

Sygn. akt KIO/UZP 641/09,

KIO/UZO 646/09

WYROK

z dnia 28 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Kuciak**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 maja 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **19 maja 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A., ul. Mikołowska, 40-065 Katowice,

B. IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 4, 02-247 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestów:

A Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A., ul. Mikołowska, 40-065 Katowice
z dnia 30 kwietnia 2009 r.

B IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 4, 02-247 Warszawa z dnia 30 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża

- **Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A., ul. Mikołowska, 40-065 Katowice,**

- **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 4, 02-247 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A., ul. Mikołowska, 40-065 Katowice,**
 - B** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 4, 02-247 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 921 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia jeden złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty **1 960 zł 50 gr** (słownie: tysiąc dziewięćset sześćdziesiąt złotych pięćdziesiąt groszy) przez **Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A., ul. Mikołowska, 40-065 Katowice** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i udokumentowanych wydatków z tytułu dojazdu na posiedzenie,
 - B** kwoty **1 960 zł 50 gr** (słownie: tysiąc dziewięćset sześćdziesiąt złotych pięćdziesiąt groszy) przez **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 4, 02-247 Warszawa** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i udokumentowanych wydatków z tytułu dojazdu na posiedzenie,

- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym~~
- ~~A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx~~
 - ~~B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A kwoty 12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) na rzecz **Centralnego Ośrodka Informatyki Górnictwa S.A., ul. Mikołowska, 40-065 Katowice,**
 - B kwoty 12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) na rzecz **IFS Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., ul. Marcina Flisa 4, 02-247 Warszawa.**

U z a s a d n i e

STAN FAKTYCZNY SPRAWY

Zamawiający prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa licencji, instalacja, wdrożenie i utrzymanie zintegrowanego informatycznego systemu zarządzania przedsiębiorstwem (nr referencyjny sprawy: ZP/525/2009).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 kwietnia 2009 r. pod numerem 108970-2009-PL.

W dniu 30 kwietnia 2009 r. obaj odwołujący wnieśli protesty dotyczące postanowień ogłoszenia o zamówieniu.

641/09

PROTEST

I. Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. w proteście zarzucił zamawiającemu naruszenie (zarzuty nie uwzględnione w rozstrzygnięciu protestu, których następnie dotyczyło odwołanie):

- art. 7 ust. 1, art. 22 list. 2 i art. 57 ust. 2 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia oraz w sposób utrudniający konkurencję i uniemożliwiający należyte ustalenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.
- art. 7 ust. 1, art. 22 list. 2 i art. 56 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 2 Pzp poprzez nieokreślenie znaczenia zawartych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu.
- art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez określenie kryterium oceny ofert, które odnosi się do właściwości wykonawcy.
- art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez określenie kryterium „Warunki utrzymania Systemu” z wagą nieproporcjonalnie mniejszą w stosunku do wag pozostałych kryteriów co może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu.

II. Protestujący żądał modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu:

- 1) w części dotyczącej określenia warunków udziału w postępowaniu poprzez:
 - a) określenie wymogów co do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (zrealizowanych zamówień) w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. przez określenie wymogu wykonania co najmniej jednego zamówienia. spośród żądanych w ogłoszeniu zamówień mających za przedmiot wdrożenia systemu klasy ERP lub świadczenie usługi outsourcingu systemu klasy ERP, dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie wydobywania węgla. a także ustalenie takiego sposobu oceny spełniania warunków udziału w zakresie posiadanego doświadczenia. który dla potrzeb ustalenia tzw. listy rankingowej dodatkowo punktował będzie zamówienia wykonane dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie wydobywania węgla mające za przedmiot system klasy ERP lub usługę outsourcingu systemu klasy ERP. wyrównując dysproporcję pomiędzy doświadczeniem wykonawców zdobytym w innych gałęziach przemysłu. a doświadczeniem wykonawców działających w branży górnictwa węgla kamiennego.
 - b) określenie znaczenia zawartych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do doświadczenia wykonawcy (wykonanych zamówień) poprzez ustalenie

górnego pułapu punktowego w ocenie każdego z rodzajów wykonanych zamówień (wdrożenie ERP, wdrożenie hurtowni danych, wdrożenie platformy integracyjnej).

- 2) w części dotyczącej określenia kryteriów oceny ofert poprzez:
 - a) usunięcie kryterium oceny ofert - „Praktyki zarządzania projektami”.
 - b) zwiększenie wagi kryterium „Warunki utrzymania systemu”.

Alternatywnie protestujący żądał unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego.

W uzasadnieniu protestu wskazano, iż treść ogłoszenia narusza zasady udzielania zamówień publicznych przepisane ustawą, podnosząc, co następuje:

Celem ustalania warunków udziału w postępowaniu jest określenie przez Zamawiającego kręgu wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania. posiadających wymagane uprawnienia. potencjał. wiedzę i doświadczenie, którzy w przypadku uzyskania zamówienia zdolni będą do jego należytego wykonania. Umożliwia to osiągnięcie wydatkowania środków finansowych w sposób celowy, oszczędny oraz efektywny, jak również zabezpiecza interes Zamawiającego polegający na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia (tak w: A. Kurowska. M. Sarnawski. G. Wicik. P. Wisniewski. Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów. UZP, Warszawa 2006, s. 9/).

Jednocześnie, niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który będzie uniemożliwiał dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/O). Obowiązkiem Zamawiającego jest zachowanie niezbędnej równowagi pomiędzy swoim interesem polegającym w szczególności na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia. a interesem potencjalnych wykonawców, których nic wolno w drodze wprowadzania nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20 grudnia 2005 r., sygn. akt II Ca 584/05).

Wskazać ponadto należy, iż postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może określać tu wymagań wykraczających ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu Zamawiającego, tj. należytego wykonania zamówienia. Jednakże nie może też nie wymagać określonego doświadczenia w dziedzinach, które objęte są przedmiotem zamówienia, albowiem to uniemożliwiłoby mu ustalenie z należyłą starannością kręgu wykonawców

zdolnych wykonać zamówienie. W piśmiennictwie z zakresu zamówień publicznych podkreśla się, że Zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem, jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy).

Ustalone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, jak i opis oceny spełniania tychże warunków służący ustaleniu tzw. "listy rankingowej" przeczą powyżej wskazanym zasadom.

Wskazać w pierwszej kolejności należy, że przedmiot zamówienia dotyczy podmiotu należącego do specyficznej gałęzi przemysłu jaką jest górnictwo węgla kamiennego. Nadto, zgodnie z opisem zawartym w ogłoszeniu, zamawiany Zintegrowany Informatyczny System Zarządzania Przedsiębiorstwem wspierać ma działalność biznesową Zamawiającego. Działalność ta charakteryzuje się specyficznymi cechami nie występującymi w innych gałęziach przemysłu. Również rozwiązania informatyczne dla tego rodzaju podmiotów, a w tym przyjęta metodologia ich działania oraz implementowania posiada szereg właściwych tylko sobie cech. Model procesów biznesowych charakterystyczny dla korporacji górniczych. W szczególności działających w warunkach głębinowych jest unikalnym podzbiorem procesów zamodelowanych w systemach klasy ERP. koncentrujących się na produkcji przez projekty i harmonogramie głównym (w przeciwieństwie do większości systemów, które opierają się na wzorcach produktowych). Jako niektóre z przykładowych cech charakterystycznych w zakresie wskazanym powyżej można wymienić:

- 1) Specyficzne i dedykowane wsparcie procesu sprzedaży węgla z dedykowanymi kanałami sprzedaży (między innymi instytucja Autoryzowanych Sprzedawców, deputaty węglowe),
- 2) Główny harmonogram firmy dotyczący harmonogramowania produkcji górniczej, który jest podstawą działalności wydobywczej branży i ze względu na technologię i warunki wydobywania surowca jest niepowtarzalny w innej branży.
- 3) Bezpieczeństwo pracowników znajdujących się pod ziemią, które monitorowane jest w systemie rejestracji czasu pracy z mocno dedykowanymi funkcjonalnościami i specyficznym raportowaniem.
- 4) Specyficzne oprogramowanie dla typowo produkcyjnych działów (przygotowanie produkcji, miernictwo, BHP) pozwalające na ewidencję wszelkich danych produkcyjnych służących do rozliczania i monitorowania między innymi harmonogramu produkcji.
- 5) Szereg specyficznych parametrów występujących w różnych obszarach systemu informatycznego, które pozwalają na sporządzanie wymaganych branżowych sprawozdań (między innymi WKS. ITK. SZP, G-OC).

Jednocześnie wskazać należy, że podmiotów działających w branży górniczej jest stosunkowo niewiele biorąc pod uwagę łączną ilość podmiotów gospodarczych w różnych

innych gałęziach przemysłu, jak również tendencję do zmniejszania się ich ilości. Tym samym wykonawcy specjalizujący się w wykonywaniu zamówień z dziedziny informatyki wyłącznie dla podmiotów działających w branży górnictwa węgla kamiennego z pewnością wykonują proporcjonalnie mniej zamówień niż inne podmioty dostarczające rozwiązania informatyczne w innych gałęziach przemysłu, które nie wymagają takiej specyfiki jak wskazywana wyżej.

Tymczasem postawione przez Zamawiającego warunki w zakresie wykonanych zamówień, pomimo specyfiki Zamawiającego jak również przedmiotu zamówienia, całkowicie nie odnoszą się do doświadczenia wykonawców zdobytego przy wdrażaniu systemów podobnych jak zamawiany. Co więcej, oceniając stopień spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dopuścił wykazanie się wykonanymi zamówieniami nie ograniczając w żaden sposób ich ilości maksymalnej (nie określił wag poszczególnych warunków). W istocie zrównanie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w branży górnictwa węgla kamiennego z doświadczeniami innych wykonawców zdobytymi w realizowaniu zamówień informatycznych w innych branżach, jak również nieograniczona ilość zamówień, którymi można się wykazać, powoduje, iż Protestujący pomimo posiadania ogromnego wieloletniego doświadczenia w wykonywaniu przedmiotu zamówienia podobnego jak w przedmiotowym postępowaniu, nie będzie mógł ubiegać się o zamówienie z uwagi na brak możliwości przekroczenia progu 5 wykonawców zapraszanych do złożenia oferty wstępnej. Takie ustalenie warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu ich spełniania stawia protestującego w nierównoprawnej pozycji z innymi dużymi podmiotami ubiegającymi się o przedmiotowe zamówienie, albowiem pomimo posiadania zdecydowanie wystarczającego doświadczenia do realizacji zamówienia, nie będzie on mógł spełnić warunków udziału w postępowaniu z uwagi na specyfikę branży w jakiej działa - w szczególności ilość podmiotów w niej działających na rzecz których można wykonywać zamówienia przekładającą się na odpowiednio mniejszą częstość wykonywanych zamówień. Zważyć w tym miejscu należy, że postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do wykonanych zamówień, które być może w intencji Zamawiającego miały prowadzić do zwiększenia konkurencji w postępowaniu, w istocie tą konkurencję ograniczają stawiając poza kręgiem wykonawców mogących realnie oczekiwać zaproszenia do składania oferty wstępnej, tych którzy posiadają doświadczenie dające rękojmię właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. Czyni to te warunki nieadekwatnymi do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji oznacza, iż wybór wykonawcy nieposiadającego doświadczenia w zakresie specyficznym dla przedmiotu zamówienia spowoduje, iż w tym zakresie wykonany przez niego przedmiot zamówienia będzie eksperymentem. Doświadczenie takiego wykonawcy nie daje zatem Zamawiającemu

rękojmi co do należytego wykonania zamówienia we wszystkich jego częściach, w tym w szczególności tych, które dotyczą zakresu specyficznego wyłącznie dla charakteru działalności prowadzonej przez Zamawiającego. Należy również w tym miejscu wskazać, że pozostawienie poza kręgiem wykonawców zaproszonych do składania oferty wstępnej tego wykonawcy, który ze względu na swe doświadczenie daje szczególną rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia nie tylko narusza konkurencję w postępowaniu, ale też nie zabezpiecza należycie interesu Zamawiającego.

Ponadto postawione warunki udziału w postępowaniu wraz z ich opisem nie pozwalają należycie skwantyfikować posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Nie pozwalają one bowiem należycie porównać doświadczenia wykonawcy specjalizującego się w realizacji zamówień informatycznych dla podmiotów działających w sektorze górnictwa węgla kamiennego z doświadczeniem wykonawcy działającego w innych gałęziach przemysłu.

W tej sytuacji należy uznać, że tak opisane warunki udziału w postępowaniu naruszają przepis art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności wskazać tu także należy na normę wynikającą z art. 57 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą liczba zapraszanych do złożenia oferty wstępnej wykonawców określana w ogłoszeniu o zamówieniu powinna zapewniać konkurencję w postępowaniu.

Zważywszy powyższe należy wskazać, iż Zamawiający powinien dokonać zmiany warunków udziału w postępowaniu i ich opisu w taki sposób, aby możliwe było właściwe porównanie doświadczenia wykonawcy specjalizującego się w wykonywaniu zamówień podobnych do będącego przedmiotem niniejszego postępowania, z doświadczeniem wykonawcy zdobytym w zamówieniach informatycznych wykonywanych dla podmiotów spoza branży górniczej, w szczególności poprzez określenie wymogów co do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (zrealizowanych zamówień) w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. przez określenie wymogu wykonania co najmniej jednego zamówienia. spośród żądanych w ogłoszeniu zamówień mających za przedmiot wdrożenia systemu klasy ERP lub świadczenie usługi outsourcingu systemu klasy ERP, dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie wydobycia węgla kamiennego i ustalenie takiego sposobu oceny spełniania warunków udziału w zakresie posiadanego doświadczenia, który dla potrzeb ustalenia tzw. listy rankingowej dodatkowo punktował będzie zamówienia wykonane dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie wydobycia węgla mające za przedmiot system klasy ERP lub usługę outsourcingu systemu klasy ERP, wyrównując dysproporcję pomiędzy doświadczeniem wykonawców zdobytym w innych gałęziach przemysłu z doświadczeniem wykonawców działających w branży górnictwa węgla kamiennego.

Zamawiający dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonanych zamówień w każdym z ich rodzajów (wdrożenie ERP wdrożenie hurtowni danych. wdrożenie platformy integracyjnej) nie podał ich znaczenia. W treści ogłoszenia wskazano jedynie w jaki sposób będą przyznawane punkty za poszczególne rodzaje wykonanych zamówień.

Brak wskazania znaczenia (wag) poszczególnych kryteriów nie pozwala należycie porównać posiadanego przez wykonawców doświadczenia. Niemożliwym bowiem jest dla przykładu porównanie doświadczenia wykonawcy, które opiera się w znakomitej większości na wykonywaniu jedynie wdrożeń lub świadczenia usługi outsourcingu systemu klasy ERD, z doświadczeniem wykonawcy, który opiera je w znakomitej większości jedynie na wdrożeniu lub usłudze outsourcingu platformy integracyjnej. W efekcie narusza to uczciwą konkurencję w postępowaniu.

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 48 ust. 2 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający powinien w treści ogłoszenia o zamówieniu zamieścić opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego nie uczynił.

Zwyczajowo znaczenie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu wskazuje się poprzez podanie ich wag procentowych względnie poprzez podanie maksymalnego pułapu punktów które można zdobyć w każdym z kryteriów, czego niniejszym żąda Protestujący.

W treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił kryterium oceny ofert - "Praktyki zarządzania projektami". Ponieważ określenie tego kryterium może wskazywać, iż Zamawiający odnosi się w nim do doświadczenia wykonawcy, a więc jego właściwości, protestujący z ostrożności procesowej, chcąc uniknąć skutków zawitego charakteru terminu na wniesienie protestu, wskazuje iż jest ono niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z treścią art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Zważywszy powyższe należy wskazać, iż kryterium to powinno być usunięte z treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, czego żąda Protestujący.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu określił kryterium oceny ofert - "Warunki utrzymania Systemu". W ramach tego kryterium badane będą: poziom dostępności systemu, czas jednostkowej niedostępności systemu, czas reakcji i na zgłoszenie, czas przystąpienia

do pracy nad rozwiązaniem zgłoszonej kwestii, czas skutecznej naprawy błędów, czas odpowiedzi na zapytanie.

Powyższe kryterium ma bardzo niską wagę (znaczenie) w stosunku do kryterium ceny oraz stopnia spełnienia wymagań do Systemu. W tej sytuacji spowoduje to, iż wykonawca należycie sporządzający ofertę określi właściwe (krótkie) poziomy czasu reakcji na zgłaszane przez Zamawiającego problemy, co wpłynie na pogorszenie konkurencyjności jego oferty w kryterium ceny. Nie jest wykluczone jednak, że wykonawcy określą termin reakcji na tyle długi, iż z jednej strony Zamawiający nie będzie mógł właściwie użytkować systemu, z drugiej zaś strony wykonawca składający ofertę osiągnie większą konkurencyjność w kryterium ceny. Prowadzić to zatem może do zaburzenia konkurencji w postępowaniu i naruszenia normy wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym Zamawiający powinien zwiększyć wagę (znaczenie) kryterium "Warunki utrzymania Systemu".

ROZSTRZYGNIĘCIE

W dniu 07.05.2009 r. zamawiający oddalił protest w odniesieniu do wyżej opisanych zarzutów nie podając uzasadnienia faktycznego i prawnego takiego rozstrzygnięcia.

ODWOŁANIE

W dniu 15.05.2009 r. Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. wniósł odwołanie od oddalenia jego protestu.

Odwołujący podtrzymał następujące, podniesione w proteście zarzuty, wskazując, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył:

1. art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 57 ust. 2 PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia oraz w sposób utrudniający konkurencję i uniemożliwiający należyte ustalenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia,
2. art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 56 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 2 PZP poprzez nieokreślenie znaczenia zawartych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 3 PZP poprzez określenie kryterium oceny ofert, które odnosi się do właściwości wykonawcy,
4. art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie kryterium "Warunki utrzymania Systemu" z wagą nieproporcjonalnie mniejszą w stosunku do wag pozostałych kryteriów co może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie merytoryczne zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu w następującym zakresie:

1) w części dotyczącej określenia warunków udziału w postępowaniu poprzez:

- a) określenie wymogów co do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (zrealizowanych zamówień) w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. przez określenie wymogu wykonania co najmniej jednego zamówienia, spośród żądanych w ogłoszeniu zamówień mających za przedmiot wdrożenia systemu klasy ERP lub świadczenie usługi outsourcingu systemu klasy ERP, dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie wydobycia węgla kamiennego, a także ustalenie takiego sposobu oceny spełniania warunków udziału w zakresie posiadanego doświadczenia, który dla potrzeb ustalenia tzw. listy rankingowej dodatkowo punktował będzie zamówienia wykonane dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie wydobycia węgla kamiennego mające za przedmiot system klasy ERP lub usługę outsourcingu systemu klasy ERP, wyrównując dysproporcję pomiędzy doświadczeniem wykonawców zdobytym w innych gałęziach przemysłu, a doświadczeniem wykonawców działających w branży górnictwa węgla kamiennego,
- b) określenie znaczenia zawartych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do doświadczenia wykonawcy (wykonanych zamówień) poprzez ustalenie górnego pułapu punktowego w ocenie każdego z rodzajów wykonanych zamówień (wdrożenie ERP, wdrożenie hurtowni danych, wdrożenie platformy integracyjnej).

2) w części dotyczącej określenia kryteriów oceny ofert poprzez:

- a) usunięcie kryterium oceny ofert -"Praktyki zarządzania projektami",
- b) zwiększenie wagi kryterium "Warunki utrzymania systemu".

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

Celem ustalania warunków udziału w postępowaniu jest określenie przez Zamawiającego kręgu wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania, posiadających wymagane uprawnienia, potencjał, wiedzę i doświadczenie, którzy w przypadku uzyskania zamówienia zdolni będą do jego należytego wykonania. Umożliwia to osiągnięcie wydatkowania środków finansowych w sposób celowy, oszczędny oraz efektywny, jak również zabezpiecza interes Zamawiającego polegający na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia (tak w: A. Kurowska, M Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, UZP, Warszawa 2006, s. 91).

Jednocześnie niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu jest opisywanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który będzie uniemożliwiał dostęp

do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05). Obowiązkiem Zamawiającego jest zachowanie niezbędnej równowagi pomiędzy swoim interesem polegającym w szczególności na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzania nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20 grudnia 2005 r., sygn. akt II Ca 584/05).

Wskazać ponadto należy, iż postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może określać tu wymagań wykraczających ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu Zamawiającego, tj. należytego wykonania zamówienia. Jednakże nie może też nie wymagać określonego doświadczenia w dziedzinach, które objęte są przedmiotem zamówienia, albowiem to uniemożliwiłoby mu ustalenie z należytą starannością kręgu wykonawców zdolnych wykonać zamówienie. W piśmiennictwie z zakresu zamówień publicznych podkreśla się, że Zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem, jako "pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy), a nie dokonaniem (przeprowadzonym eksperymentem czy też próbą określającą wymaganą wiedzę i doświadczenie ilością wykonanych robót, dostaw czy też usług, należy mieć na uwadze przedmiot zamówienia, warunki jego realizacji, ilość zrealizowanych rozwiązań w skali kraju, nowatorstwo technologiczne lub konstrukcyjne i wiele innych aspektów" (tak J Dolecki Niezbędna wiedza i doświadczenie oferenta, w: Zamówienia Publiczne Doradca, Nr 5 z 2003 r., s. 57).

Ustalone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, jak i opis oceny spełniania tychże warunków służący ustaleniu tzw. "listy rankingowej" przeczą powyżej wskazanym zasadom.

Wskazać w pierwszej kolejności należy, że przedmiot zamówienia dotyczy podmiotu należącego do specyficznej gałęzi przemysłu jaką jest górnictwo węgla kamiennego. Nadto zgodnie z opisem zawartym w ogłoszeniu zamawiany Zintegrowany Informatyczny System Zarządzania Przedsiębiorstwem wspierać ma działalność biznesową Zamawiającego. Działalność ta charakteryzuje się specyficznymi cechami nie występującymi w innych gałęziach przemysłu. Również rozwiązania informatyczne dla tego rodzaju podmiotów, a w tym przyjęta metodologia ich działania oraz implementowania posiada szereg właściwych tylko sobie cech. Model procesów biznesowych charakterystyczny dla korporacji górniczych, w szczególności działających w warunkach głębinowych, jest unikalnym podzbiorem procesów zamodelowanych w systemach klasy ERP, koncentrujących się na produkcji przez projekty i harmonogramie głównym (w przeciwieństwie do większości systemów które

opierają się na wzorcach produktowych). Jako niektóre z przykładowych cech charakterystycznych w zakresie wskazanym powyżej można wymienić:

- 1) Specyficzne i dedykowane wsparcie procesu sprzedaży węgla z dedykowanymi kanałami sprzedaży (między innymi instytucja Autoryzowanych Sprzedawców, deputaty węglowe),
- 2) Główny harmonogram firmy dotyczący harmonogramowania produkcji górniczej, który jest podstawą działalności wydobywczej branży i ze względu na technologię i warunki wydobywania surowca jest niepowtarzalny w innej branży,
- 3) Bezpieczeństwo pracowników znajdujących się pod ziemią, które monitorowane jest w systemie rejestracji czasu pracy, z mocno dedykowanymi funkcjonalnościami i specyficznym raportowaniem,
- 4) Specyficzne oprogramowanie dla typowo produkcyjnych działów (przygotowanie produkcji, miernictwo, BHP) pozwalające na ewidencję wszelkich danych produkcyjnych służących do rozliczania i monitorowania między innymi harmonogramu produkcji,
- 5) Szereg specyficznych parametrów występujących w różnych obszarach systemu informatycznego, które pozwalają na sporządzanie wymaganych branżowych sprawozdań (między innymi WKS, ITK, SZP, G-09).

Jednocześnie wskazać należy, że podmiotów działających w branży górniczej jest stosunkowo niewiele biorąc pod uwagę łączną ilość podmiotów gospodarczych w różnych innych gałęziach przemysłu, jak również tendencję do zmniejszania się ich ilości. Tym samym wykonawcy specjalizujący się w wykonywaniu zamówień z dziedziny informatyki wyłącznie dla podmiotów działających w branży górnictwa węgla kamiennego z pewnością wykonują proporcjonalnie mniej zamówień niż inne podmioty dostarczające rozwiązania informatyczne w innych gałęziach przemysłu, które nie wymagają takiej specyfiki jak wskazywana wyżej.

Tymczasem postawione przez Zamawiającego warunki w zakresie wykonanych zamówień, pomimo specyfiki Zamawiającego jak również przedmiotu zamówienia, całkowicie nie odnoszą się do doświadczenia wykonawców zdobytego przy wdrażaniu systemów podobnych jak zamawiany. Co więcej oceniając stopień spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dopuścił wykazanie się wykonanymi zamówieniami nie ograniczając w żaden sposób ich ilości maksymalnej (nie określił wag poszczególnych warunków). W istocie zatem zrównanie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w branży górnictwa węgla kamiennego z doświadczeniem innych wykonawców zdobytych w realizowaniu zamówień informatycznych w innych branżach, jak również nieograniczona ilość zamówień, którymi można się wykazać powoduje, iż Odwołujący pomimo posiadania ogromnego, wieloletniego doświadczenia w wykonywaniu przedmiotu zamówienia podobnego jak w przedmiotowym postępowaniu, nie będzie mógł ubiegać się o zamówienie

z uwagi na brak możliwości przekroczenia progu 5 wykonawców zapraszanych do złożenia oferty wstępnej. Takie ustalenie warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu ich spełniania stawia Odwołującego w nierównoprawnej pozycji z innymi dużymi podmiotami ubiegającymi się o przedmiotowe zamówienie, albowiem pomimo posiadania zdecydowanie wystarczającego doświadczenia do realizacji zamówienia, nie będzie on mógł spełnić warunków udziału w postępowaniu z uwagi na specyfikę branży w jakiej działa, w szczególności ilość podmiotów w niej działających na rzecz których można wykonywać zamówienia przekładającą się na proporcjonalnie mniejszą częstość wykonywanych zamówień.

Zważyć w tym miejscu należy, że postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do wykonanych zamówień, które być może w intencji Zamawiającego miały prowadzić do zwiększenia konkurencji w postępowaniu, w istocie tą konkurencję ograniczają stawiając poza kręgiem wykonawców mogących realnie oczekiwać zaproszenia do składania oferty wstępnej, tych którzy posiadają doświadczenie dające rękojmię właściwego wykonania przedmiotu zamówienia. Czyni to te warunki nieadekwatnymi do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji oznacza, iż wybór wykonawcy nie posiadającego doświadczenia w zakresie specyficznym dla przedmiotu zamówienia spowoduje, iż w tym zakresie wykonany przez niego przedmiot zamówienia będzie eksperymentem. Doświadczenie takiego wykonawcy nie daje zatem Zamawiającemu rękojmi co do należytego wykonania zamówienia we wszystkich jego częściach, w tym w szczególności tych, które dotyczą zakresu specyficznego wyłącznie dla charakteru działalności prowadzonej przez Zamawiającego. Należy również w tym miejscu wskazać, że pozostawienie poza kręgiem wykonawców zaproszonych do składania oferty wstępnej wykonawcy, który ze względu na swe doświadczenie daje szczególną rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia nie tylko narusza konkurencję w postępowaniu, ale też nie zabezpiecza należycie interesu Zamawiającego.

Ponadto postawione warunki udziału w postępowaniu wraz z ich opisem nie pozwalają należycie skwantyfikować posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Nie pozwalają one bowiem należycie porównać doświadczenia wykonawcy specjalizującego się w realizacji zamówień informatycznych dla podmiotów działających w sektorze górnictwa węgla kamiennego z doświadczeniem wykonawcy działającego w innych gałęziach przemysłu.

W tej sytuacji należy uznać, że tak opisane warunki udziału w postępowaniu naruszają przepis art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności wskazać tu także należy na normę wynikającą z art. 57 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą liczba zapraszanych do złożenia oferty wstępnej wykonawców określana w ogłoszeniu o zamówieniu powinna zapewniać konkurencję w postępowaniu.

Zważywszy powyższe należy wskazać, iż Zamawiający powinien dokonać zmiany warunków udziału w postępowaniu i ich opisu w taki sposób aby możliwe było właściwe porównanie doświadczenia wykonawcy specjalizującego się w wykonywaniu zamówień podobnych do będącego przedmiotem niniejszego postępowania, z doświadczeniem wykonawcy zdobytym w zamówieniach informatycznych wykonywanych dla podmiotów spoza branży górniczej, w szczególności poprzez:

1) określenie wymogów co do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (zrealizowanych zamówień) w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, tj. przez określenie wymogu wykonania co najmniej jednego zamówienia, spośród żądanych w ogłoszeniu zamówień mających za przedmiot wdrożenia systemu klasy ERP lub świadczenie usługi outsourcingu systemu klasy ERP, dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie wydobycia węgla kamiennego i

2) ustalenie takiego sposobu oceny spełniania warunków udziału w zakresie posiadanego doświadczenia, który dla potrzeb ustalenia tzw. listy rankingowej dodatkowo punktował będzie zamówienia wykonane dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie wydobycia węgla kamiennego mające za przedmiot system klasy ERP lub usługę outsourcingu systemu klasy ERP, , wyrównując dysproporcję pomiędzy doświadczeniem wykonawców zdobytym w innych gałęziach przemysłu, a doświadczeniem wykonawców działających w branży górnictwa węgla kamiennego.

Zamawiający dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonanych zamówień w każdym z ich rodzajów (wdrożenie ERP, wdrożenie hurtowni danych, wdrożenie platformy integracyjnej) nie podał ich znaczenia. W treści ogłoszenia wskazano jedynie w jaki sposób będą przyznawane punkty za poszczególne rodzaje wykonanych zamówień.

Brak wskazania znaczenia (wag) poszczególnych kryteriów nie pozwala należycie porównać posiadanego przez wykonawców doświadczenia. Niemożliwym bowiem jest dla przykładu porównanie doświadczenia wykonawcy, które opiera się w znakomitej większości na wykonywaniu jedynie wdrożeń lub świadczenia usługi outsourcingu systemu klasy ERP, z doświadczeniem wykonawcy, który opiera je w znakomitej większości jedynie na wdrożeniu lub usłudze outsourcingu platformy integracyjnej. W efekcie narusza to uczciwą konkurencję w postępowaniu.

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z treścią art, 48 ust. 2 w zw. z art. 56 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający powinien w treści ogłoszenia o zamówieniu zamieścić opis warunków udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego nie uczynił.

Zwyczajowo znaczenie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu wskazuje się poprzez podanie ich wag procentowych względnie poprzez podanie maksymalnego pułapu punktów, które można zdobyć w każdym z kryteriów, czego niniejszym żąda Odwołujący.

W treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił kryterium oceny ofert „Praktyki zarządzania projektami”. Ponieważ określenie tego kryterium może wskazywać, iż Zamawiający odnosi się w nim do doświadczenia wykonawcy, a więc jego właściwości, Odwołujący z ostrożności procesowej, chcąc uniknąć skutków zawitego charakteru terminu na wniesienie protestu, wskazuje iż jest ono niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z treścią art. 91 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Zważywszy powyższe należy wskazać, iż kryterium to powinno być usunięte z treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu określił kryterium oceny ofert "Warunki utrzymania Systemu". W ramach tego kryterium badane będą: poziom dostępności systemu, czas jednostkowej niedostępności systemu, czas reakcji na zgłoszenie, czas przystąpienia do pracy nad rozwiązaniem zgłoszonej kwestii, czas skutecznej naprawy błędów, czas odpowiedzi na zapytanie.

Powyższe kryterium ma bardzo niską wagę (znaczenie) w stosunku do kryterium ceny oraz stopnia spełnienia wymagań do Systemu. W tej sytuacji spowoduje to, iż wykonawca należycie sporządzający ofertę określi właściwe (krótkie) poziomy czasu reakcji na zgłaszane przez Zamawiającego problemy, co wpłynie na pogorszenie konkurencyjności jego oferty w kryterium ceny. Nie jest wykluczone jednak, że wykonawcy określą termin reakcji na tyle długi, iż z jednej strony Zamawiający nie będzie mógł właściwie użytkować systemu, z drugiej zaś strony wykonawca składający ofertę osiągnie większą konkurencyjność w kryterium ceny. Prowadzić to zatem może do zaburzenia konkurencji w postępowaniu i naruszenia normy wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym Zamawiający powinien zwiększyć wagę (znaczenie) kryterium "Warunki utrzymania Systemu".

646/09

PROTEST

W proteście Industrial and Financial Systems Poland Sp. z o.o., zarzucono zamawiającemu poprzez sformułowanie treści ogłoszenia o zamówieniu naruszenia przepisów:

1) art. 22 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który wykracza poza określoną w ustawie dyspozycję określenia przez zamawiającego niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;

2) art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym protestujący wniósł o modyfikację określonych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania i doprowadzenie ich do stanu zgodnego z przepisami ustawy z uwzględnieniem wniosków zawartych w treści uzasadnienia protestu.

W uzasadnieniu natomiast podniesiono:

Jak wynika z pkt: III.2.3. ppkt 2 lit b ogłoszenia, za każde udokumentowane wdrożenie lub świadczenie usługi outsourcingu systemu klasy ERP o wartości powyżej 10 mln zł wykonane w okresie ostatnich trzech lat, wykonawca otrzyma 4 punkty. Oznacza to, że zamawiający uznaje, większe szanse na uzyskanie zamówienia powinni mieć ci wykonawcy, którzy zrealizowali wdrożenia droższe. Jest to pozornie założenie uzasadnione - może się bowiem wydawać, że cena danego wdrożenia ma przełożenie na jego jakość lub skalę i umożliwia obiektywne porównanie kompetencji wykonawców. Tak jednak nie jest. Rynek systemów ERP ma bowiem tę właściwość, że grupa producentów oferuje bardzo zbliżone produkty, umożliwiające w większości wypadków realizację identycznych funkcjonalności i zapewniających spełnienie takich samych parametrów, lecz znacznie różniących się cenowo. Innymi słowy - Zamawiający może nabyć produkt o identycznej funkcjonalności, parametrach i stabilności od różnych podmiotów, po różnych cenach. Powszechnie wiadomo, że najdroższym systemem ERP na rynku jest system SAP. W konsekwencji koszt wdrożeń wykonanych z wykorzystaniem licencji SAP jest dla zamawiających kilkakrotnie wyższy, niż koszt wdrożeń opartych na innych, równoważnych systemach. Przykładowo można wskazać, że wdrożenie modułu SAP HR wdrożenia SAP w grupie TP SA to koszt ok 26 mln podczas gdy porównywalne wdrożenie wykonane przez IFS Poland Sp, z o.o.. (bez wykorzystania licencji SAP) w TESCO Polska Sp. z o.o.. Stanowiło koszt na poziomie niecałych 2 mln zł. Podobnie w przypadku dostawy oprogramowania SAP dla szkół wyższych (Politechniki Warszawskiej, UJ, UMCS i UŚ)... etc...

Dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez porównanie wartości wdrożeń jednoznacznie faworyzuje rozwiązania SAP, eliminując tym samym z postępowania produkty konkurencyjne. Jest bowiem oczywiste, że jeżeli konkurować będą Wykonawcy, którzy mogą wykazać identyczne systemy, w identycznej liczbie, dla

zamawiających Identycznej wielkości I o identycznej strukturze organizacyjnej, to najwyżej oceniony będzie ten wykonawca, który wylegitymuje się wdrożeniem SAP. Obecny sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu preferuje zatem rozwiązania droższe, co w konsekwencji spowoduje eliminację wykonawców oferujących tańsze systemy. W efekcie zamawiający będzie miał co prawda możliwość wyboru oferty najtańszej, ale dokona tego wyboru jedynie spośród możliwych najdroższych ofert, i to tylko ofert opartych na systemie SAP. Wskazany sposób oceny wniosków nie tylko zatem narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców -jest on również sprzeczny z podstawowym celem udzielania zamówień w ramach procedury przetargów publicznych, którym jest uzyskanie oferty najtańszej.

W związku z powyższym protestujący wniósł o wykreślenie kryterium oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

ROZSTRZYGNIĘCIE

W dniu 07.05.2009 r. zamawiający oddalił protest w odniesieniu do wyżej opisanych zarzutów nie podając uzasadnienia faktycznego i prawnego takiego rozstrzygnięcia.

ODWOŁANIE

W dniu 18.05.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od oddalenia jego protestu, zarzucając Zamawiającemu:

1. art. 22 ust. 1 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania w sposób, który wykracza poza określoną w ustawie dyspozycję określania przez zamawiającego niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
2. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co powoduje naruszenie interesu prawnego Odwołującego się, ponieważ postawienie warunków udziału w postępowaniu nieadekwatnych do rzeczywistych uwarunkowań dotyczących przedmiotu zamówienia oraz w sposób dyskryminujący Odwołującego się, ogranicza znacząco szansę Odwołującego się na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami, Odwołujący =wniósł o:

Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji określonych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i

doprowadzenia ich do stanu zgodnego z przepisami ustawy -prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem wniosków zawartych w treści uzasadnienia protestu i niniejszego odwołania.

Termin

Zamawiający rozstrzygnął protest dnia 7 maja 2009 r., w związku z czym dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, zgodnie z treścią art. 115 Kodeksu cywilnego, upływa w poniedziałek 18 maja 2009 r. Niniejsze odwołanie jest więc złożone w terminie.

W uzasadnieniu odwołujący zaznacza, iż Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutu sprowadzającego się w istocie do stwierdzenia, iż przyjęta przez Zamawiającego metoda oceny spełniania warunków w postępowaniu promuje rozwiązania najdroższe, co dyskryminuje Odwołującego się. Odwołujący się podnosił, że postawienie kryterium, zgodnie z którym większa liczba punktów zostanie przyznana wykonawcom, którzy wykażą wykonanie większej liczby wdrożeń lub usług outsourcingu systemu klasy ERP o wartości powyżej 10 mln zł, jest nieuzasadnione i nie zapewnia Zamawiającemu wyboru wykonawców, którzy posiadają istotnie największe doświadczenie.

Zamawiający protest w powyższym zakresie oddalił, uznając go za bezzasadny. Niestety Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia swojego rozstrzygnięcia (co nawiasem mówiąc stanowi naruszenie art. 183 ust. 4 Pzp), w związku z czym Odwołujący się niema możliwości ustosunkowania się do stanowiska Zamawiającego. Odwołujący się podtrzymuje argumentację zawartą w proteście, a dodatkowo stwierdza, co następuje.

Na rynku systemów ERP istnieje spore zróżnicowanie co do cen poszczególnych produktów, przy czym poszczególni producenci są w stanie w większości przypadków zapewnić spełnienie oczekiwań Zamawiającego. Odwołujący się podtrzymuje więc w pełni także twierdzenie, iż sytuacja, w której dwóch wykonawców oferuje produkty znacznie różniące się ceną, ale spełniające identyczne wymagania jest nie tylko możliwa, ale wręcz dość często występująca. Produkt oferowany przez Odwołującego się -system IFS -jest systemem o wysokiej jakości, lecz stosunkowo tanim. Dodatkowo, jest oczywiste, iż Odwołujący się, który jest przedstawicielem producenta systemu IFS w Polsce, nie może wykazać się referencjami dotyczącymi wdrożeń innych systemów, niż system IFS. W konsekwencji, Zamawiający oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu, będzie musiał najwyżej ocenić tych wykonawców, którzy mają w swoim portfolio wdrożenia najdroższe, co prowadzi do niższej oceny lub nawet eliminacji z postępowania Odwołującego się, który posiada referencje wyłącznie w zakresie wdrożeń systemu IFS.

Odwołujący się podkreśla także, że wskazanie liczby wykonanych wdrożeń drogich, jako miernika doświadczenia wykonawcy, nie jest w żaden sposób uzasadnione. Przede wszystkim, jak już zauważono powyżej, cena systemu ERP nie jest prostym wyznacznikiem jego jakości. Dodatkowo, Zamawiający w ogłoszeniu nie sprecyzował w żaden sposób, co

rozumie pod pojęciem "wdrożenia systemu ERP". Tymczasem, przez "wdrożenie systemu ERP" można rozumieć np. dostarczenie oprogramowania standardowego i jego parametryzację stosownie do potrzeb Zamawiającego, jak również dostarczenie i sparametryzowanie oprogramowania, ale także zaprojektowanie architektury i dostarczenie całej infrastruktury sprzętowej składającej się na system informatyczny oraz wykonanie szeregu usług powiązanych z wdrożeniem samego oprogramowania. Jest oczywiste, że obydwa z powyższych przykładów mieszczą się w definicji "wdrożenia systemu ERP", jednakże przy identycznej wartości samego oprogramowania, ceny tych wdrożeń będą się znacząco różnić. Równocześnie, na doświadczenie wykonawcy w zakresie wdrażania systemów nie wpływa w jakikolwiek sposób fakt, czy dostarczył on także w ramach wdrożenia np. sprzęt informatyczny. Zamawiający nie ma więc żadnego interesu w tym, żeby wyżej oceniać wykonawców, którzy wykonali projekty o większej wartości. Można śmiało wyobrazić sobie wdrożenie systemu ERP, w którym cena oprogramowania wynosi np. 4.000.000 zł., a cena sprzętu 7.000.000 zł. Wykonanie takiego projektu -zgodnie z zasadami określonymi przez Zamawiającego, oznaczałoby przyznanie wykonawcy 4 punktów, podczas, gdy wykonanie projektu polegającego tylko na dostarczeniu i parametryzacji oprogramowania, za cenę np. 9.000.000 zł., będzie oznaczać przyznanie w tym samym kryterium 0 punktów. Przykład powyższy dobitnie wskazuje na fakt, iż przedmiotowe kryterium jest nie tylko dyskryminacyjne, lecz także w istocie nie pozwala na uzyskanie przez Zamawiającego rzeczywistego obrazu zdolności technicznej i doświadczenia wykonawcy. Zamawiający nie powinien oceniać wyżej wykonawców, którzy realizowali więcej projektów droższych, lecz wykonawców, którzy realizowali więcej projektów odpowiadających zakresem wdrożeniu będącemu przedmiotem zamówienia. Ocena taka zapewniona jest w wystarczającym stopniu poprzez postawienie innych warunków i kryteriów wskazanych w ogłoszeniu. Kryterium oparte na wartości wdrożeń tylko pozornie przekłada się bowiem na wysoką jakość tych wdrożeń i na zapewnienie doświadczenia wykonawcy, a dodatkowo znacząco utrudnia lub wręcz uniemożliwia Odwołującemu się (i zapewne także innym wykonawcom) zakwalifikowanie się do dalszego etapu postępowania i w konsekwencji uzyskanie zamówienia. Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, wymagania lub kryteria które eliminują z postępowania wykonawcę lub grupę wykonawców bez uzasadnionej, obiektywnej potrzeby wynikającej z rzeczywistych i istotnych uwarunkowań po stronie Zamawiającego, mają charakter dyskryminacyjny i stawianie takich wymagań lub kryteriów jest niedozwolone. Omawiane kryterium z pewnością ma charakter dyskryminacyjny, w świetle przytoczonej powyżej definicji. Zamawiający niczego bowiem nie zyskuje ustanawiając przedmiotowe kryterium, a stawia Odwołującego się w znacznie gorszej pozycji konkurencyjnej od wykonawców oferujących droższe systemy ERP, jak np. system SAP.

Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj odwołujący legitymują się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

641/09

W ocenie Izby w świetle przepisów ustawy dotyczących warunków udziału w postępowaniu, kwestionowane w proteście i odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, należy uznać za dopuszczalne, a zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 57 ust. 2 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia oraz w sposób utrudniający konkurencję i uniemożliwiający należyte ustalenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, nie znalazły potwierdzenia.

W pierwszej kolejności należy wskazać na konieczne rozdzielenie kwestii warunków udziału w postępowaniu oraz ich dopuszczalność w świetle ograniczeń wynikających z zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu (art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 Pzp), od sprawy sposobu punktowania stopnia spełniania tych warunków w celu kwalifikacji wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu.

O ile, co zrozumiałe, ww. sposób punktowania jest powiązany ze sformułowanymi warunkami, tzn. stanowią one podstawę kwalifikacji w związku z przypisanymi do nich znaczeniami (art. 48 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 56 ust. 1 Pzp), to sformułowanie i opisanie samych warunków udziału w postępowaniu jest od przypisanego im następnie znaczenia niezależne, tzn. ocena ich dopuszczalności nie jest powiązana z ewentualnymi skutkami

zastosowania takiego czy innego sposobu kwalifikacji do dalszych etapów postępowania w oparciu o te warunki. Ocena dopuszczalności danych warunków powinna odbywać się samoistnie, na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Truizmem jest twierdzenie, iż każde postawienie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest ograniczeniem wolnej konkurencji, tj. ograniczeniem swoistego „stanu idealnego” jakim jest powszechna równość i dostępność zamówień dla wszystkich wykonawców. W związku z powyższym każde tego typu ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, skądinąd konieczne i uzasadnione w kontekście interesów zamawiającego związanych z uzyskaniem właściwego wykonania zamówienia, podlega rygorom i ograniczeniom sformułowanym w ustawie. Ustawa nie formułuje natomiast żadnych ograniczeń i przeszkód przy stawianiu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, stanowiących poszerzenie kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie. Zamawiający może dowolnie liberalizować ww. techniczne i ekonomiczne warunki udziału w postępowaniu, a nawet nie stawiać ich w ogóle. Tego typu działanie może zostać oczywiście ocenione jako nieracjonalne, nie zabezpieczające interesów zamawiającego, a więc np. kwalifikujące się ewentualnie do negatywnej oceny w świetle przepisów o finansach publicznych, ale z pewnością brak dlań zakazu w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tymczasem w przedmiotowej sprawie nie budzi wątpliwości, iż warunki udziału w postępowaniu sformułowane w pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, dopuszczające wykazanie się doświadczeniem w działalności w jakiegokolwiek dziedzinie przemysłu, a nie tylko w wydobywaniu węgla kamiennego, stanowią o rozszerzeniu kręgu podmiotów uprawnionych do wzięcia udziału w postępowaniu i tym samym w żaden sposób nie naruszają zasady konkurencji, która przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu – przypomnijmy – łamana jest najczęściej poprzez nieuzasadnione ograniczanie liczby podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie. Specyfika sektora wydobywczego i realizowanych w nim zamówień informatycznych i wynikające z nich konsekwencje dla możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, nie ma dla powyższych konstatacji żadnego znaczenia. Wymagałyby natomiast potwierdzenia w sytuacji przeciwnej, tj. jako uzasadnienie dla ograniczenia doświadczenia jedynie do tego sektora, czyli wykazania, że nie doszło w takim przypadku do naruszenia art. 22 ust. 2 Pzp.

Oprócz samej konstrukcji warunków udziału w postępowaniu pomijających doświadczenie nabyte w trakcie wdrażania systemów ERP w sektorze wydobywania węgla kamiennego, odwołujący zdaje się kwestionować sposób punktowania spełniania warunków udziału w postępowaniu powiązany z kwestionowanymi warunkami. Warunki i ich punktacja mają w konsekwencji prowadzić do faktycznej eliminacji odwołującego z możliwości

zakwalifikowania się do etapu składania ofert ze względu na fakt, iż przy takiej konstrukcji postanowień ogłoszenia inne podmioty działające na rynku informatycznym będą mogły wykazać się większym, wymaganym i punktowanym doświadczeniem, w przeciwieństwie do odwołującego, który działa w wąskiej branży, nie umożliwiającej wykonywanie takiej ilości zamówień. W związku z powyższym zostały sformułowane postulaty odniesienia warunków do doświadczenia w branży wydobywczej, co zwiększy szanse odwołującego na kwalifikację do drugiego etapu postępowania oraz umożliwi mu konkurowanie ceną i jakością oferty, do czego jest predestynowany jako podmiot posiadający szczególne doświadczenie w informatyzacji branży górniczej.

W ocenie Izby tego typu zarzuty, żądania i argumentacja odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający suwerennie uznał, iż dla wykonania jego zamówienia wystarczające jest posiadanie wskazanego doświadczenia nabytego w jakiegokolwiek branży przemysłu. Postawił w związku z powyższym dopuszczalne warunki udziału w postępowaniu oraz w sposób uprawniony i nie naruszający konkurencji odniósł do tych warunków, a konkretnie do ilości i wartości wykonywanych zamówień, punktację przyznawaną w celu kwalifikacji do dalszego etapu postępowania.

Nie jest winą zamawiającego, iż dotychczasowe doświadczenie i profil działalności odwołującego może prowadzić, co oczywiście wcale nie jest przesądzone, do okoliczności, iż inni wykonawcy uzyskają wyższą punktację i zostaną zaproszeni do składania ofert. Powyższe nie daje również odwołującemu uprawnienia aby w oparciu o przepisy ustawy domagać się poprawienia jego sytuacji w postępowaniu.

Jeszcze raz należy podkreślić, że kwestia ewentualnej nieracjonalności ustalenia takich czy innych warunków udziału w postępowaniu, a także ich wpływ na hipotetyczną wysokość cen jakie uzyska w konsekwencji zamawiający w dalszym postępowaniu, leży poza zakresem konsyderacji Izby, która właściwa jest do orzekania o formalnych naruszeniach przepisów ustawy. Natomiast formułując przedmiotowe warunki udziału w postępowaniu zamawiający wcale z góry nie wykluczył i nie uniemożliwił odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a ewentualna przewaga szans i uprzywilejowanie niektórych (wcale nie wybranych) wykonawców ze względu na stopniowanie punktacji ze względu na wartość wykonywanych zamówień wynika z ich pozycji rynkowej i dotychczasowej działalności, tak jak określenie preferencyjnej skali punktowej w odniesieniu do sektora wydobywczego uprzywilejowałoby odwołującego w stosunku do podmiotów działających w innych sektorach. W praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwią części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych postawią w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszenia konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom

udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności. Wystarczy, że grupa zdolnych wykonać je wykonawców, lub grupa najbardziej „uprzywilejowanych” jest wystarczająco liczna oraz formalnie „niezamknięta” aby konkurencyjność udzielanego zamówienia zapewnić. O złamanie zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać sam fakt, iż na rynku istnieją podmioty które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia.

W odniesieniu do drugiego zarzutu protestu i odwołania dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2 i art. 56 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 2 Pzp poprzez nieokreślenie znaczenia zawartych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu oraz związanych z tym opisanych w stanie faktycznych niniejszego uzasadnienia żądań odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza uznaje je za chybione i nieznajdujące żadnego oparcia w obowiązujących przepisach. Należy w pełni podzielić stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym złożonym na rozprawie, iż wskazanie wartości punktowych przyznawanych za poszczególne zamówienia w pełni odpowiada dyspozycji art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp stosowanego w odniesieniu do trybu negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 56 ust. 2 ustawy i stanowi podanie znaczenia warunków, o którym mowa w powołanym przepisie. Proste operacje matematyczne związane z porównaniem ilości punktów przyznawanych za poszczególne rodzaje doświadczenia, sumowanych do ilości wykonanych zamówień, nie nastrożają żadnych trudności i są w zupełności wystarczające do określenia znaczenia poszczególnym warunkom, jak i prostego wyliczenia ogólnej ilości punktów za wszystkie warunki. Niezrozumiałe jest w tym kontekście twierdzenie odwołującego o nieporównywalności doświadczenia – np. przy wdrażaniu systemu ERP i Hurtowni danych. Doświadczenia tego typu są z pewnością faktycznie inne, co bynajmniej nie wyklucza przypisania im określonych, a różnych wartości punktowych i dopuszczenie uzyskania formalnie nieograniczonej ilości punktów w którymkolwiek z tych warunków. Nasuwa się tu retoryczne pytanie dlaczego doświadczenia tego typu mają być w ogóle porównywalne? Wystarczy zwykłe, a obiektywne i proste podsumowanie punktów przyznanych za wykonane różnych rodzajów zamówienia i ich zliczenie, co w punkcie dojścia zapewnia wystarczającą do kwalifikacji, matematyczną porównywalność. W przedmiotowym przypadku zamawiający dopuścił, aby większość punktów można było uzyskać w każdy ze sposobów, tzn w odniesieniu do każdego z punktowanych warunków. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób

tego typu postanowienia ogłoszenia miałyby naruszać zasadę konkurencji. Ponadto brak przepisów ustawy, które mają obligować zamawiającego do określenia procentowych wag poszczególnych warunków czy też górnego ograniczenia punktacji.

W przedmiocie zarzutów dotyczących kryteriów oceny ofert, w trakcie rozprawy odwołujący wycofał zarzuty związane z zakazaniem ustanawianiem kryteriów dotyczących właściwości wykonawców, natomiast Izba uznała za chybiony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 poprzez ustalenie nieproporcjonalnie niskiej wagi kryterium „Warunki utrzymania Systemu” w stosunku do innych kryteriów.

Zamawiający ustalił znaczenie kryteriów według własnej oceny ich przydatności dla wyłonienia najbardziej odpowiadającej mu oferty. Ewentualna nieracjonalność w konstrukcji kryteriów prowadząca do konieczności wyboru złej oferty, jest niewątpliwym ryzykiem zamawiającego, nie oznacza jednak naruszenia zasady równej konkurencji. Każdy wykonawca posiada taki sam dostęp do informacji o wadze kryteriów i od niego tylko zależy, czy działając w granicach prawa zechce wykorzystać i w jakim stopniu, ewentualne błędy zamawiającego. Ponadto w odniesieniu do przedmiotowej sytuacji stwierdzić należy, iż odwołujący na podstawie postanowień ogłoszenia, znając jedynie znaczenie kryteriów, a posiadając szczegółowych informacji na ich temat zawartych w siwz, nie może wyciągać pewnych wniosków, co do rzeczywistego sposobu stosowania zapisów siwz, które dane te dookreślą. Dodatkowo wskazać można na okoliczność, którą podnosi zamawiający w swoim piśmie, iż takie zmienne jak czas reakcji serwisowej zostaną określone granicznie w siwz, co zlikwiduje ryzyko manipulacji ze strony wykonawców w tym zakresie.

646/09

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia, Izba stwierdza, co następuje:

Jak wynika z uzasadnienia protestu i odwołania, odwołujący kwestionuje powiązanie ilości punktów otrzymywanych w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z wartością wdrożenia systemu ERP. Zdaniem odwołującego prowadzi to do kwalifikacji wykonawców w oparciu o kryterium, które z powodów znacznych różnic cenowych pomiędzy porównywalnymi funkcjonalnie, technicznie i jakościowo systemami ERP, jest niemiarodajne dla porównania rzeczywistego doświadczenia wykonawców. Po pierwsze owo nie

przekładanie się ceny na doświadczenie, wynika z występujących na rynku różnic w kosztach licencji, a po drugie wykazane wdrożenia/projekty mogą być przedsięwzięciami złożonymi, o których wysokiej cenie decydować będzie nie komponenta systemu ERP, który w tym przypadku może być relatywnie prosty, ale inne elementy zamówienia. W ten sposób, zgodnie z postanowieniami pkt III.2.3) 2. a) i b), wykazując np. skomplikowany system ERP za 9 mln. zł. wykonawca otrzyma jedynie 1 punkt, natomiast wykonawca, który przedstawi wdrożenie za 11 mln zł, ale rzeczywista wartość zawartego w nim systemu ERP wynosić będzie np. 3 mln. zł., otrzyma aż 4 punkty (za wdrożenia o wartości pow. 10 mln. zł. otrzymuje się zgodnie z ogłoszeniem 4 pkt, poniżej tej kwoty 1 pkt).

Zdaniem odwołującego taka konstrukcja postanowień siwz promująca punktowo wykonawców ze względu na wartość wdrażanych przez nich systemów ERP, nie zapewnia obiektywnego i rzeczywistego porównania doświadczenia wykonawców w referowanej dziedzinie i ich zdolności technicznych możliwości wykonania zamówienia. Można więc powiedzieć, że niczemu nie służy, poza skutkiem praktycznego uniemożliwienia odwołującemu i całej grupie wykonawców efektywnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie (kwalifikacji do etapu składania ofert).

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż powyższe zarzuty oparte są na błędnej przesłance, zakładającej, iż wartość wykonywanych zamówień (w tym konkretnym przypadku) nie niesie żadnej informacji nt. zdolności wykonawców do wykonania przedmiotowego zamówienia. Jak słusznie zauważył zamawiający w „Odpowiedzi na odwołanie” zastosowanie kryterium wartości wykonywanych zamówień ma na celu nie zobrazowanie jakości czy technicznego zaawansowania wykonywanych usług, ale jest obiektywnym miernikiem ich skali i złożoności. Dowodzić ma i potwierdzać, iż wykonawca jest w stanie logistycznie i organizacyjnie udźwignąć projekt o wielkim zakresie i wartości. Podkreślić należy, iż wartość wymaganych przez zamawiającego usług w kontekście wartości i zakresu zamówienia, nie może być uznana za wygórowaną, a dążenie zamawiającego do uprawdopodobnienia za pomocą przyjętych kryteriów przyznawania punktów, aby zamówienie wykonywali przede wszystkim wykonawcy o doświadczeniu w realizacji projektów o adekwatnej skali i wartości, uznać należy za uprawnione. W szczególności powyższe potwierdza fakt, iż wymagane doświadczenie może być wykazywane za pomocą projektów złożonych, wieloelementowych, w których system ERP jest ważną, ale nie jedyną komponentą – co jest adekwatne do złożoności i skali przedmiotu niniejszego zamówienia oraz wskazuje na organizacyjno-zakresowy aspekt znaczenia warunku, a nie na wykazywanie się przez wykonawców jedynie technicznymi możliwościami wdrażania systemu ERP.

Ponadto wskazać należy, iż promowanie doświadczenia w wykonywaniu zamówień najdroższych poprzez przyznawanie im podwyższonej punktacji wcale nie musi prowadzić do

upośledzenia w szansach na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, wykonawców legitymujących się wykonaniem zamówień mniejszych.

Ogłoszenie o zamówieniu przewiduje również punktowanie (1 pkt) każdego wdrożenia spełniającego warunki minimalne o wartości mniejszej niż 10 mln. zł.. Nie wdając się w przegląd i analizę rynku usług informatycznych, z dużą dozą prawdopodobieństwa można założyć, iż usług o wartości niższej (tu: pon. 10 mln. zł.) jest ilościowo więcej niż zamówień największych. Jakkolwiek trudno zakładać, iż jest ich np. cztery razy więcej oraz w jaki sposób należy uwzględniać zmienną ile z tych zamówień wykonują firmy, które jednocześnie świadczą usługi pow. 10 mln.. Niemniej jednak stwierdzić można, iż nie jest wykluczone, że firma która wykonywała i wykaże więcej małych zamówień, nie uzyska punktacji wyższej niż firmy skupiające się na wielkich kontraktach. Nie należy również wykluczać możliwości zawiązywania konsorcjów przez firmy mniejsze w celu zwiększenia swych szans na uzyskanie odpowiedniej punktacji za znaczną ilość mniejszych zamówień.

Z opisanych wyżej powodów Krowa Izba Odwoławcza uznała, iż zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu poprzez odniesienie do wartości wykonywanych zamówień nie wykroczył poza ramy określone przepisami ustawy, a punktowanie ich wartości w celu uzyskania rankingu kwalifikowanych i zapraszanych do składania ofert firm nie narusza zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego na podstawie przedłożonych biletów PKP oraz zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*