

Sygn. akt: KIO 1639/14

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 112 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, ul. Poleczki, 02-822 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (adres do korespondencji: ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1639/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 137, 02-231 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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:

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup „usług informatycznych w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania oraz bieżącej obsługi utrzymania infrastruktury i podsystemów ARiMR w celu zapewnienia technicznej sprawności eksploatacyjnej (ZUMA III)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2014 r., nr 2014/S 148-266379.

W dniu 11 sierpnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2014 r.) od czynności zamawiającego, polegającej na sporządzeniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na bezpodstawnym ograniczeniu konkurencji poprzez żądanie od wykonawców wykazaniem się *„posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 (dwa) zamówienia na świadczenie usługi informatycznej w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania systemu informatycznego o rozproszonej strukturze (tj.: spełniające łącznie następujące kryteria: minimum 50 lokalizacji położonych na obszarze co najmniej 8 województw, minimum 200 serwerów fizycznych, minimum 300 urządzeń sieciowych, minimum 2000 użytkowników), o wartości każdego z zamówień minimum 8 000 000,00 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych zero groszy)”*, czym zamawiający wskazuje na możliwość wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu zamówień wyłącznie na terenie RP.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ w następujący sposób *„posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed*

upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 (dwa) zamówienia na świadczenie usługi informatycznej w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania systemu informatycznego o rozproszonej strukturze (tj.: spełniające łącznie następujące kryteria: minimum 50 lokalizacji, minimum 200 serwerów fizycznych, minimum 300 urządzeń sieciowych, minimum 2000 użytkowników), o wartości każdego z zamówień minimum 8 000 000,00 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych zero groszy)", tj. wykreślenie z tego warunku ograniczenia do terytorium 8 województw.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wskazując, że architektura rozproszonego systemu musi znajdować się na obszarze co najmniej 8 województw. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien służyć zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy, czemu w szczególności ma służyć ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytych przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Tymczasem warunek, w którym wskazano, że architektura rozproszonego systemu musi znajdować się na obszarze co najmniej 8 województw z punktu widzenia specyfiki zamówienia należy uznać za nadmierny do przedmiotu zamówienia. Struktura systemu, dla którego zamawiane są obecnie usługi, która jest rozproszona na terenie RP determinuje skalę zamówienia, przy czym należy wskazać, że podobnych systemów na terenie chociażby UE jest co najmniej kilka, jak nie kilkanaście. Postawiony wymóg, nie pozwala jednak na udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym na rynku UE, co przeczy w istocie przepisom Prawa zamówień publicznych oraz zasadzie swobody świadczenia usług na jednolitym rynku UE. Wykazywane przez wykonawcę doświadczenie ma bowiem potwierdzić w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień. Tym samym nieuprawnione jest żądanie przez Zamawiającego, aby Wykonawcy wykazali się realizacją zamówień wyłącznie zrealizowanych na terenie RP, ponieważ jednostka administracyjna o nazwie „województwo" występuje wyłącznie na terenie RP, dla przykładu w innych krajach występują landy, obwody, gminy, itp., a przy obecnym opisie warunku udziału w postępowaniu nie istnieje możliwość porównania tych regionów. Tak więc zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom realizującym zamówienia na terenie poza RP, gdyż pomimo tego, że mają odpowiednią wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówień na terenie obszarowo zbliżonym do terenu 8 województw nie mogą skutecznie ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia. Jako potwierdzeniem powyższego powołał uchwałę Izby z dnia 20 marca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO/KD 29/12, w której uznano, iż nie jest dopuszczalne ograniczanie obszaru

geograficznego, gdzie uzyskane zostało doświadczenie, w celu zagwarantowania spełniania przez przedmiot zamówienia konkretnych parametrów.

W dniu 13 sierpnia 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania zamieszczając na swej stronie internetowej.

W dniu 14 sierpnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2014 r. złożył pismo informujące o dokonaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ w sposób następujący:

„posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 (dwa) zamówienia na świadczenie usługi informatycznej w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania systemu informatycznego o rozproszonej strukturze (tj.: spełniające łącznie następujące kryteria: minimum 50 lokalizacji, z których co najmniej 8 położonych jest w odległości od siebie nie mniejszej niż 10 km, minimum 200 serwerów fizycznych, minimum 300 urządzeń sieciowych, minimum 2000 użytkowników), o wartości każdego z zamówień minimum 8 000 000,00 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych zero groszy)”.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ zamieścił warunek:

„posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 (dwa) zamówienia na świadczenie usługi informatycznej w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania systemu informatycznego o rozproszonej strukturze (tj.: spełniające łącznie następujące kryteria: minimum 50 lokalizacji położonych na obszarze co najmniej 8 województw, minimum 200 serwerów fizycznych, minimum 300 urządzeń sieciowych, minimum 2000 użytkowników), o wartości każdego z zamówień minimum 8 000 000,00 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych zero groszy)”.

W dniu 20 sierpnia 2014 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w sposób następujący:

„posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 (dwa) zamówienia na świadczenie usługi informatycznej w zakresie zarządzania, administrowania i monitorowania systemu informatycznego o rozproszonej strukturze (tj.: spełniające łącznie następujące kryteria: minimum 50 lokalizacji, z których co najmniej 8 położonych jest w odległości od siebie nie mniejszej niż 10 km, minimum 200 serwerów fizycznych, minimum 300 urządzeń sieciowych, minimum 2000 użytkowników), o wartości każdego z zamówień minimum 8 000 000,00 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych zero groszy)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Odwołujący zakwestionował warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy w zakresie dotyczącym wymogu aby referencyjne usługi obejmowały „lokalizacje położone na obszarze co najmniej 8 województw” i w konsekwencji zażądał usunięcia tego postanowienia z treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Tak sformułowany warunek – jak słusznie podniósł odwołujący - zawierał ograniczenie terytorialne dotyczące realizacji zamówienia poprzez wskazanie jednostki podziału administracyjnego, jaką jest województwo. A tym samym naruszał przepisy ustawy Pzp. Powyższe przyznał także i zamawiający, dokonując modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w kwestionowanym zakresie, tj. wykreślenia obowiązku wykazania się „lokalizacjami położonymi na obszarze co najmniej 8 województw”. Niemniej jednak zamawiający w miejsce spornego postanowienia wprowadził nowe postanowienie o treści „co najmniej 8 położonych jest w odległości od siebie nie

mniejszej niż 10 km". Zmodyfikowana treść postanowienia usatysfakcjonowała odwołującego, który podczas rozprawy wniósł także o zmianę żądania zawartego w odwołaniu i nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w taki sposób jak brzmi dokonana przez zamawiającego w dniu 20 sierpnia 2014 r. modyfikacja ich treści.

Uwzględniając powyższe, tj. modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ dokonaną przez zamawiającego, jak i okoliczność, iż ta nowa treść kwestionowanego postanowienia satysfakcjonuje odwołującego Izba uznała, iż stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp nie może mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż zamawiający usunął sporne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, dokonując w dniu 20 sierpnia 2014 r. ich modyfikacji. Tak więc stwierdzone naruszenie w dacie wyrokowania nie ma już wpływu na wynik postępowania. Dlatego też Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, oddaliła odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: