc również wykluczeniu na

podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp, a tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp należało uznać za niezasadny. Podkreślić należy, że odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c., jako na podmiocie, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne, nie przedstawił dowodów na poparcie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji.

Izba uznała ponadto, że nie potwierdził się zarzut dotyczący wadliwości czynności wyboru oferty złożonej przez eo Networks S. A. jako najkorzystniejszej, z uwagi na nieprawidłową ocenę oferty tego wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert ustalonego jako „oferowany okres gwarancji”.

Zgodnie z zapisem zawartym w § 13 ust. 5 siwz zamawiający, jako kryterium nr 2 oceny ofert, wskazał długość oferowanego okresu gwarancyjnego. Z treści opisu tego kryterium zawartego w tabeli, wynika, że w przedziale czasowym od 0 do 1 roku wykonawca otrzymuje 0 pkt, w przedziale od 1 roku do 2 lat – 4 pkt, a w przedziale od 2 lat – 10 pkt. Sposób interpretacji powyższych zasad punktacji z punktu widzenia literalnego brzmienia opisu kryterium oraz zgodnie z zasadami logiki wskazuje, że punkty nie przysługują w przypadku zaoferowania okresu gwarancji krótszego niż 1 rok. Za okres 1 roku i dłuższy lecz jednocześnie krótszy niż 2 lata przysługują 4 punkty, natomiast za okres gwarancji wynoszący 2 lata lub dłuższy wykonawcy mogli otrzymać 10 punktów. Powyższa interpretacja opisu sposobu oceny ofert według tego kryterium jest uzasadniona także z tego względu, że opiera się na jednolitej zasadzie, iż początek terminu w każdym z trzech przedziałów biegnie od określonej wielkości – łącznie. Przyjęcie za odwołującym, iż przedział określony jako „od 1 roku do 2 lat” jest przedziałem obustronnie zamkniętym oznaczałoby, że sposób określenia tego przedziału został ustalony odmiennie niż w dwóch pozostałych przedziałach, pomimo użycia w ich opisie tego samego wyrażenia „od”. Izba nie podzieliła tego stanowiska. W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo przyznał wykonawcy eo Networks S. A. 10 pkt w kryterium „oferowany okres gwarancji”. Izba zauważa przy tym, że nawet obniżenie punktacji przyznanej przystępującemu w ramach tego kryterium - do 4 pkt nie zmieniłoby pozycji oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Izba nie stwierdziła w konsekwencji naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w wyniku dokonanej oceny ofert oraz w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: