

Sygn. akt: KIO 830/13

Sygn. akt: KIO 844/13

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Justyna Tomkowska

Paweł Trojan

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2013r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 11 kwietnia 2013r. przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów ozn. Sygn. akt KIO 830/13

B. w dniu 12 kwietnia 2013r. przez wykonawcę Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków ozn. Sygn. akt KIO 844/13

w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5 01-748 Warszawa

przy udziale wykonawcy: Atos IT Services Sp. z o.o. ul. Postępu 18; 02-676 Warszawa

zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o Sygn. akt: KIO 844/13 po stronie odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,
 2. uwzględnia odwołanie Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków i nakazuje zamawiającemu zmianę Ogłoszenia o zamówieniu poprzez skreślenia: w Sekcji III.2.3.p.n. "Kwalifikacje techniczne" w pkt I ppkt 1. sformułowania o następującej treści „opartego o rozwiązanie IBM File Net Content Manager” oraz tego rodzaju sformułowania zawartego we wzorze Wykaz wykonanych usług głównych stanowiącego Załącznik nr 4 do Ogłoszenia a także w Sekcji IV.1.2. p.n. Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału w pkt 2. ppkt 1) sformułowania o następującej treści „oparte o rozwiązanie IBM File Net Content Manager”
 3. kosztami postępowania obciąża Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów i Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5 01-748 Warszawa
- i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 **zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy) uiszczoną przez Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów i Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków tytułem wpisów od odwołań,
 - 3.2. zasądza od Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3, 5 01-748 Warszawa na rzecz Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:
.....
.....

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 830/13 i 844/13

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 03.04.2013r. pod poz. 2013/S 065-109137 w Dzienniku urzędowym Unii Europejskiej.

Zamawiającym w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych ul. Szamocka 3,5 ; 01-748 Warszawa.

Postępowanie to jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego.

Przedmiotem zamówienia jest budowa i wdrożenie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych systemu Archiwum dokumentów papierowych i elektronicznych.

Z krótkiego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że w ramach zamówienia wykonawca ma opracować, wykonać i wdrożyć rozwiązania dla Centrali Zakładu oraz jego jednostek terenowych systemu archiwum wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów wraz ze świadczeniem gwarancji i usług utrzymaniowych.

Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić posiadane przez ZUS licencje na oprogramowanie, w szczególności IBM File Net Content Manager. Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić integrację z systemami obiegu dokumentów Zakładu (Elektroniczna Platforma Wymiany Danych oraz Elektroniczny System Obiegu Dokumentów), a także migracji danych z minimum sześciu obecnie wykorzystywanych przez Zamawiającego systemów informatycznych. Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić szczegółowe opracowanie koncepcji infrastruktury sprzętowej. – w ramach zamówienia nie będzie dostarczana infrastruktura sprzętowa. Realizacja zamówienia także będzie musiała uwzględnić opracowanie i dostarczenie szczegółowej dokumentacji projektowej, a także przeprowadzenie szkoleń/warsztatów w zakresie administracji systemu, baz danych, użytkowania systemu, obsługi wsparcia użytkownika (Help Desk).

W związku z opublikowaniem Ogłoszenia o zamówieniu złożono dwa odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, w których zakwestionowano postanowienia przedmiotowego Ogłoszenia o zamówieniu.

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2013r. odwołania połączono do wspólnego rozpoznania.

Sygn. akt KIO 830/13

Pierwsze odwołanie wpłynęło w dniu 11 kwietnia 2013r. i złożone zostało przez Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów a dotyczyło następujących postanowień ogłoszenia.

Punktu III.2.3. Kwalifikacje techniczne pkt II warunki dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków ppkt 1) Kierownik Projektu,4) Architekt oraz 5) Kierownik Testów w zakresie użytego w ogłoszeniu sformułowania „ lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty/ wymieniony dokument wykluczone są oświadczenia Wykonawcy)”.

W związku z zakwestionowaniem wyżej wskazanego sformułowania Ogłoszenia odwołujący zarzucił następujące naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. 2010r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej „ustawą pzp”:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust.4 poprzez uniemożliwienie równego traktowania wykonawców i zapewnienie możliwości weryfikacji warunku posiadania wiedzy i doświadczenia – wobec czego wykonawcy mogą przedstawić wiedzę i doświadczenie nie podlegające weryfikacji,
2. opis sposobu dokonania oceny spełnienia wiedzy i doświadczenia w sposób nie związany z przedmiotem umowy oraz nie będący proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji zapisów Ogłoszenia w zakresie wskazanym w odwołaniu poprzez zmianę zapisów naruszających przepisy ustawy pzp w sposób wskazany w odwołaniu.

Odwołujący uzasadniając posiadanie interesu do wniesienia odwołania wskazał, że przez obowiązujące zapisy, które zakwestionował może zostać pozbawiony możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty i tym samym utraty szansy na uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.

W ogłoszeniu w zapisach zakwestionowanych powyżej wymaga się od specjalistów określonych umiejętności, niezbędnych do uzyskania określonych certyfikatów. Zastrzeżenia odwołującego nie budzi okoliczność, że zamawiający wymaga określonych kwalifikacji

potwierdzonych określonymi certyfikatami. Jego sprzeciw budzi sformułowanie, że posiadane kwalifikacje mogą być potwierdzone innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty a tylko wykluczone są w tym zakresie tylko dokumenty wystawione przez wykonawcę.

Odwołujący również uważa, że poziom kwalifikacji wymagany a określony opisanymi z nazwy certyfikatami jest powiązany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego.

Odwołujący w swoich wywodach podnosi, że określenie innych dokumentów niż certyfikaty jest określeniem nieostrym i nieprecyzyjnym. Certyfikaty potwierdzają fakt odbycie szkolenia i pomyślnego zdania egzaminu. Natomiast sformułowanie inny dokument na przykład już nie musi potwierdzić zdawania z wynikiem pomyślnym egzaminu w związku z odbyciem szkolenia.

Poza tym zamawiający nie określa kto ma prawo wystawiać takie dokumenty. Stąd odwołujący wnioskuje, że na przykład taki dokument może wystawić podmiot powiązany z wykonawcą a co będzie w związku z tym pozbawia tak wystawiony dokument wiarygodności. Zdaniem odwołującego taki dokument powinien wystawiać tylko i wyłącznie podmiot zajmujący się szkoleniem profesjonalnie czyli podmiot prowadzący szkolenia, certyfikujący i egzaminujący.

Natomiast przez opis dokonany w ogłoszeniu taki dokument będzie mógł wystawić każdy przypadkowy podmiot, nie prowadzący szkoleń, nie egzaminujący i nie certyfikujący.

Zdaniem odwołującego aktualny zapis ogranicza uczciwą konkurencję rozumianą jako umożliwienie wykonawcom przedstawianie jakiś tam dokumentów na potwierdzenie wymaganych przez zamawiającego kwalifikacji, które są potwierdzane ściśle określonymi certyfikatami to jest posiadają kwalifikacje takie jak wymagane dla uzyskania ściśle określonych certyfikatów. Tak sytuacja wytworzona zapisami SIWZ spowoduje nierówne traktowanie wykonawców.

Na podstawie takiej argumentacji w uzasadnieniu odwołania domagano się skreślenia dotychczasowej treści: „lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia Wykonawcy)” i wpisanie w to miejsce: „lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty, wystawionymi przez podmioty realizujące równoważne szkolenia (wykluczone są oświadczenia wykonawcy lub podmiotu powiązanego)”.

W uzupełnieniu stanowiska pismem procesowym z dnia 22 kwietnia 2013r. odwołujący podtrzymując żądania, wnioski i argumenty podniósł co następuje. Odwołujący wymagania postawione w Ogłoszeniu o zamówieniu uznał za niewystarczające co do kwalifikacji, które mają być potwierdzone dokumentami jak przy uzyskaniu wymienionych tam certyfikatów.

Obecne zapisy nie gwarantują zamawiającemu, że wykonawca do wykonania zamówienia skieruje osoby o odpowiednich wysokich kwalifikacjach jakich faktycznie wymaga niniejszy przedmiot zamówienia.

Przywołał stanowisko doktryny zgodnie z którym "Po pierwsze protestujący może żądać nie tylko określonych zmian warunków naruszających jego interesy, lecz także odpowiedniego ich uzupełnienia z powołaniem się na „zaniechanie” ze strony zamawiającego." (Ryszard Szostak, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Krakowie, Kraków 2005, str.50.

Aktualne zapisy ogłoszenia o zamówieniu powodują, że zamawiający nie ma zagwarantowanego należytego wykonania zamówienia, gdyż dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy do realizacji przedmiotu zamówienia skierują personel bez odpowiednio wysokich umiejętności do wykonania zamówienia.

W ocenie odwołującego, zamawiający w kwestionowanych zapisach jest niekonsekwentny, ponieważ z jednej strony wymaga posiadania wysokich kompetencji potwierdzonych certyfikatami- PRINE 2, PMI, TOGAF, CITA itp. Z drugiej strony dopuszcza, aby w miejsce takich certyfikatów przedstawić bliżej nieokreślone dokumenty, w ogóle nie będące certyfikatami czy też świadectwami potwierdzającymi posiadanie kompetencji.

Posługując się definicją certyfikatu ze Słownika Języka Polskiego wersja internetowa certyfikat to „oficjalny dokument stwierdzający np.: zgodność produktu z normami, autentyczność dzieł sztuki lub ukończenie kursu”

W tym stanie rzeczy wobec dopuszczonej definicji „innego dokumentu” bez żadnego dla niego wymogu co do wystawcy to zdaniem odwołującego każdy może taki dokument wystawić.

W związku z tym celowe jest określenie cech tego innego dokumentu dla zapewnienia wiarygodności treści w nich zawartych porównywalnych do certyfikatu. Bowiem w ocenie odwołującego rozbieżność między jakimkolwiek certyfikatem lub „innym dokumentem” jest ogromna i zauważalna na pierwszy rzut oka. Dlatego żądania odwołującego zmierzają do poprawienia zapisów ogłoszenia aby oba rodzaje dokumentów były porównywalne.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2013r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W piśmie tym zamawiający przedstawił zarzuty, żądania i argumentację odwołującego, które nie uznaje za zasadne. Zamawiający stwierdza, że odwołujący po raz kolejny, w kolejnym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego domaga się zaostżenia warunku postawionego przez zamawiającego, nie wskazując przy tym, jaką szkodę ponosi oraz jaki uszczerbek ponosi w jego interesie w związku z postanowieniami zastosowanymi przez zamawiającego.

Argumentując swoje stanowisko stwierdził "Należy podkreślić, że obecne brzmienie postanowień ogłoszenia o zamówieniu dopuszcza przedstawienie zarówno takich dokumentów, o jakich pisze Odwołujący, jak i innych, których cechą jest jednakże potwierdzenie, że dana osoba posiada wymagane umiejętności. Próba określenia katalogu takich dokumentów przez Zamawiającego zawsze stwarzałaby ryzyko niesłusznej oceny. Jednakże nie dopuszczenie oświadczeń własnych wykonawcy minimalizuje ryzyko wystąpienia oświadczeń niemożliwych do weryfikacji."

Na podstawie powyżej przedstawionej argumentacji Zamawiający jest przeciwny uwzględnieniu odwołania. Przywołuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w analogicznych sprawach to jest: wyrok z dnia 21 lutego 2013r. KIO 285/13, z dnia 22 lutego 2013r. KIO 286/13 oraz wyrok z dnia 22 lutego 2013r. KIO 309/13.

Podsumowując stwierdza, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Co do prawa do odwołania.

Odwołujący posiada prawo do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którą środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Oceniając prawo odwołującego do wniesienia odwołania Izba stwierdza, że spełnia on wszystkie przesłanki warunkujące to prawo a określone w cytowanym powyżej art.179 ust.1 ustawy pzp. I tak odwołujący spełnia przesłankę interesu w uzyskaniu danego zamówienia, ponieważ jest funkcjonującym na rynku podmiotem w branży informatycznej i oczywistym jest, że może być zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Co do wyczerpania przesłanki poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy, to odwołujący może ponieść szkodę w wyniku nie uzyskania zamówienia to jest nie uzyskania dochodu z wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust.1 w związku z art.22 ust.4 ustawy pzp przy określeniu sposobu weryfikacji wymaganej wiedzy od osób przy pomocy, których wykonawca będzie wykonywał zamówienie. Celem tych przepisów jest przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zapewnienie weryfikacji kwalifikacji osób wykonujących zamówienie w związku z określonym

przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Odwołujący we wniesionym odwołaniu domaga się ograniczenia zbyt dowolnego oraz nieprecyzyjnego określenia sposobu sprawdzenia warunku posiadania umiejętności, kwestionując postanowienia siwz i proponując ich nowe brzmienie. Przy uwzględnieniu, że przetarg prowadzony jest w trybie ograniczonym czyli na podstawie wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu a następnie ewentualnego zaproszenia do składania ofert, zrozumiałym jest, że interes odwołującego sprowadza się do ograniczenia niekontrolowanej dostępności udziału w postępowaniu poprzez sprecyzowanie sposobu oceny spełnienia kwalifikacji w sposób ścisły, jednoznaczny ale też gwarantujący należyte wykonanie zamówienia i w konsekwencji przez wyeliminowanie osób, które nie posiadają wymaganych umiejętności.

Tak więc odwołujący mając w perspektywie uzyskanie zaproszenia do składania ofert ma prawo wnieść odwołanie powołując się na naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, przez które to naruszenie zmniejszają się jego szanse w uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi zamawiający w sprawie budowy i wdrożenia w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych systemu Archiwum dokumentów papierowych i elektronicznych zarówno dla Centrali Zakładu oraz jego jednostek terenowych. Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić opracowanie i dostarczenie szczegółowej dokumentacji projektowej, a także przygotowanie i przeprowadzenie szkoleń/warsztatów w zakresie administracji systemu, administracji baz danych, użytkownika systemu, obsługi wsparcia użytkownika (Help Desk). W związku z realizacją zamówienia niezbędny jest wyspecjalizowany szereg osób między innymi: Kierownik projektu, Architekta, Kierownika testów. Od osób tych wymaganych jest odpowiednich umiejętności, wiedzy, doświadczenia, wykształcenia oraz kwalifikacji. Zarzut odwołującego odnosi się do wymaganych przez zamawiającego umiejętności opisanych w Ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III. 2.3 Kwalifikacje techniczne. I tak Kierownik Projektu powinien cechować się między innymi następującymi umiejętnościami: d) umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu PRINCE 2TM Practitioner lub PMI lub IPMA Level C, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy), czy Architekt d) posiadająca umiejętności niezbędne do uzyskania certyfikatu TOGAF, Foudation lub CITA- M lub CEA potwierdzone tym dokumentem lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia

wykonawcy) oraz Kierownik Testów c) posiada umiejętności niezbędne do uzyskania certyfikatu ISTQB Advanced Level lub ISEB Intermediate Level potwierdzone tym dokumentem lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy).

Odwołujący uważa, że zamawiający poprzez nieostre i nieprecyzyjne określenie „innych dokumentów”, które mogą potwierdzać posiadane umiejętności jakie odpowiadają wymienionym w Ogłoszeniu o zamówieniu z nazwy certyfikatami zawodowym w branży informatycznej, spowoduje naruszenie zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Przejawiać się będzie to tym, że wykonawcy, którzy wcale nie posiadają umiejętności nadających się do potwierdzenia z podanymi z nazwy certyfikatami, będą mogli startować w postępowaniu jak równi z wykonawcami posiadającymi faktyczne umiejętności, co naruszy uczciwe konkurowanie w celu uzyskania zamówienia. W związku z tym odwołujący proponuje zmianę postanowienia poprzez dodanie, że inny dokument to ma być równoważny dokument oraz wprowadza ograniczenie podmiotów, które mogą takie inne równoważne dokumenty wystawiać ograniczając te podmioty do instytucji profesjonalnie zajmującymi się szkoleniami i to szkoleniami równoważnymi z wymienionymi z nazwy w Ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto dokumenty takie nie mogą co do zasady wystawiać nie tylko sami sobie wykonawcy, ale odwołujący dodaje, że również podmioty z wykonawcą powiązane. Czyli odwołujący w miejsce aktualnie obowiązującego zapisu o treści „lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy)” proponuje postanowienie o treści „lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty, wystawionymi przez podmioty realizujące równoważne szkolenia (wykluczone są oświadczenia wykonawcy lub podmiotu powiązanego)”.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W obowiązującym stanie prawnym brak jest podstaw do żądania w ścisłym tego słowa znaczeniu „dokumentów”, potwierdzających w tym wypadku umiejętności takie jak potwierdzone certyfikatami wymienionymi w Ogłoszeniu o zamówieniu, jakich domaga się odwołujący

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2013r. to jest w dacie obowiązywania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U.

2013r. poz.231). Zgodnie z jego § 1 ust.1 pkt 7 „W celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art.22 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać następujących dokumentów: i tak w pkt 7) „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”. Wobec takiego brzmienia obowiązujących postanowień rozporządzenia brak podstaw do uwzględnienia zarzutu odwołującego co do rodzaju dokumentów, jakich zamawiający ma prawo żądać na potwierdzenie posiadanych umiejętności osób mających pełnić funkcję: kierownika projektów, architekta i kierownika testów. Przywołane powyżej „Rozporządzenie PRM” obowiązujące w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje na okoliczność „wykazu osób” i ich kwalifikacji zawodowych, wykształcenia i doświadczenia „informacji”. Natomiast pojęcie „dokument” w tym miejscu rozporządzenia (§ 1 i ust.1 pkt 7) przypisane jest do „wykazu osób” a nie ich wykształcenia, doświadczenia czy kwalifikacji zawodowych. Skoro rozporządzenie posługuje się pojęciem informacji na okoliczność kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia to brak podstaw prawnych po stronie zamawiającego do zawężenia formy potwierdzenia oczekiwanych kwalifikacji zawodowych poprzez żądanie od wykonawców tylko i wyłącznie dokumentów i to posiadających cechy charakterystyczne wskazane przez odwołującego czyli wystawione przez podmioty zajmujące się profesjonalnie szkoleniem w zakresie odpowiadającym wymienionym z nazwy szkoleniom w Ogłoszeniu o zamówieniu.

W ocenie Izby zamawiający nie może bardziej rygorystycznie wymagać, to jest przez „dokumenty wystawione przez podmioty profesjonalnie zajmujące się szkoleniem”, niż to przewidują przepisy prawa, w tym wypadku rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów co do udokumentowania wymaganych w tym wypadku kwalifikacji zawodowych. Zgodnie z rozporządzeniem zamawiający może żądać „informacji” na okoliczność czy dana osoba posiada oczekiwane wykształcenie, doświadczenie, kwalifikacje. Owszem zamawiający ma prawo badać i kwestionować wiarygodność zarówno dokumentu jak i informacji, ale nie może żądać „dokumentu” gdzie przepis prawa przewiduje „informacje”. Potocznie z „dokumentem” wiąże się jego urzędowy charakter w poświadczeniu istniejącego stanu faktycznego czy prawnego, a z „informacją” nie wiąże się takiego charakteru co do formy, ale co do treści „informacji” należy oczekiwać potwierdzenia w niej stanu rzeczy zgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy.

Reasumując skoro w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów używa zarówno pojęć „dokument” i „informacja” i temu ostatniemu przypisuje się poświadczanie w tym wypadku umiejętności czyli kwalifikacji zawodowych, to nie można sposobu ich potwierdzania ustanawiać wbrew zapisom Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów czyli ograniczać tylko do formy dokumentu.

Stąd żądanie odwołującego aby w miejsce aktualnie obowiązującego zapisu o treści: „lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone są oświadczenia wykonawcy)” wstawić postanowienie o treści „lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty, wystawionymi przez podmioty realizujące równoważne szkolenia (wykluczone są oświadczenia wykonawcy lub podmiotu powiązanego)” jest nieuprawnione w świetle obowiązującego prawa.

Natomiast obowiązujący stan prawa nie wyklucza udowodnienia czy to przez zamawiającego, czy to konkurencyjnego wykonawcę, że informacje na temat posiadanych umiejętności są nieprawdziwe.

W związku z powyższym, że odwołujący nie wykazał naruszenia podnoszonego w odwołaniu art. 7 ust.1 i art. 22 ust.4 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji wyroku to jest o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) i pkt 2) oraz § 1 ust.1 pkt 2) 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. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15.000,00 złotych.

Sygn. akt KIO 844/13

Drugie odwołanie wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2013r. i zostało złożone przez Comarch S.A. Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków zwanego dalej „odwołującym”.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił pismem z dnia 15 kwietnia 2013r. Atos IT Services Sp. z o.o. ul. Postępu 18 ; 02-676 Warszawa zwany dalej „przystępującym”.

Odwołujący zakwestionował, a przystępujący poparł, następujące zapisy w Ogłoszeniu o zamówieniu.

W Sekcji II 5.1. „Krótki opis zamówienia lub zakupu przedmiotu zamówienia” oraz w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków.

Zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. art.7 ust.1 poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. art.7 ust.1 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2 poprzez określenie warunków wiedzy i doświadczenia oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.
3. Naruszenie art.22 ust.4 poprzez określenie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia jak i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
4. Art.7 ust.1 i art. 29 ust.2 poprzez określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia określonych w Ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji II.1.5.) „Krótki opis zamówienia lub zakupu przedmiotu zamówienia” w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W związku z postawionymi zarzutami naruszenia przepisów ustawy pzp odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikację Ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji II.1.5) „Krótki opis zamówienia lub zakupu przedmiotu zamówienia” oraz w zakresie warunków udziału w postępowaniu i w opisie sposobu oceny spełnienia tych warunków, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, aby zapisy Ogłoszenia o zamówieniu były zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono w szczególności następującą argumentację formalną i prawną oraz sformułowano następujące żądania.

I.

Co do wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Czyli zapisów w Sekcji II.1.5. „Krótki opis zamówienia lub zakupu przedmiotu zamówienia” zamawiający tam postanowił:

Przedmiotem zamówienia jest budowa i wdrożenie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych systemu Archiwum dokumentów papierowych i elektronicznych.

Z krótkiego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że „ Przedmiotem zamówienia jest opracowanie, wykonanie i wdrożenie rozwiązania dla Centrali Zakładu oraz jego jednostek

terenowych systemu archiwum wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów wraz ze świadczeniem gwarancji i usług utrzymaniowych. Budowany system będzie posiadał minimum 10 000 użytkowników. **Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić posiadane przez ZUS licencje na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNet Content Manager.**

Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić integrację m.in. z systemami obiegu dokumentów Zakładu (Elektroniczna Platforma Wymiany Danych oraz Elektroniczny System Obiegu Dokumentów), a także migracji danych z minimum sześciu obecnie wykorzystywanych przez Zamawiającego systemów informatycznych.

Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić szczegółowe opracowanie koncepcji infrastruktury sprzętowej. – w ramach zamówienia nie będzie dostarczana szczegółowa infrastruktura sprzętowa. Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić opracowanie i dostarczenie szczegółowej dokumentacji projektowej, a także przygotowanie i przeprowadzenie szkoleń/warsztatów w zakresie administracji systemu, administracji baz danych, użytkownika systemu, obsługi wsparcia użytkownika (Help Desk).”

Tym zapisom odwołujący postawił zarzut naruszenia art.7 ust.1 i art. 29 ust.2 ustawy pzp w zakresie w jakim odnoszą się do sformułowania **Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić posiadane przez ZUS licencje na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNet Content Manager.**

Odwołujący uważa taki zapis za ograniczający uczciwą konkurencję. Zmusza się wykonawców biorących udział w postępowaniu do nabycia licencji od firmy IBM i w ten sposób firma IBM będzie decydowała o ofercie wykonawców, którzy będą musieli wejść z nią w relacje handlowe, jeżeli będą chcieli złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W ten sposób firma IBM zostaje uprzywilejowana, ponieważ ona będzie decydowała o ostatecznym kształcie oferty poszczególnych wykonawców. W związku z tym odwołujący uważa, że kwestionowany zapis powinien ulec zmianie i powinien brzmieć w ten sposób, że „Realizacja zamówienia będzie mogła uwzględnić posiadane przez ZUS licencje na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNetContent Manager” lub „Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić posiadane przez ZUS licencje na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNet Content Manager, z zastrzeżeniem, że Zmawiający dopuszcza realizację zamówienia w oparciu o rozwiązania równoważne zastępujące posiadane przez zamawiającego (w tym zastępujące IBM FileNet Content Manager)”.

II.

Co do określenia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków.

Odwołujący odniósł się do zapisu w Ogłoszeniu w Sekcji III.2.3. „kwalifikacje techniczne” w pkt 1 „I. Warunki posiadania wiedzy i doświadczenia wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków:

1. Wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonali co najmniej 2 usługi polegające na opracowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów, opartego o rozwiązania IBM FileNet Content Manager, gdzie: - każda u usług dotyczyła systemu informatycznego cechującego się możliwością równoległej pracy minimum 2 000 użytkowników;- wartość każdej usługi wynosiła co najmniej 20.000.000 PLN brutto.

Powyższe wymagania zostały również powtórzone we wzorze Wykazu wykonanych usług stanowiącym załącznik Nr 4 do Ogłoszenia.

W związku z tak powyżej sformułowanym wymogiem w zakresie wiedzy i doświadczenia w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art.7 ust.1 i art. 22 ust.1 pkt 2 oraz art.22 ust.4 ustawy pzp.

Bezpodstawnym jest wymaganie doświadczenia w zakresie usług polegających na opracowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów „opartego o rozwiązania IBM FileNet Content Manager”.

Wymaganie to powinno być skreślone.

W tym miejscu odwołujący przywołał opis przedmiotu zamówienia i podkreślił, że z tego opisu wynika, że przedmiotem zamówienia nie jest rozbudowa systemu opartego o licencje i oprogramowanie IBM tylko opracowanie nowego systemu archiwizacji z uwzględnieniem posiadanych przez ZUS licencji na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNet Content Manager. Odwołujący zaznacza, że wnosi o skreślenie tych zapisów z opisu przedmiotu zamówienia. Niemniej tenże kwestionowany zapis wskazuje, że przedmiotem zamówienia nie jest rozbudowa posiadanego już systemu informatycznego. Przedmiotem zamówienia jest natomiast budowa nowego oprogramowania z uwzględnieniem posiadanych oprogramowań. W związku z tym nieporozumieniem jest stawianie w wymogu doświadczenia i wiedzy wykazania się usługami budowy oprogramowania archiwizacji dokumentów w oparciu o rozwiązania „IBM File Net Content Manager”.

Jako dowód na brak konsekwencji w formułowaniu wymogów odwołujący wskazuje z kolei w zakresie wymaganych kwalifikacji personelu gdzie nie ma już mowy o doświadczeniu w postaci udziału w projekcie polegającym na opracowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów opartym o rozwiązania „IBM File Net Content Manager”.

Odwołujący również kwestionuje wartość wykonanych usług na spełnienie wymogu doświadczenia i wiedzy przez wykonawcę. Uważa, że powinno do realizacji przedmiotu zamówienia wystarczyć posiadanie doświadczenia co prawda w zakresie dwóch usług, przy tym tylko jedna z nich powinna być usługą o wartości co najmniej 10 .000.000 zł a nie dwie usługi i każda z nich o wartości co najmniej 20 .000.000 złotych.

Jako brak konsekwencji w tym zakresie odwołujący wskazał inne zapisy ogłoszenia o zamówieniu co do wymaganego doświadczenia osób mających wykonać zamówienie gdzie ich doświadczenie jest relatywnie niższe niż wymagane doświadczenie od wykonawcy. I tak np.: Kierownik projektu brał udział w realizacji zamówień gdzie co najmniej jedno z nich miało wartość minimum 10.000.000zł. I tak podobnie kształtują się wymogi co do kolejnych osób: analityków, projektanta, architekta, kierownika testów.

Podsumowując zastrzeżenia w tym zakresie wykonawca stwierdza, że wartości dla osób przy pomocy których wykonawca ma wykonywać zamówienie są znacznie niższe oraz wymaga się tych wartości tylko dla jednego zamówienia, a nie co najmniej dla dwóch jak wymaga się od wykonawcy.

Podobnie kształtują się wymogi w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej gdzie zamawiający postawił wymóg posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 5.000.000zł i średniego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych na poziomie 15 mln. zł. za każdy rok obrotowy. W związku z tym również porównując wymogi w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej z wymogami w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący dostrzega także brak konsekwencji zamawiającego w poziomie wymaganych kwot to jest zawyżenia wymogu w zakresie wiedzy i doświadczenia do poziomu 20.000.000.zł co najmniej dwa projekty.

Odwołujący zatem żąda modyfikacji w zakresie wiedzy i doświadczenia formułując wartość „co najmniej jednej usługi wynosiła minimum 10 000 000 PLN brutto a nie jak dotychczas w Ogłoszeniu o zamówieniu to jest „wykonali co najmniej 2 usługi polegające na opracowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów, opartego o rozwiązania IBM FileNet Content Manager, gdzie: - każda u usług dotyczyła systemu informatycznego cechującego się możliwością równoległej pracy minimum 2 000użytkowników;- wartość każdej usługi wynosiła co najmniej 20.000.000 PLN brutto.”

Podsumowując swoje stanowisko odwołujący wskazał, że w przypadku odmowy zmiany warunków udziału nie jest w stanie złożyć oferty co bezpośrednio naraża jego na poniesienie

szkody. W jego ocenie odwołanie zasługuje na uwzględnienie w rozumieniu art.192 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 23 kwietnia 2013r. na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie to jest pismo z dnia 22 kwietnia 2013r., w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W szeroko przedstawionej argumentacji za oddaleniem odwołania w szczególności podniósł co następuje.

Wskazał na podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia ustawy pzp to jest art.7 ust.1, art. 22 ust.1 pkt 2 , art.22 ust.4 i art.29 ust.2, z którymi to zarzutami całkowicie się nie zgadza w szczególności z następujących powodów.

Co do zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia a odnoszącego się do zapisów Sekcji II.1.5.Ogłoszenia o zamówieniu „Krótki opis zamówienia lub przedmiotu zakupu”.

Kwestionowane zapisy odnosiły się do konieczności uwzględnienia przy realizacji zamówienia posiadanych oprogramowań w tym oprogramowania IBM FileNet Content Manager.

Odnosząc się w tym zakresie do argumentacji odwołania, zamawiający wyjaśnia, że z powodu prowadzenia postępowania w trybie przetargu ograniczonego na etapie aktualnym to jest przed złożeniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie ma możliwości prawnych bardziej szczegółowego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Dopiero na etapie przedstawienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na wszystkie wątpliwości wykonawców będzie mógł dokonać stosownych wyjaśnień czy w szczególności szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w szczególności z postawionym w odwołaniu zarzutem braku wskazania na prawo wykonawców do równoważnych rozwiązań.

Zamawiający wskazał również, że w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu brak norm odpowiednich do art.29 ust.3 ustawy pzp odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia. Tak więc w ocenie zamawiającego opisując warunki udziału nie ma obowiązku każdorazowo podając konkretne rozwiązania techniczne np. używając nazwy producenta oprogramowania informatycznego używać słowa „lub równoważny”.

Dalej zamawiający zwrócił uwagę, że wskazanie na oprogramowanie producenta IBM jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy co do posiadanego oprogramowania, a to celem ułatwienia wykonawcom przygotowania oferty w sposób zapewniający zgodność posiadanych rozwiązań z oczekiwanym przedmiotem zamówienia. Informacja o posiadanym wyposażeniu technicznym ma to ułatwić przygotowanie wykonawcom oferty.

Podsumowując tę część odniesienia się do zarzutu odwołania zamawiający wskazał, że opis przedmiotu zamówienia w zaskarżonym Ogłoszeniu o zamówieniu ma na celu przede wszystkim ma umożliwić ocenę czy wymagania co do sposobu oceny spełnienia warunków

udziału w postępowaniu są związane z przedmiotem zamówienia i są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Ponadto przedstawiając wydruk ze strony internetowej odwołującego zamawiający wskazał "Licencje na oprogramowanie IBM FileNet Content Manager stanowią element platformy IBM FileNet P8, będącej znanym i cenionym na świecie rozwiązaniem z obszaru Enterprise Content Manager, używane przez duże i bardzo duże przedsiębiorstwa (...) wysoka elastyczność oraz konfigurowalność, zapewniające możliwość samodzielnego rozwoju(...), przedkładając w poczet dowodów wydruk ze strony internetowej odwołującego Comarch.

Zamawiający nie oczekuje od wykonawców zaoferowania licencji na produkty IBM FileNet, podobnie jak nie oczekuje dostarczenia infrastruktury sprzętowej oprogramowania systemowego czy bazodanowego. Przedmiotem zamówienia jest jedynie opracowanie, wykonanie i wdrożenie systemu archiwum wraz ze świadczeniem gwarancji i usług utrzymaniowych.

Zagadnienie czy wskazanie przez zamawiającego nazwy oprogramowania, z którym współpracować ma zamawiany system informatyczny, nie stanowi nieuprawnionego ograniczenia konkurencji, była kilkakrotnie przedmiotem oceny KIO i na tę okoliczność zamawiający wskazał szereg wyroków Izby.

Zamawiający podsumowując zarzut stwierdza, że odwołujący jest jednym z kilku mu znanych wykonawców, którzy są najstarszymi partnerami platformy FileNet. Tym bardziej nie może powoływać się na interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ ma możliwość złożenia oferty. Bowiernie takie sformułowania nie stanowią dla odwołującego przeszkody w złożeniu oferty.

Co do zarzutu drugiego odnoszącego się do warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu oceny spełnienia tych warunków.

Co do wymogu doświadczenia na platformie File Net Content Manager to argumentacja użyta na odparcie zarzutu pierwszego jest aktualna również co do odparcia przedmiotowego zarzutu.

Zdaniem zamawiającego, koniecznym warunkiem, jest doświadczenie w budowie i w wdrażaniu systemu archiwizacji opartego o system programistyczny IBM, ponieważ takie rozwiązania funkcjonują u zamawiającego. Inne doświadczenia wykonawcy byłyby nieprzydatne.

Co do warunku wykonania co najmniej dwóch projektów o wartości 20 mln złotych każdy, to ma to na celu zapewnienie zamawiającego, że wykonawca wykonywał porównywalne projekty do przedmiotowego. Bowiernie wartość przedmiotowego zamówienia to kwota ponad

20 milionów złotych. Dlatego też zamawiający uważa, że bez znaczenia są porównywania odwołującego z innymi wymaganiami i tam określonymi innymi kwotami, ponieważ przy wiedzy i doświadczeniu wykonawcy ważny jest związek z przedmiotem zamówienia i proporcjonalność warunku, a to jest w ogłoszeniu o zamówieniu spełnione.

Nie mają związku ze sobą zdolność co do wiedzy i doświadczenia ze zdolnością finansową i ekonomiczną wykonawcy, które mają dać gwarancję zamawiającemu wykonania zamówienia w zakresie niezbędnego potencjału finansowego i ekonomicznego wykonawcy.

Również zamawiający uważa, że mogą być inne wartości realizowanych zamówień dla samego wykonawcy jak i jego personelu, ponieważ są to dwie odrębne sfery działalności i doświadczeń. Podobnie wymagania dla projektanta, architekta czy kierownika testów nie są wymagane doświadczenia przy wdrażaniu systemu archiwizacji dokumentów. Reasumując z uwagi na inny zakres obowiązków i kompetencji wymagania różnią się pomiędzy wykonawcą a personelem przy pomocy, którego będzie realizowane zamówienie, ponieważ inna jest skala zadań poszczególnych uczestników realizacji zamówienia.

W tym stanie rzeczy zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Co do prawa do odwołania.

Odwołujący posiada prawo do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którą środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Oceniając prawo odwołującego do wniesienia odwołania Izba stwierdza, że spełnia on wszystkie przesłanki warunkujące to prawo a określone w cytowanym powyżej art.179 ust.1 ustawy Pzp. I tak odwołujący spełnia przesłankę interesu w uzyskaniu danego zamówienia, ponieważ jest funkcjonującym na rynku podmiotem w branży informatycznej i oczywistym jest, że może być zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Co do wyczerpania przesłanki poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy, to odwołujący może ponieść szkodę w wyniku nie uzyskania zamówienia to jest nie uzyskania dochodu z wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał na naruszenie ustawy Pzp przy określeniu warunków udziału w postępowaniu. Celem tych przepisów jest przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zapewnienie weryfikacji

kwalfikacji osób wykonujących zamówienie w związku z określonym przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Odwołujący we wniesionym odwołaniu domaga się ograniczenia wymogów co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które wzajemnie się wykluczają jak i wskazują na uprzywilejowaną pozycję innych dostawców, których oprogramowanie funkcjonuje u zamawiającego a w szczególności dotyczy to IBM. Odwołujący powołując się na brak możliwości spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu uzasadnia swoje prawo do wniesienia odwołania. Tak więc odwołujący mając w perspektywie uzyskanie zaproszenia do składania ofert ma prawo wnieść odwołanie powołując się na naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, przez które to naruszenie nie ma szans uzyskania zamówienia.

Izba ustaliła

Odwołujący wnosząc o uwzględnienie odwołania podniósł naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art.7 ust.1 ;art.7 ust.1 w zw. z art.22 ust.1 pkt 2; art.22 ust.4; Art.7 ust.1 i art. 29 ust.2 przez postawienie wymogów co do warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia.

Co do opisu przedmiotu zamówienia to w Sekcji II.1.5. „Krótki opis zamówienia lub zakupu przedmiotu zamówienia” zamawiający określił: „Przedmiotem zamówienia jest budowa i wdrożenie w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych systemu Archiwum dokumentów papierowych i elektronicznych”.

Z krótkiego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że „ Przedmiotem zamówienia jest opracowanie, wykonanie i wdrożenie rozwiązania dla Centrali Zakładu oraz jego jednostek terenowych systemu archiwum wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów wraz ze świadczeniem gwarancji i usług utrzymaniowych. Budowany system będzie posiadał minimum 10 000 użytkowników. **Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić posiadane przez ZUS licencje na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNet Content Manager.** Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić integrację m.in. z systemami obiegu dokumentów Zakładu (Elektroniczna Platforma Wymiany Danych oraz Elektroniczny System Obiegu Dokumentów), a także migracji danych z minimum sześciu obecnie wykorzystywanych przez Zamawiającego systemów informatycznych.

Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić szczegółowe opracowanie koncepcji infrastruktury sprzętowej. – w ramach zamówienia nie będzie dostarczana szczegółowa infrastruktura sprzętowa. Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić opracowanie i dostarczenie szczegółowej dokumentacji projektowej, a także przygotowanie i przeprowadzenie szkoleń/warsztatów w zakresie administracji systemu, administracji baz danych, użytkownika systemu, obsługi wsparcia użytkownika (Help Desk).”

Z kolei co do określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków to zarzuty odnoszą się do Ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji III.2.3. „kwalifikacje techniczne” w pkt 1 „I. Warunki posiadania wiedzy i doświadczenia wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków: „Wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonali co najmniej 2 usługi polegające na opracowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów, opartego o rozwiązania IBM FileNet Content Manager, gdzie: - każda z usług dotyczyła systemu informatycznego cechującego się możliwością równoległej pracy minimum 2 000 użytkowników;- wartość każdej usługi wynosiła co najmniej 20.000.000 PLN brutto. Powyższe wymagania zostały również powtórzone we wzorze Wykazu wykonanych usług stanowiącym załącznik Nr 4 do Ogłoszenia o zamówieniu.

W związku z tak powyżej sformułowanym wymogiem w zakresie wiedzy i doświadczenia w ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art.7 ust.1 i art. 22 ust.1 pkt 2 oraz art.22 ust.4 ustawy Pzp.

Jako dowód na brak konsekwencji w formułowaniu wymogów odwołujący wskazuje z kolei w zakresie wymaganych kwalifikacji personelu gdzie nie ma już mowy o doświadczeniu w postaci udziału w projekcie polegającym na opracowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów opartym o rozwiązania „IBM File Net Content Manager”.

Odwołujący zakwestionował również wartość wymaganych usług na spełnienie wymogu doświadczenia i wiedzy przez wykonawcę. Wnioskuje o posiadanie doświadczenia w zakresie dwóch usług, ale tylko jedna z usług powinna być usługą o wartości co najmniej 10.000.000 zł a nie dwie usługi i każda z nich o wartości co najmniej 20.000.000 złotych.

Jako brak konsekwencji w tym zakresie odwołujący wskazał inne zapisy ogłoszenia o zamówieniu co do wymaganego doświadczenia osób mających wykonać zamówienie gdzie ich doświadczenie jest relatywnie niższe niż wymagane doświadczenie od wykonawcy. I tak np.: Kierownik projektu brał udział w realizacji zamówień gdzie co najmniej jedno z nich miało wartość minimum 10.000.000zł. I tak podobnie kształtują się wymogi co do kolejnych osób: analityków, projektanta, architekta, kierownika testów.

Podsumowując zastrzeżenia w tym zakresie wykonawca stwierdza, że wartości dla osób przy pomocy których wykonawca ma wykonywać zamówienie są znacznie niższe oraz

wymaga się tych wartości tylko dla jednego zamówienia, a nie co najmniej dla dwóch jak wymaga się od wykonawcy w zakresie posiadanego doświadczenia.

Jako kolejny przykład odwołujący podał wymogi w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej gdzie zamawiający postawił wymóg posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 5.000.000zł i średniego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych na poziomie 15 mln. zł. za każdy rok obrotowy. W związku z tym również porównując wymogi w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej z wymogami w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący dostrzega także brak konsekwencji zamawiającego w poziomie wymaganych kwot to jest zawyżenia wymogu w zakresie wiedzy i doświadczenia do poziomu 20.000.000.zł co najmniej dwa projekty.

Na tak przedstawionej argumentacji odwołujący żąda modyfikacji w zakresie wiedzy i doświadczenia formułując wartość „co najmniej jednej usługi wynosiła minimum 10 000 000 PLN brutto a nie jak dotychczas w Ogłoszeniu o zamówieniu to jest „wykonali co najmniej 2 usługi polegające na opracowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów, opartego o rozwiązania IBM FileNet Content Manager, gdzie: - każda u usług dotyczyła systemu informatycznego cechującego się możliwością równoległej pracy minimum 2 000użytkownikow;- wartość każdej usługi wynosiła co najmniej 20.000.000 PLN brutto.”

Odwołujący również złożył oświadczenie, że w przypadku odmowy zmiany warunków udziału nie jest w stanie złożyć oferty co bezpośrednio naraża jego na poniesienie szkody.

Z kolei zamawiający swoje stanowisko sformułował w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wnosząc o nie uwzględnienie zarzutów jak w pozostałym zakresie. Co do warunku wykonania co najmniej dwóch projektów o wartości 20 mln złotych każdy, to ma to na celu zapewnienie zamawiającego, że wykonawca wykonywał porównywalne projekty do przedmiotowego. Bowiem wartość przedmiotowego zamówienia to kwota ponad 20 milionów złotych. Dlatego też zamawiający uważa, za bez znaczenia są porównywania odwołującego z innymi wymaganiami i tam określonymi innymi kwotami, ponieważ przy wiedzy i doświadczeniu wykonawcy ważny jest związek z przedmiotem zamówienia i proporcjonalność warunku, a to jest w ogłoszeniu o zamówieniu spełnione.

Nie mają związku ze sobą zdolność co do wiedzy i doświadczenia ze zdolnością finansową i ekonomiczną wykonawcy, które mają dać gwarancję zamawiającemu wykonania zamówienia w zakresie niezbędnego potencjału finansowego i ekonomicznego wykonawcy.

Również zamawiający uważa, że mogą być inne wartości realizowanych zamówień dla samego wykonawcy jak i jego personelu, ponieważ są to dwie odrębne sfery działalności i doświadczeń. Podobnie wymagania dla projektanta, architekta czy kierownika testów nie są wymagane doświadczenia przy wdrażaniu systemu archiwizacji dokumentów. Reasumując z uwagi na inny zakres obowiązków i kompetencji wymagania różnią się pomiędzy wykonawcą a personelem przy pomocy, którego będzie realizowane zamówienie, ponieważ inna jest skala zadań poszczególnych uczestników realizacji zamówienia.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu sformułowanego co do wymaganego doświadczenia wykonawcy w zakresie budowy systemu archiwizacji dokumentów w oparciu o system IBM.

Co do zarzutu uwzględnienia w krótkim opisie przedmiotu zamówienia okoliczności posiadania systemu IBM i innych systemów

Zarzut nie został uwzględniony.

Rozpatrując zarzut naruszenia art.7 ust.1 i art. 29 ust.2 ustawy Pzp w zakresie w jakim zapisy Ogłoszenia o zamówieniu odnoszą się do sformułowania „**Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić posiadane przez ZUS licencje na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNet Content Manager**”, Izba nie stwierdza aby kwestionowany zapis naruszał uczciwą konkurencję, ponieważ zamawiający tym zapisem informuje potencjalnych wykonawców o posiadanym wyposażeniu informatycznym to jest o oprogramowaniu, przy pomocy którego zamawiający wykonuje zadania.

Izba powyższemu zapisowi Ogłoszenia o zamówieniu nie przyznaje statusu świadczącego o ograniczeniu uczciwej konkurencji. Zresztą zamawiający na rozprawie oświadczył, że nie zachodzi potrzeba nabycia licencji od firmy IBM przez wykonawców biorących udział w postępowaniu i wykonawcy nie będą musieli wejść w relacje handlowe z firmą IBM, jeżeli będą chcieli złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ (...) „Zamawiający posiada wszelkie prawa autorskie, wszelkie kody, ma wykupione wsparcie technologiczne tego rozwiązania i oświadcza, że nie będzie kosztów po stronie wykonawców aby zrealizować bez jakiegokolwiek zgody od IBM. Niemniej potwierdza, że poszczególne platformy technologiczne np. File Net różnią się od siebie i trzeba znać technologię.”

W związku z tym nie uwzględniono żądań odwołującego co do zmiany postanowień w następujący sposób, że „Realizacja zamówienia będzie mogła uwzględnić posiadane przez ZUS licencje na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNetContent Manager” lub „Realizacja zamówienia będzie musiała uwzględnić posiadane przez ZUS licencje na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNet Content Manager, z zastrzeżeniem, że Zmawiający dopuszcza realizację zamówienia w oparciu o rozwiązania równoważne zastępujące posiadane przez zamawiającego (w tym zastępujące IBM FileNet Content Manager)”.

Zarzut naruszenia art.7 ust.1 i art. 29 ust.2 ustawy Pzp nie został uwzględniony.

Natomiast Izba uznaje zarzut, że bezpodstawnym jest wymaganie doświadczenia w zakresie usług polegających na opracowaniu i wdrożeniu systemu informatycznego wykorzystywanego do archiwizacji dokumentów „opartego o rozwiązania IBM FileNet Content Manager”.

Słusznie odwołujący stawia żądanie skreślenia tego wymagania, ponieważ przedmiotem zamówienia nie jest rozbudowa systemu opartego o licencje i oprogramowanie IBM tylko opracowanie nowego systemu archiwizacji z uwzględnieniem posiadanych przez ZUS licencji na oprogramowanie, w szczególności IBM FileNet Content Manager. Zresztą takiemu stanowi rzeczy nie zaprzeczył zamawiający. Natomiast za utrzymaniem tak sformułowanego warunku doświadczenia przedstawił pogląd, z którego wynika, że zdaniem zamawiającego, koniecznym warunkiem, jest doświadczenie w budowie i w wdrażaniu systemu archiwizacji opartego o system programistyczny IBM, ponieważ takie rozwiązania funkcjonują u zamawiającego. Inne doświadczenia wykonawcy byłyby nieprzydatne. Takiego stanowiska Izba nie podziela, ponieważ utrzymanie tego wymogu wskazywałoby na rozwiązania IBM w budowie systemu archiwizacji dokumentów.

Poza tym skoro przedmiotem zamówienia nie jest rozbudowa tylko budowa nowego oprogramowania z uwzględnieniem posiadanych oprogramowań to brak podstaw do stawiania wymogu doświadczenia i wiedzy w zakresie wykazania się usługami budowy oprogramowania archiwizacji dokumentów w oparciu o rozwiązania „IBM File Net Content Manager” na tej podstawie, że u zamawiającego wykorzystuje się oprogramowanie IBM.

Izba taki wymóg posiadanego doświadczenia uznała za nieuprawniony nakazując dokonania stosownych wykreśleń wskazanych w sentencji wyroku.

W tym zakresie odwołujący wykazał naruszenie przez zamawiającego art.7 ust.1 i art. 22 ust.1 pkt 2 oraz art.22 ust.4 ustawy Pzp.

Co do zarzutu kwotowych wymagań posiadanego doświadczenia zawodowego.

Izba z kolei nie uwzględniła kolejnego zarzutu odnoszącego się do naruszenia art.7 ust.1 i art. 22 ust.1 pkt 2 oraz art.22 ust.4 ustawy Pzp co do wysokości wymaganego doświadczenia zawodowego w zakresie wielkości wykonanych kontraktów to jest dwóch kontraktów po 20 milionów złotych każdy z zamianą według żądania odwołującego na dwa kontrakty ale tylko jeden z wymaganą wielkością kwotową zamówienia i to na kwotę 10 milionów złotych jeden z dwóch kontraktów.

Przedewszystkim za miarodajną argumentacją Izba uznała okoliczność podnoszoną przez zamawiającego, że przewidywana wartość zamówienia wynosi ponad 20 milionów złotych.

Co do zasady również brak przeszkód w określeniu wykonania dwóch takich kontraktów jako podstawa do stwierdzenia nabycia doświadczenia. Tym bardziej, że nieprzekonywująca jest argumentacja odwołującego o bezzasadności wymagań zamawiającego. I tak od osób wykonujących czynności nie wymaga się udziału w kontraktach na poziomie 20 milionów złotych tylko w niższych wartościowo kontraktach. Bowiem w ocenie Izby czym innym jest doświadczenie wykonawcy, a czym innym jest doświadczenie osób uczestniczących w zamówieniu. Wykonawca odpowiada za całość prac, a osoba wykonująca za określony odcinek prac z całego zamówienia. Również zdolność finansowa i ekonomiczna służy innym celom niż wymagane doświadczenie pod kątem wielkości finansowej zamówienia. Zdolność ekonomiczna i finansowa służy badaniu możliwości ekonomicznych i finansowych do realizacji zamówienia. Natomiast doświadczenie zawodowe jest szerszym pojęciem, ponieważ odnosi się nie tylko do potencjału finansowego i ekonomicznego wykonawcy ale również do jego potencjału organizacyjnego, technicznego, technologicznego, zaopatrzeniowego, załogowego i szeregu innych wyznaczników decydujących o możliwościach wykonania zamówienia w sposób merytoryczny prawidłowy oraz w założonym terminie realizacji zamówienia.

Stąd w ocenie Izby różnice kwotowe pomiędzy wymaganym doświadczeniem zawodowym, doświadczeniem osób wykonujących zamówienie a potencjałem finansowym oraz ekonomicznym są uprawnione i nie powodują skutecznego żądania po stronie odwołującego zrównania tych kwot.

W tym stanie rzeczy podnoszony zarzut nie został uwzględniony.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust. 2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:
.....
.....