

Sygn. akt: KIO 1288/11

WYROK

z dnia 30 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2011 r. przez wykonawcę **Dahlmatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-120 Warszawa, ul. Złota 59** w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego, 00-955 Warszawa, Al. Jerozolimskie 7,**

przy udziale:

1. Wykonawcy **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180,**
2. wykonawcy **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1288/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dahlmatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-120 Warszawa, ul. Złota 59 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Dahlmatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-120 Warszawa, ul. Złota 59** tytułem wpisu od odwołania.

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

Bank Gospodarstwa Krajowego, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę i wdrożenie systemu obsługi transmisji masowych dla podmiotów podlegających konsolidacji finansów publicznych (system klasy B2B)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 czerwca 2011 r., nr 2010/S 108-178718.

W dniu 17 czerwca 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 17 czerwca 2011 r.) wobec treści ogłoszenia, kwestionując postanowienia pkt III.2.3) dotyczące minimalnych standardów wiedzy i doświadczenia i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, wyłącznie do podmiotów, które zrealizowały podobne usługi (wdrożenie systemu klasy B2B) w instytucji bankowej lub finansowej, uniemożliwiając udział w postępowaniu wykonawcom, którzy dokonali szeregu wdrożeń w innych instytucjach (w tym państwowych) niebędących instytucjami bankowymi lub finansowymi, ponadto wskazując, iż Zamawiający w treści ogłoszenia nie zdefiniował pojęcia „instytucja bankowa lub finansowa”,
2. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez określenie w ogłoszeniu warunku posiadania doświadczenia, który został nadmiernie uszczegółowiony w stosunku do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiając jednocześnie prawidłową ocenę przez wykonawców, czy warunek ów spełniają – z uwagi na brak definicji „instytucji bankowej lub finansowej” w ogłoszeniu, jak również brak odesłania do jakichkolwiek przepisów definiujących to pojęcie.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. zmianę (względnie nakazanie zmiany) ogłoszenia w pkt III.2.3) w zakresie wymogu posiadania przez wykonawców doświadczenia we wdrożeniu Systemu Klasy B2B w instytucji bankowej lub finansowej, poprzez wprowadzenie warunku posiadania doświadczenia we wdrożeniach do samego faktu

realizacji takiej usługi u nieokreślonego odbiorcy, bez ograniczenia wdrożeń do sektora bankowego lub finansowego,

2. zmianę (względnie nakazanie zmiany) ogłoszenia w pkt IV.1.2) w zakresie przyznawania punktów za wykazanie ilości posiadanego przez wykonawców doświadczenia we wdrożeniu Systemu Klasy B2B w instytucji bankowej lub finansowej, poprzez uzależnienie ilości przyznawanych punktów od ilości zrealizowanych usług u nieokreślonych odbiorców, bez ich ograniczania do sektora bankowego lub finansowego,
3. zmianę (względnie nakazanie zmiany) wymagań kadrowych w ogłoszeniu w dziale III.2.3) „zdolność techniczna” w ppkt II „potencjał kadrowy” pkt.1), poprzez usunięcie wymagań dotyczących doświadczenia personelu wykonawcy w zakresie świadczenia pracy lub usług dla podmiotów wyłącznie z wybranego sektora instytucji bankowych lub finansowych,
4. przedłużenie terminu do składania wniosków w niniejszym postępowaniu,
5. przyznanie Odwołującemu od Zamawiającego kosztów postępowania wywołanego niniejszym odwołaniem.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż z sukcesem wdrożył, utrzymuje i rozwija system klasy B2B spełniający wyspecyfikowane w zamówieniu wymagania u innego zamawiającego, a mianowicie dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, które to wdrożenie nie wpisuje się w wymagania postawione przez Zamawiającego („wdrożenia Systemu Klasy B2B w instytucji bankowej lub finansowej”). Rozwiązanie to jest rozwiązaniem unikalnym w skali kraju i zostało wdrożone w celu obsługi masowych płatności w ilości kilkuset tysięcy transakcji dziennie. Komunikacja B2B pomiędzy Agencją Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa a Narodowym Bankiem Polskim oparta jest o standard ebXML uznany przez Radę Bankowości Elektronicznej. Rozwiązanie to spełnia wszystkie wymagania Narodowego Banku Polskiego dotyczące zabezpieczeń, w tym szyfrowania oraz kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Ograniczenie wymaganego od wykonawców i ich personelu doświadczenia wyłącznie do usług zrealizowanych dla sektora bankowego lub finansowego jest sprzeczne z art. 7 ustawy Pzp, gdyż istotą posiadania doświadczenia jest wykazanie się wykonywaniem określonych czynności, a nie ich wykonywanie dla określonego odbiorcy lub w określonym miejscu.

W dniu 20 czerwca 2011 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 24 czerwca 2011 r. wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „wykonawca Asseco”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 24 czerwca 2011 r. wykonawca Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Sygnity”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących 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 ustawy Pzp.

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w „Ogłoszeniu o zamówieniu” w sekcji III „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym”, punkt III.2) „Warunki udziału”, podpunkt III.2.3) „Zdolność techniczna” postawił warunek wykazania się przez wykonawcę, iż „w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, z należytą starannością: co najmniej 1 zamówienie polegające na:

- a) wdrożeniu Systemu Klasy B2B w instytucji bankowej lub finansowej lub
- b) utrzymaniu i rozwoju Systemu Klasy B2B w instytucji bankowej lub finansowej, przy czym Zamawiający dopuszcza tylko takie zamówienie polegające na utrzymaniu i rozwoju systemu klasy B2B, w których system ten został wdrożony przez podmiot, który go utrzymuje i rozwija (...).”

Jednocześnie, stosownego doświadczenia (w instytucji bankowej lub finansowej), żądając od osób wskazanych do pełnienia funkcji „kierownika projektu”, „zastępcy kierownika

projektu”, „architekta”, „analityka jakości”, „analityka biznesowego” oraz „konsultanta ds. systemów informatycznych”.

Nadto Zamawiający w sekcji IV „Procedura”, punkt IV.1) „Rodzaj procedury”, podpunkt IV.1.2) „Zdolność techniczna” wskazał, iż „za każde pojedyncze zamówienie spełniające wymagania określone w sekcji III.2.3, w części I „Wiedza i doświadczenie” w pkt 1 lit. a) lub lit. b), potwierdzone dokumentem wskazującym, że zamówienie to zostało wykonane, a w przypadku zamówień, o których mowa w lit. b) polegających na utrzymaniu i rozwoju Systemu Klasy B2B w instytucji bankowej lub finansowej również jest wykonywana należycie, Zamawiający przyzna Wykonawcy 1 punkt, przy czym Wykonawca może otrzymać łącznie maksymalnie 10 punktów przy:

- c) wdrożeniu Systemu Klasy B2B w instytucji bankowej lub finansowej lub
- d) utrzymaniu i rozwoju Systemu Klasy B2B w instytucji bankowej lub finansowej, przy czym Zamawiający dopuszcza tylko takie zamówienie polegające na utrzymaniu i rozwoju systemu klasy B2B, w których system ten został wdrożony przez podmiot, który go utrzymuje i rozwija”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 22 ustawy Pzp określa warunki, jakie musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w myśl ww. przepisu musi m.in. posiadać „(...) niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...)”, a o ich spełnieniu informuje Zamawiającego poprzez złożenie oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków zawartych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, które – w przypadku przetargu ograniczonego - składa wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednak oprócz ustawowych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, które są doprecyzowaniem ogólnych warunków i wynikają ze specyfiki udzielanego zamówienia.

W niniejszym postępowaniu – jak określił Zamawiający - wykonawcy mają się wykazać nie tylko wdrożeniem lub utrzymaniem i rozwojem określonego systemu, a więc systemu określonej klasy, tj. systemu klasy B2B, ale również winni się legitymować jego realizacją na rzecz określonej instytucji, instytucji bankowej lub finansowej, co jest związane z postawionym Zamawiającemu zadaniem, tj. koniecznością konsolidacji finansów państwa, jak i krótkim czasem jaki przewidziano na jego wprowadzenie. Dlatego też Zamawiający – co konsekwentnie podkreślał na rozprawie - wymaga od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem w wykonaniu usługi na rzecz określonych instytucji, a nie jakiegokolwiek instytucji, co ma mu zagwarantować wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczyć do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wyłoniony wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością. Tak

więc umiejętność wykonania zamawianej usługi musi być poparta nie tylko wiedzą, ale i praktyką zdobytą oraz ugruntowaną w trakcie realizacji wcześniejszych tego typu usług. Oferowane rozwiązanie ma bowiem posiadać specjalistyczną funkcjonalność systemu bankowego, pracującego w systemie „podmiot – szereg innych podmiotów”. Ma być bowiem dedykowane oprogramowaniom innych systemów bankowych celem umożliwienia Zamawiającemu realizacji obowiązków wynikających ze znowelizowanej ustawy o finansach publicznych. Tymczasem Odwołujący żąda takiego sformułowania warunku, który pozwoliłby na wykazanie, celem legitymowania się stosownym doświadczeniem, realizacją innego systemu, a mianowicie systemu pracującego w systemie „podmiot – podmiot”, a więc takim doświadczeniem jakie on (Odwołujący) właśnie posiada. Niemniej jednak to Zamawiający decyduje, co stanowi przedmiot zamówienia oraz jakie warunki udziału w postępowaniu powinien spełnić wykonawca, aby móc ubiegać się o określone zamówienie z uwzględnieniem obowiązujących w tym zakresie przepisów. Doświadczenie nabyte przy realizacji usługi na rzecz innej instytucji niż instytucja bankowa i finansowa niewątpliwie różni się od doświadczenia nabytego przy realizacji usługi, co zgodnie podnosili na rozprawie Zamawiający i Przystępujący, takiej jak wymagana jest obecnie przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Przykładowo, powołując się chociażby na konieczność natychmiastowej reakcji w przypadku wystąpienia jakichkolwiek nagłych wahań finansowych, a tym samym koniecznością podjęcia z tym związanych działań.

Istotnie – jak podniósł Odwołujący – kwestionowany warunek może ograniczać konkurencję, niemniej jednak nie czyni tego w sposób nieuczciwy. W przedmiotowym postępowaniu – wbrew twierdzeniom Odwołującego – tak postawiony warunek spełnia co najmniej pięciu wykonawców. Jak wynika z okazanego Izbie protokołu postępowania wnioski złożyło już trzech wykonawców, mimo, iż termin ich składania upływa dopiero w dniu 4 lipca 2011 r. A ponadto dwóch wykonawców, tj. wykonawca Sygnity i wykonawca Asseco, przystąpiło do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, przyznając tym samym, iż warunek ten są w stanie spełnić i są to inni wykonawcy niż ci, którzy złożyli wnioski. Kwestionowany warunek – wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie jest więc warunkiem nadmiernie wygórowanym. Natomiast fakt, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak wymaganego doświadczenia nie świadczy o tym, iż doszło do naruszenia uczciwej konkurencji. Art. 22 ustawy Pzp nie oznacza bowiem, iż do udziału w postępowaniu należy dopuścić wszystkich wykonawców, którzy ewentualnie mogliby wykonać przedmiot zamówienia bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia. Postawiony warunek nie może być zmieniony tylko i wyłącznie z uwagi na to, że nie spełnia go Odwołujący. Warunek ów spełnia bowiem co najmniej kilku wykonawców, co wykazał Zamawiający i Przystępujący, jak również – co zgodnie podkreślały strony oraz uczestnicy postępowania – wielu nawet „małych

wykonawców” realizujących tego rodzaju systemy nawet dla niewielkich podmiotów (banków i instytucji finansowych). Twierdzenia Odwołującego, iż warunek ten spełnia jedynie jeden wykonawca, tj. Sygnity Sp. z o.o., są gołosłowne wobec braku jakichkolwiek dowodów potwierdzających tę okoliczność, mimo iż ciężar dowodu – zgodnie z art. 6 k.c. – spoczywa na osobie, która z określonego faktu wywodzi skutki prawne. Fakt, iż kwestionowanego warunku nie spełnia Odwołujący nie uzasadnia twierdzenia, iż doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy tak postawione wymagania, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, uzasadnione są potrzebami Zamawiającego. Dlatego też Izba uznała, iż nieuprawnionym jest wymaganie od Zamawiającego aby zrezygnował on z własnych interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia, obniżając postawione wykonawcom wymogi w celu umożliwienia ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawcom nie posiadającym odpowiedniego doświadczenia. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do takiego określenia warunków udziału w postępowaniu, aby w danym postępowaniu mogli wziąć udział wszyscy wykonawcy działający na rynku tego rodzaju.

Tym samym Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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: