

**WYROK**  
z dnia 29 stycznia 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Marek Koleśnikow

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 stycznia 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **Bluesoft Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Krzywickiego 34, 02-078 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa,**

przy udziale

- A) wykonawcy **Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Równoległa 2, 02-235 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**;
- B) wykonawcy **EO Networks S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 78, 03-301 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Bluesoft Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Krzywickiego 34, 02-078 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Bluesoft Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Krzywickiego 34, 02-078 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Bluesoft Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Krzywickiego 34, 02-078 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Biuro Administracyjne, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605**) 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

**Zamawiający Ministerstwo Finansów** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »zakup asysty technicznej Platformy Liferay Portal«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **20.10.2015 r.** pod nrem **2015/S 203-369032**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**Zamawiający** zawiadomił **04.01.2016 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy EO Networks**.

**Wykonawca Bluesoft Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Krzywickiego 34, 02-078 Warszawa**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **14.01.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności **zamawiającego** polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez **wykonawcę EO Networks S.A.**, mimo że oferta ta podlega odrzuceniu z powodu niespełniania warunków określonych w SIWZ.

**Odwołujący** zarzucił **zamawiającemu** naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** w związku z **art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp** oraz w związku z **§ 1 ust. 1 pkt 3** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) przez nieodrzućenie oferty **wykonawcy**, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

**Odwołujący** wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności **zamawiającego** wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie **zamawiającemu** odrzucenia oferty **wykonawcy EO Networks** ze względu na brak wykazania przesłanek określonych w **art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp** – brak wykazania spełniania warunków określonych w SIWZ;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** ponownego wyboru ofert i wybrania oferty **odwołującego** na podstawie **art. 91 ust. 1 Pzp** jako oferty najkorzystniejszej

zgodnie z punktacją przyznaną przez **zamawiającego**, wskazaną w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z **4.01.2016 r.**;

- 4) obciążenie **zamawiającego** kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

#### Argumentacja **odwołującego**

**Zamawiający w pkt II.3 SIWZ** wymagał, aby **wykonawca** wskazał w wykazie oraz złożył poświadczenia, o których mowa w **pkt IX.10.1 SIWZ** na wykonywanie co najmniej, dwóch usług utrzymania lub asysty technicznej serwisu www w technologii Liferay Portal o łącznej wartości 1.000.000 zł lub co najmniej dwóch usług utrzymania lub asysty technicznej serwisu www w technologii Liferay Portal, gdzie liczba stron lub podstron portali wynosi min. 500 stron. Następnie, pismem z **12.11.2015 r.** **zamawiający** doprecyzował ten wymóg przez nadanie mu treści „Warunek zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wskaże w wykazie co najmniej 2 usług utrzymania/asysty technicznej serwisu www w technologii Liferay Portal o łącznej wartości 1 000 000,00 zł lub co najmniej 2 usług utrzymania/asysty technicznej serwisu www w technologii Liferay Portal, gdzie liczba serwisów internetowych wynosi minimum 500 (przy czym w jednej organizacji Liferay Portal może być obsługiwanych kilka serwisów, a Serwis internetowy, rozumiany jest jako grupa powiązanych ze sobą logicznie stron internetowych)”.

**Wykonawca EON** złożył na potrzeby przedmiotowego przetargu, wykaz składający się z dwóch pozycji i prawdopodobnie dwóch referencji, przy czym tej ostatniej okoliczności nie sposób potwierdzić z racji na objęcie wyjaśnień i uzupełnień **wykonawcy EON** tajemnicą przedsiębiorstwa i jej utajnienie przez **zamawiającego**. Udostępniona **odwołującemu** jest jedna pozycja z wykazu wraz z jednymi referencjami.

Nie sposób uznać, że jest to zgodne z **postanowieniami SIWZ**. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że wbrew treści oświadczenia **wykonawcy EON**, odbiorcą usługi zrealizowanej przez **wykonawcę EON** nie był **zamawiający Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich**, ale **spółka Comp S.A.**, jako podmiot, który zlecił **wykonawcy EON** realizację określonej w wykazie w opisie przedmiotu zamówienia usługi. **Wykonawca EON** sam wskazuje, że był kontrahentem **spółki Comp S.A.**, zatem nie wykonywał usług bezpośrednio dla **zamawiającego CRZL**.

W dalszej kolejności, nawet gdyby przyjąć, że usługa została wykonana przez **wykonawcę EON** dla **zamawiającego CRZL**, to treść referencji w żaden sposób nie potwierdza przedmiotu zamówienia opisanego w wykazie ani wymaganego w **SIWZ**. Więcej, można podejrzewać, że wykaz odnosi się do innej czynności niż objęta referencjami.

Opis przedmiotu zamówienia z wykazu wskazuje na „zbudowanie, utrzymanie i rozwój szeregu serwisów” dla publicznych służb zatrudnienia. Tymczasem treść referencji wskazuje,

że w ramach umowy wykonany został „Wortal PSZ będący centralnym serwisem internetowym Publicznych Służb Zatrudnienia”. Zatem, zgodnie z interpretacją językową oraz logiczną, realizacja nie obejmowała wykonania szeregu serwisów, a jedynie serwis internetowy.

Doprecyzowanie w dalszej treści referencji wskazuje także konkretnie jakie prace wykonał **wykonawca EON** – i tak są to: analiza wymagań, opracowanie projektu funkcjonalno-technicznego, wykonanie Portalu PSZ i jego wdrożenie, proces szkoleniowy. W żadnej mierze nie można uznać, że treść referencji potwierdza wykonanie „szeregu serwisów”, jak to opisał to **wykonawca EON** w wykazie. Co więcej, treść wykazu oraz referencji w miejscu opisującym czynności wykonane przez **wykonawcę EON** nie potwierdza, że **wykonawca EON** wykonywał usługę utrzymania lub asysty technicznej serwisu www.

Podobnie, treść referencji opisującej cały projekt również nie wskazuje, aby w ramach tej umowy wykonywane były usługi utrzymania lub asysty technicznej. Wreszcie należy zauważyć, że zgodnie z treścią referencji, realizacja zamówienia obejmowała wykonanie jedynie modułów Portalu PSZ – wykonanie profilowanej strony WWW. Nie można powyższego utożsamiać z wykonaniem szeregu serwisów, skoro zgodnie z treścią referencji był to jedynie jeden moduł w postaci strony WWW. Treść referencji wyraźnie wskazuje na wykonanie jednej strony WWW ze względu użycia liczby pojedynczej.

**Odwolujący** zwraca uwagę i podkreśla, że w żaden sposób nie jest możliwe utożsamianie usługi „utrzymania lub asysty technicznej” z usługami wykonania, wdrożenia Portalu PSZ.

Usługi wykonania, wdrożenia portalu mogą polegać na jego zaprojektowaniu, zaprogramowaniu, przetestowaniu, wdrożeniu na środowisko testowe, a po przetestowaniu – wdrożeniu produkcyjnym do korzystania przez użytkowników. Z kolei usługa „utrzymania lub asysty technicznej” polega na przejęciu do bieżącej obsługi wykonanego i używanego portalu. Utrzymanie lub asysta techniczna wiąże się z wykonywaniem czynności polegających na przykład na usuwaniu błędów, problemów technicznych, awarii, wykonywaniu czynności serwisowych i jest czymś innym niż wdrożenie. W szczególności podmiot, który wykonuje wdrożenia może nie mieć odpowiednich zasobów do wykonywania utrzymania i odwrotnie.

Na potrzeby wdrożenia konieczne jest zapewnienie odpowiednich zasobów kadrowych – programistów, architektów oprogramowania, zaś na potrzeby utrzymania lub asysty technicznej należy zapewnić personel zajmujący się dokonywaniem innych czynności, pracujących w innym trybie. Co więcej, o ile usługa wdrożenia wiąże się z koniecznością wykonania danego projektu w danym terminie, czyli jest umową rezultatu lub o dzieło – o tyle

umowa o asystę lub utrzymanie jest umową starannego działania – usługą realizowaną w sposób ciągły. Wymaga zapewnienia personelu, który jest w stanie pełnić dyżury, być dostępnym *etc.* **Wykonawca** musi inaczej stworzyć skład zespołu dostosowując go do konieczności zapewnienia reakcji w określonym terminie. Tego typu usługi i umiejętności nie są konieczne w trakcie wdrożenia, a zatem doświadczenie i wiedza z zakresu wdrożenia jest czymś innym niż wiedza i doświadczenie z utrzymania lub asysty.

Już sama treść opisu czynności wykonanych przez **wykonawcę EON** wskazuje, że prace miały charakter związany wyłącznie z wdrożeniem. Przykładowo „analiza wymagań” to nic innego jak ocena czego dany **zamawiający** potrzebuje. W referencyjnym projekcie następowало to przez wywiady z użytkownikami tego **zamawiającego**. „Opracowanie projektu funkcjonalno-technicznego” to nic innego jak przeniesienie wyniku wywiadu z użytkownikami na postać listy rezultatów tych odpowiedzi – najczęściej w formie dokumentu zawierającego listę oczekiwanych przez użytkowników funkcjonalności. Na tej podstawie (tych przedstawionych w liście w wywiadzie wymagań, opisanych następnie w formie raportu z badania) wykonano wdrożenie Wortalu i przeszkolono użytkowników z obsługi Wortalu. W żadnej części referencji nie wskazano, że doszło do zapewnienia usługi utrzymania lub asysty technicznej dla wortalu, a powyższe czynności nie mogą być utożsamiane z utrzymaniem lub asystą, gdyż analizowanie potrzeb i wykonywanie ankiet wśród użytkowników nie jest asystowaniem lub utrzymywaniem serwisu.

Na osobną uwagę zasługuje, że w skład wskazanego w wykazie i referencjach Wortalu PSZ, zgodnie z informacją przekazaną **10.08.2015 r.** przez **Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej**, które jest podmiotem administrującym tym wortalem, wchodzi jedynie 57 witryn, z czego jedynie 54 witryny są zewnętrzne i mogą być uznane za odpowiadające serwisom internetowym, o którym traktuje wymaganie **zamawiającego** zawarte w **SIWZ**, co w żaden sposób nie oznacza spełnienia przez **wykonawcę EON** spełnienia wymogów, gdyż nie został osiągnięty wymagany przez **zamawiającego** próg **500 „serwisów internetowych”** (gdzie Serwis internetowy, rozumiany jest jako grupa powiązanych ze sobą logicznie stron internetowych).

Dowód: Informacje powszechnie dostępne w dokumentacji postępowania – dokument uzupełnień **SIWZ z 10.08.2015 r.** (odpowiedź 28 na stronie 9)

<http://www.mpips.gov.pl/download/gfx/mpips/pi/defaultopisyf9306/3/1/Wyjasnienie%20tresci%20SIWZ.pdf>

Dodatkowo, powyższe fakty odnośnie faktycznej liczby serwisów internetowych zostały potwierdzone przez Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej (MRPiPS) przez ogłoszenie **15.07.2015 r.** postępowania na „Świadczenie usług dla internetowego serwisu informacyjnego Publicznych Służb Zatrudnienia – Wortal PSZ”, którego przedmiotem

zgodnie z **SIWZ** jest m. in. „uruchomienie kolejnych witryn PUP i WUP w ramach Wortalu PSZ” (ponad 57, które udało się uruchomić od początku wdrożenia do **10.08.2015 r.**). **7.10.2015 r.** MRPiPS podpisało umowę na realizację ww. usług z wybranym wykonawcą, którym nie został **wykonawca EON**.

Źródło: informacje powszechnie dostępne pod adresem

<http://www.mpips.gov.pl/bip/zamowienia-publiczne/postepowanie-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/swiadczenie-uslug-dla-internetowego-serwisu-infomaminego-publicznych-sluzb-zatrudnienia-wortal-psz-znak-sprawy-16dipn2015/>

**Odwolujący** zwraca uwagę, że zgodnie z wyjaśnieniami do treści **SIWZ** zawartymi pod powyższym adresem, dla przedmiotowego portalu była świadczona usługa na utrzymanie i rozwój obowiązująca w okresie od **listopada 2014 do marca 2015 r.** Z kolei przetarg na wdrożenie przedmiotowego portalu został rozstrzygnięty na przełomie **roku 2013 i 2014**. Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami pod adresem: <http://www.parkiet.com/artykuł/1355167.html> „Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, jednostka podległa MRPiPS, wybrało ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Compu, Enigma Systemy Ochrony Informacji (podmiot zależny Compu), EON (podmiot notowany na NewConnect), Tomorrow oraz A.D. Mega Sports w przetargu na wykonanie i wdrożenie Wortalu PSZ (Publicznych Służb Zatrudnienia)”.

Tym samym podano do wiadomości publicznej informację o rozpoczęciu realizacji prac wdrożeniowych na **początku 2014 r.** W świetle metodyki pracy i kolejności wykonania prac, w tym opisanych w referencjach celem wdrożenia należało wykonać analizę – badanie użytkowników, opracować projekt, wykonać Wortal, wdrożyć go, przeszkolić. Z racji na podaną wartość zamówienia i skalę projektu nie jest możliwe, aby wdrożenie nastąpiło w kilka dni i w pozostałym czasie wskazanym w wykazie trwała usługa utrzymania. W szczególności nieprawdziwa jest informacja z wykazu, że usługa utrzymania trwała od **grudnia 2013 do listopada 2014 r.**, bo po pierwsze nie było mowy o utrzymaniu portalu, który nie istniał, po drugie prace były wykonywane co najmniej od **początku 2014 roku**.

Zgodnie z informacjami **zamawiającego** zawartymi w dokumentacji przetargu: Świadczenie usług dla internetowego serwisu informacyjnego Publicznych Służb Zatrudnienia – „Wortal PSZ”, znak sprawy: 16/DI/PN/2015, w wyjaśnieniach do SIWZ można przeczytać że: Wortal PSZ został produkcyjnie uruchomiony **17.11.2014 r.**

Dowód: Wyjaśnienie treści SIWZ (II) z 13.08.2015 r.

<http://www.mpips.gov.pl/download/gfx/mpips/pl/defaultopisy/9306/4/1/Wyjasnienie%20tresci%20SIWZ%20II.pdf> oraz z 10.08.2015 r.

<http://www.mpips.gov.pl/download/gfx/mpips/pl/defaultopisy/9306/4/1/Wyjasnienie%20tresci%20SIWZ%20II.pdf>

Tym samym, jeżeli wdrożenie zostało zakończone w **listopadzie 2014 r.** to w okresie od **grudnia 2013 do listopada 2014 r.** nie mogły być świadczone usługi asysty lub utrzymania dla takiego portalu, jak to zostało wskazane w wykazie złożonym przez **wykonawcę EON**.

Wreszcie, o ile nawet samo wykonanie, wdrożenie Wortalu PSZ mogło mieć wartość ponad **3 000 000 zł**, o tyle z racji na to, że zamówienie dotyczyło wykonania, wdrożenia, to nie można uznać, że spełnione zostało kryterium wartości usługi – gdyż dane zamówienie nie obejmowało usługi utrzymania lub asysty technicznej, a „wykonanie, wdrożenie”, zatem jego wartość nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunków przez **wykonawcę EON**. Ponadto ani w wykazie, ani w tekście referencji **wykonawca EON** nie określił „wartości usługi utrzymania lub asysty technicznej”. W związku z powyższym nie jest możliwe spełnienie sformułowanego przez **zamawiającego** warunku dotyczącego wartości usług.

**Odwolujący** zwraca uwagę na treść wyjaśnień i odpowiedzi na pytania do SIWZ składanych przez **wykonawców** i publikowanych przez **zamawiającego**, co do rozumienia sformułowania serwisów internetowych. Można w nich odczytać nie tylko o doprecyzowaniu rozumienia wymogu ilości stron liczby serwisów, ale także o parametrach działania portalu objętego usługą, która ma być świadczona w efekcie rozstrzygnięcia rozpoznawanego przetargu. Określa przykładowo czas działania, liczby użytkowników, statystyki, które nijak mają się do kwestii wdrożenia, a jedynie wyraźnie wskazują i pozwalają na oszacowanie nakładów prac po stronie **wykonawcy**.

**Odwolujący** zwraca uwagę, że **zamawiający** wymagał wykazania wykonania określonych usług w technologii Liferay. W wykazie **wykonawca** wskazał, że zastosował technologię Liferay Portal, podczas gdy według informacji zawartych na stronach internetowych **wykonawcy EON** jest to technologia odrębna od technologii SeeOn Enterprise Search Engine. Zatem w żaden sposób nie można uznać, że zastosowanie technologii SeeOn oznacza potwierdzenie zastosowania technologii Liferay, lub też **zamawiający** powinien żądać potwierdzenia jaka jest zależność jednej technologii od drugiej.

**Dowód:** opis technologii SeeOn zawarty na stronach **wykonawcy EON** <http://www.eo.pl/seeon-w-skrocie> oraz opis technologii Liferay na stronach **wykonawcy EON** <http://www.eo.pl/liferay-w-skrocie>

**Odwolujący** zwraca uwagę, że **wykonawca EON** na swoich stronach internetowych, w liście klientów, którzy skorzystali z technologii Liferay nie wskazuje klienta CRZL

**Dowód:** <http://www.eo.pl/liferay-nasi-klienci>

Ponadto **odwołujący** zwraca uwagę, że wskazany w referencjach Wortal PSZ wbrew twierdzeniom **wykonawcy EON** nie obsługuje 500 podstron lub portali. Wortal PSZ można



otworzyć pod adresem internetowym: <http://psz.praca.gov.pl>. Wg stanu na **14.01.2016 r.** na stronie <http://psz.praca.gov.pl/wybor-urzedu> wymienione zostało 559 urzędów, ale tylko dla 79 urzędów uruchomione są serwisy (wskazanie za nazwą urzędu linka z tekstem przejdź: np. <http://wroclaw.praca.gov.pl>). Oznacza to, że o ile nawet wykonując portal przewidziano możliwość obsługi ponad 500 serwisów internetowych, o tyle samo wdrożenie i ewentualne świadczona później usługa utrzymania lub asysty technicznej nie obejmowała takiej liczby serwisów internetowych i obejmowało nie więcej niż 79 urzędów lub serwisów. Z informacji dotyczących innego przetargu dotyczącego tego portalu wynika, że portal zawierał 53 witryny:

**Dowód:** Wyjaśnienie treści SIWZ (II) z 2015-08-13

**Odwołujący** zwraca też uwagę, że usługa utrzymania lub asysty technicznej jest usługą o charakterze ciągłym. Jeżeli referencje zostały wystawione w **18.11.2014 r.**, zaś zgodnie z wykazem usługa była realizowana w okresie **od grudnia 2013 do listopada 2014 r.** oznacza to, że **wykonawca EON** zrealizował w tym czasie tylko wdrożenie, które dla tego typu Wortalu musiało trwać co najmniej kilka miesięcy, zaś usługa asysty lub utrzymania nie mogła trwać przez ten sam okres, gdyż wcześniej Wortal PSZ po prostu nie istniał i nie działał, zatem **wykonawca EON** nie dysponuje odpowiednim doświadczeniem, co najmniej kilkumiesięcznym. **Wykonawca** nie mógł wykonywać jej wcześniej albo nie mógł wykonywać takich usług, jakie są wymagana dla potwierdzenia posiadania odpowiedniego doświadczenia.

Wreszcie **odwołujący** zwraca uwagę na samą logiczną i językową wykładnię wymogu postawionego przez **zamawiającego** wykazu i referencji. Skoro **zamawiający** wymagał „Warunek zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wskaże w wykazie co najmniej 2 usług utrzymania lub asysty technicznej serwisu www w technologii Liferay Portal o łącznej wartości 1 000 000 zł lub co najmniej 2 usług utrzymania lub asysty technicznej serwisu www w technologii Liferay Portal, gdzie liczba serwisów internetowych wynosi minimum 500 (przy czym w jednej organizacji Liferay Portal może być obsługiwanych kilka serwisów, a Serwis internetowy, rozumiany jest jako grupa powiązanych ze sobą logicznie stron internetowych)”. Oznacza to, że użycie słowa „**lub**” wskazuje na możliwość podania referencyjnych dwóch usług o wskazanej łącznej wartości lub dwóch usług o określonej liczbie serwisów. Skoro chociażby jedna z pozycji wykazu złożonego przez **wykonawcę EON** jest nieprawidłowa, to warunek postawiony przez **zamawiającego** nie został spełniony przez **wykonawcę EON**, gdyż **wykonawca EON** przedstawił tylko jedną usługę.

**Odwołujący** przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 14.01.2016 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

**Zamawiający** przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **14.01.2016 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

**15.01.2016 r. wykonawca EO Networks S.A. z siedzibą w Warszawie** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**18.01.2016 r. wykonawca Comparex Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **odwołującego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Izba** stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Art. 179 ust. 1 Pzp** brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia **oraz** poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«.

**Przystępujący** po stronie **zamawiającego** stwierdził, że skoro **odwołujący** zarzucał w odwołaniu naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, to wskazanie na rozprawie naruszenia **art. 24 ust. 4 Pzp** powinno zostać potraktowane przez **Izbę** jako rozszerzenie zarzutów. Zgodnie z **art. 192 ust. 7 Pzp Izba** nie powinna orzekać odnośnie zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. **Izba** stwierdza, że **przystępujący** nie wziął pod uwagę, że **odwołujący** zarzucał nie tylko naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, ale wskazał na naruszenie przez **zamawiającego tego przepisu w związku z naruszeniem § 1 ust. 1 pkt 3** rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) i to naruszenie starał się wykazać w odwołaniu. W związku z tym takie nieprecyzyjne wskazanie naruszenia **przepisów ustawy** nie mogło mieć wpływu na orzekanie **Izby**.

**Art. 192 ust. 7 Pzp** brzmi »**Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu**«.

**Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

**§ 1 ust. 1 pkt 3** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) brzmi »W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać, następujących dokumentów [...] wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie«.

**Izba** postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Ponadto **Izba** dopuściła dowody wniesione przez **odwołującego** przy odwołaniu z **14.01.2016 r.**, przy piśmie przygotowawczym **odwołującego** z **26.01.2016 r.** oraz przy piśmie procesowym przystępującego z **26.01.2016 r.** Również **Izba** dopuściła **dowód A** wniesiony przez **odwołującego** na rozprawie – wydruk korespondencji mailowej od zamawiającego (**MPPiSS**) potwierdzający, że ten zamawiający (**MPPiSS**) nie dysponuje umową konsorcjum i nie wie o zakresie usług do wykonania przez poszczególnych członków konsorcjum oraz załącznik do umowy na realizację **wortalu PSZ** potwierdzający liczbę serwisów internetowych, których wdrożenie tamten zamawiający (**MPPiSS**) miał na celu.

**Izba** ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** w związku z **art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp** oraz w związku z **§ 1 ust. 1 pkt 3** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) przez nieodrzuconie oferty **wykonawcy**, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

**Izba** ustaliła, że uzasadnienie odwołania wskazywało na zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** i zaniechanie zastosowania **art. 24 ust. 4 Pzp**, które to przepisy brzmią (**art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**) »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu« i (**art. 24 ust. 4 Pzp**) »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«. Podstawą wysnucia zarzutów przez **odwołującego** było **naruszenie § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) i to **naruszenie odwołujący** starał się wykazać w odwołaniu. Przepis **§ 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane brzmi »W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać, następujących dokumentów [...] wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie«. W związku z tym nie zaszła podstawa braku możliwości orzekania zawarta w **art. 192 ust. 7 Pzp**, który brzmi »Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu«.

**Izba** na wstępie ustaliła, że oprócz sporządzenia specyfikacji z **20.10.2015 r. zamawiający** doprecyzował znaczenie specyfikacji w piśmie z **28.10.2015 r.** udzielając odpowiedzi m.in. na **pytanie nr 26** oraz dokonał zmiany specyfikacji **12.11.2015 r. Pytanie nr 26** było pytaniem ogólnym, które nie odnosiło się do jakiegoś konkretnego fragmentu czy postanowienia **specyfikacji**. Dlatego do późniejszej zmiany **specyfikacji** powinny odnosić się ogólne wytyczne dotyczące interpretacji postanowień **specyfikacji**. Zajmując inne stanowisko należałoby stwierdzić, że po zmianie **specyfikacji** wszystkie wyjaśnienia czy

odpowiedzi **zamawiającego** dotyczące **specyfikacji** należałoby sporządzać na nowo lub w specjalnych pismach oświadczać o utrzymaniu w mocy poszczególnych odpowiedzi.

**Izba** stoi na stanowisku, że **zamawiający** jedynie nie powinien dokonywać ingerencji w treść specyfikacji po upływie terminu składania ofert, co *a contrario* wynika z **art. 38 ust. 4 Pzp**, który brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie«.

**Izba** stwierdza, że w rozpoznawanej sprawie, nie ma znaczenia czy pismo **zamawiającego**, które zostało wystosowane do **wykonawców** lub zamieszczone na stronach internetowych **zamawiającego**, dotyczy zmian **specyfikacji** lub czy odnosi się tylko do sposobu interpretacji postanowień **specyfikacji**, a później interpretacji oświadczeń w ofertach. Ważne jest, że takie pismo **zamawiającego** zostało wystosowane przed upływem terminu składania ofert lub zostało zamieszczone na stronach internetowych przed upływem tego terminu. W takich przypadkach **wykonawca** powinien zastosować się do wskazań zawartych w tych dokumentach **zamawiającego**, ale także sam **zamawiający** procedując z ofertami **musi** stosować się do wszystkich postanowień zawartych w **specyfikacji**, zmianach do **specyfikacji** czy odpowiedziach na pytania dotyczących **specyfikacji**.

W związku z tym, zdaniem **Izby**, należy rozumieć, że w rozpoznawanym postępowaniu **zamawiający** oświadczył, że dopuści **wykonawcę**, który przedstawi wykonane dwóch usług, z których jedna dotyczyła budowy portalu, a druga dotyczyła utrzymania portalu. Oświadczenie o tym znaczeniu znalazło się w odpowiedzi **zamawiającego** na pytanie **nr 26** z **28.10.2015 r.** Oczywiście każda z tych usług musiała jeszcze spełniać pozostałe warunki szczegółowo opisane w **specyfikacji**.

**Odwolujący** utrzymywał, że – ze względu na przedmiot zamówienia (usługa asysty technicznej) – **zamawiający** powinien kłaść nacisk na utrzymanie portalu, a nie na budowę nowych funkcjonalności i dlatego **zamawiający** oraz **wykonawcy** powinni się skupić na wykazaniu doświadczenia dotyczącego utrzymania portalu. **Izba** stwierdza, że jednak inaczej na ten temat zostało ustanowione w **specyfikacji** i **wyjaśnieniach** (odpowieź na pytanie **nr 26**). Dlatego po upływie terminu składania ofert **zamawiający** miał obowiązek badania ofert z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie **nr 26**. **Zamawiający** tak uczynił z ofertą **przystępującego** i nie miał prawa wykluczyć tego **wykonawcy**, gdyż w wykazie doświadczenia **wykonawca EON** wykazał posiadanie doświadczenia wykonania zamówień na łączną kwotę o odpowiedniej wartości oraz wykonania zamówień obejmujących minimum 500 stron internetowych.

**Izba** dodaje, że sam udział w wykonaniu zamówienia jako jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia i później jako jeden z podmiotów wspólnie wykonujących zamówienie uprawnia do legitymowania się doświadczeniem nabytym przez wszystkie podmioty wykonujące takie zamówienie. Wynika to z solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia przez wykonawców łącznie ubiegających się o udzielenie zamówienia i później wykonujących umowę, co zostało ustanowione w **art. 141 Pzp**, który to przepis brzmi »Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy«.

Ponadto **przystępujący** wykazał, dowodem załączonym do pisma przystępującego jako **załącznik nr 3**, że wykazywany portal został wykonany w technologii Liferay, a jednocześnie **odwołujący** nie wykazał, że **przystępujący** użył innej technologii.

**Zamawiający** – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....