

Sygn. akt: KIO 340/12

WYROK
z dnia 24 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2012 r. przez **Royal Software Consulting sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**

przy udziale **Sygnity S.A. w Warszawie**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Royal Software Consulting sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **Royal Software Consulting sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na wykonanie usług w zakresie utrzymania i rozwoju aplikacji ESB.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 247 – 401577.

W dniu 17 lutego 2012 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) pismem z tego samego dnia Royal Software Consulting sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Izby odwołanie (kopia odwołania została przekazana zamawiającemu za pośrednictwem faksu w dniu 17 lutego 2012 r.), dotyczące treści zmian ogłoszenia dokonanych w dniu 3 lutego 2012 r., a opublikowanych w dniu 8 lutego 2012 r. (Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 26 – 041190).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- przepisu art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- przepisu art. 29 ust. 1 ustawy poprzez zastosowanie opisu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niekonkretny i nieostry;
- przepisu art. 29 ust. 2 ustawy poprzez zastosowanie opisu zamówienia, który narusza zasady uczciwej konkurencji;
- przepisu art. 48 ust. 2 pkt. 3 ustawy poprzez niedostatecznie zrozumiałe określenie przedmiotu zamówienia;

- przepisu art. 26 ust. 2b ustawy poprzez nakazanie złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu udzielającego zasoby do uczestnictwa w realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił ponadto, iż zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy sporządził postanowienie sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. c), d), e), f) oraz g), a także „Uwagi” do sekcji III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu, tj. w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji poprzez niewłaściwe określenie wymogów wobec poszczególnych osób mających brać udział w wykonywaniu zamówienia polegające na nieprawidłowym określeniu wymaganych kwalifikacji.

Odwołujący wskazał również, iż zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy sporządził postanowienia sekcji IV.1.2) pkt 4) ogłoszenia o zamówieniu w następującym zakresie: „Za każdą dodatkową osobę wskazaną w wykazie osób, o którym mowa w sekcji III.2.1) pkt II. 9. lit. b) ponad wymagania minimalne określone w sekcji III. 2.1) pkt I.1.2) lit. d), którą dysponuje wykonawca, z minimum 3-letnim doświadczeniem w posługiwaniu się Oracle BPEL, Oracle ESB - wykonawca otrzyma 1 pkt, ale nie więcej niż 5 pkt”.

Podobnie zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy sporządził postanowienia sekcji IV.1.2) pkt 5) ogłoszenia o zamówieniu w następującym zakresie: „Za każdą dodatkową osobę wskazaną w wykazie osób, o którym mowa w sekcji III. 2. 1) pkt II .9. lit. c) ponad wymagania minimalne określone w sekcji III. 2. 1) pkt I.1.2) lit. e), którą dysponuje wykonawca, z minimum 3-letnim doświadczeniem w posługiwaniu się OWB, Oracle BI EE - wykonawca otrzyma 1 pkt, ale nie więcej niż 5 pkt”.

Odwołujący wskazał ponadto, iż zamawiający niezgodnie z przepisami, naruszając art. 48 ust. 2 pkt. 6 ustawy, określił w sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a), wymagania dotyczące spełnienia warunków udziału wskazując: „zamówienia o łącznej wartości brutto min. 4 000 000,00 PLN (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania (modułów bądź nowych funkcjonalności) opartego o technologię Oracle E-Business Suite wersja 11 w ramach jednego systemu informatycznego”, co powoduje, iż nie sposób jest określić, czy zamawiający przez pojęcie oprogramowania rozumie wykonanie tylko nowych modułów bądź funkcjonalności, czy też możliwe jest też spełnienie tego warunku w oparciu o oprogramowanie nie zawierające wyodrębnionych modułów bądź funkcjonalności. Ze względu na użycie spójnika „bądź” nie jest również jasne, czy zamówienie musi dotyczyć tylko modułów bądź czy musi dotyczyć tylko nowych funkcjonalności, czy może dotyczyć zarówno modułów i nowych funkcjonalności. Ponadto zamawiający odniósł się do wersji 11 systemu informatycznego Oracle E-Business Suite, a więc nie uwzględnił faktu, iż wersja 11 systemu informatycznego na obecnym etapie nie jest z uwagi na zastąpienie jej wersją 12 systemu utrzymywana w sensie wprowadzenia nowych modyfikacji i ulepszeń (funkcjonalności).

Odwołujący wskazał również, iż zamawiający z naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp sporządził postanowienia sekcji IV.1.2) pkt 1) wprowadzając zasadę, iż w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, zamawiający zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy uzyskają najwyższą końcową ocenę punktową wniosku, jednocześnie wskazując, iż ocena punktowa wniosku w takim wypadku zostanie dokonana w oparciu o własne: wiedzę, doświadczenie, osoby biorące udział w realizacji zamówienia.

Ponadto z ostrożności w przypadku upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu – zarzucił naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy, poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia poprzez uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia w sekcji II.1.5;
- nakazanie zamawiającemu zmianę postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. c), tak aby zamawiający określił wymagania, co do doświadczenia tych specjalistów w sposób prawidłowy, zapewniający rzetelne wykonanie zamówienia;
- nakazanie zamawiającemu zmianę postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. d), tak aby zamawiający określił wymagania, co do doświadczenia tych specjalistów w sposób prawidłowy, zapewniający rzetelne wykonanie zamówienia;
- nakazanie zamawiającemu zmianę postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. e), tak aby zamawiający określił wymagania, co do doświadczenia tych specjalistów w sposób prawidłowy, zapewniający rzetelne wykonanie zamówienia;
- nakazanie zamawiającemu zmianę postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. f), tak aby zamawiający określił wymagania, co do doświadczenia tych osób w sposób prawidłowy, zapewniający rzetelne wykonanie zamówienia;
- nakazanie zamawiającemu zmianę postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. g), tak aby zamawiający określił wymagania, co do doświadczenia tych analityków w sposób prawidłowy, zapewniający rzetelne wykonanie zamówienia;
- nakazanie zamawiającemu usunięcie postanowienia znajdującego się w „Uwagach” do sekcji III.2.1) pkt I ogłoszenia o zamówieniu, tj. postanowienia o treści: „Zamawiający nie

dopuszcza wykazania przez wykonawcę tej samej osoby kilkakrotnie w różnych rolach w tym samym wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym”;

- nakazanie zamawiającemu usunięcie postanowienia „oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji zamówienia” z III.2.1) pkt II.8 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu;

- nakazanie zamawiającemu zmianę postanowienia sekcji IV.1.2) pkt 4) i 5) ogłoszenia o zamówieniu w sposób określający wymagane doświadczenie tych osób prawidłowo, zapewniając rzetelne wykonanie zamówienia, tj. w sposób, który będzie przyznawał dodatkowe punkty za osoby posiadające niezbędne doświadczenie konieczne przy realizacji zamówienia określonego w ogłoszeniu;

- nakazanie zamawiającemu uzupełnienie postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a) poprzez precyzyjne określenie, czy zamawiający przez pojęcie oprogramowania rozumie wykonanie tylko nowych modułów bądź funkcjonalności, czy też możliwe jest spełnienie tego warunku w oparciu o oprogramowanie nie zawierające wyodrębnionych modułów bądź funkcjonalności oraz czy zamówienie musi dotyczyć tylko modułów bądź czy musi dotyczyć tylko nowych funkcjonalności, czy może dotyczyć zarówno modułów i nowych funkcjonalności;

- nakazanie zamawiającemu uzupełnienie postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a), b), poprzez określenie możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do systemu w wersji 11 oprogramowania lub wyższej;

- nakazanie zamawiającemu zmianę sekcji IV.1.2) ogłoszenia poprzez wykreślenie punktu 1) o treści: „Ocena punktowa wniosku zostanie dokonana w oparciu o własne: wiedzę, doświadczenie, osoby biorące udział w realizacji zamówienia - wykazane przez wykonawcę składającego wniosek”;

- nakazanie zamawiającemu przedłużenie terminu do składania wniosków w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 182 ust. 5 ustawy.

Z ostrożności w przypadku upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, ze względu na to, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z dokonaniem przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy) odwołujący żądał od zamawiającego modyfikacji treści ogłoszenia w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie i w sposób wskazany w odwołaniu.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie na swoją rzecz od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów ewentualnego zastępstwa prawnego w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający uzasadniał zarzuty odwołania, wskazując co następuje:

1. Określenie przedmiotu zamówienia jako utrzymanie i rozwój w sekcji II.1.5 ogłoszenia - naruszenie art.7, 29 ust. 1 i 2; 48 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zamawiający w sekcji II.1.5 ogłoszenia odnoszącej się do opisu zamówienia określił, jakie zadania w ramach przedmiotowego zapotrzebowania powinny zostać wykonane przez wykonawcę. Uczynił to jednak w sposób niejasny i niekonkretny, zatem w sposób sprzeczny z ustawą, wskazał bowiem następujący opis przedmiotu zamówienia:

„Opis przedmiotu zamówienia - utrzymanie i rozwój Aplikacji EBS.

Określenie „Aplikacja EB” oznacza oprogramowanie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego na podstawie odrębnych umów w oparciu o oprogramowanie standardowe Oracle E - Business Suite - wersja 11, zawierające rozszerzenia aplikacji o dodatkowe moduły i funkcjonalności. Aplikacja EBS składa się z następujących modułów:

1. Księga Główna
2. Zobowiązania
3. Należności
4. Zarządzanie środkami pieniężnymi
5. Kadry i płace
6. Środki trwałe
7. Zakupy
8. Moduł realizacji przelewów B2B, oparty na SOA
9. System raportowania BIS
10. System raportowania OFA.”

Zdaniem odwołującego sformułowanie, że oprogramowanie E - Business Suite zawiera rozszerzenia o dodatkowe moduły i funkcjonalności jest nieprecyjne i nie wiadomo, jakiego rodzaju rozszerzenia aplikacji, tj. moduły i funkcjonalności zamawiający ma na myśli. Odwołujący wskazał, że aplikacja Oracle E-Business Suite składa się z bardzo dużej liczby modułów i funkcjonalności. Wyliczenie zamieszczone przez zamawiającego stanowi podzbiór listy modułów i funkcjonalności dostępnej dla tejże aplikacji, jednocześnie zostają również wymienione inne systemy nie wchodzące w skład oprogramowania Oracle E-Business Suite, tj.: moduł realizacji przelewów B2B, system raportowania BI, system raportowania OFA, które stanowią samodzielne moduły i systemy. Użyte sformułowanie o

wykorzystaniu dodatkowych modułów jest więc nieprecyzyjne i może wprowadzać wykonawców w błąd, co do rzeczywistej intencji zamawiającego. Zamawiający winien więc dokładnie określić, o jakie moduły i funkcjonalności mu chodzi bądź też powinien zawrzeć w treści ogłoszenia wystarczająco precyzyjną informację - odniesienie do fragmentu ogłoszenia, które w sposób wystarczająco jasny i konkretny doprecyzowuje te rozszerzenia i funkcjonalności. Ponadto zamieszczona przez zamawiającego lista modułów nie jest spójna z doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego od personelu realizującego zamówienie. niespójności te polegają m.in. na tym, że w wymaganiach w zakresie personelu przeznaczanego do realizacji zamówienia są wymagania w zakresie znajomości OWB i BPEL - komponentów, które nie wynikają z listy modułów aplikacji EBS wskazanych przez zamawiającego. Jednocześnie zamawiający nie oczekuje kompetencji z obszaru Zakupów oraz Kadr i Płac, które nie należą do zakresu EBS Financial, a zostały jednocześnie wskazane w liście modułów. Zatem dla wykonawców, którzy chcieliby złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, niezrozumiałym jest opis przedmiotu zamówienia w szczególności, gdy odnieść go do kompetencji wymaganych od osób, które mają brać udział w jego realizacji. Odwołujący wskazał, iż wymienione i wymagane kompetencje znajdujące się przy personelu, który ma być przeznaczony przez wykonawcę do realizacji zlecenia, nie odpowiadają we wszystkich przypadkach modułom wymienionym w opisie przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia porównany do wymaganego personelu tworzy szereg niejasności, które wykonawcy musieliby samodzielnie rozstrzygnąć, gdyby zamawiający pozostawił opis zamówienia w obecnej postaci.

Odwołujący podnosił, iż osoby legitymujące się doświadczeniem wskazanym przez zamawiającego mogą nie posiadać wystarczających kompetencji do obsługi modułów wskazanych przez zamawiającego przy opisie zamówienia. Wykonawcy nie są więc w stanie jednoznacznie określić, czy zamówienie ma dotyczyć modułów wskazanych w opisie zamówienia, czy też w rzeczywistości dotyczyć modułów, co do których zamawiający wymaga stosownego doświadczenia od personelu przeznaczanego do realizacji prac. Precyzyjne określenie modułów i funkcjonalności, w sposób spójny z wymaganym doświadczeniem jest więc kluczowe, aby wykonawcy mogli stwierdzić, czy są w stanie wykonać rzeczony zamówienie, a tym samym ocenić sens składania wniosków o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w opisie wymaganych referencji dotyczących zamówienia obejmującego zaprojektowanie i wdrożenie rozwiązania Oracle E-Business Suite odniósł się ponadto do wersji systemu informatycznego Oracle E -Business Suite11, co również powoduje niejasności w zakresie interpretacji takich postanowień. Należy bowiem podkreślić, iż wersja 11 systemu informatycznego Oracle E-Business Suite jest obecnie wersją, która z uwagi na zastąpienie jej wersją o oznaczeniu „12”, a więc wersją nowszą, powszechnie

stosowaną od przynajmniej 3 lat, nie stanowi w tym okresie podstawy do nowych wdrożeń nowoczesnego oprogramowania. Wymogiem zamawiającego jest utrzymanie tego systemu, a nie wdrożenie nowego, zatem zasadnym byłoby dopuszczenie już w wymaganym doświadczeniu wdrożeń wersji 12 tego systemu informatycznego albo zrezygnowanie z tego wymagania. Dopuszczenie tylko wersji 11 tego systemu stanowi w opinii odwołującego wyraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Program Oracle E-Business Suite w wersji 11 od listopada 2010 r. nie jest objęty podstawową opieką techniczną producenta (Oracle Premier Support) a od października 2013 r. nie będzie nawet objęty rozszerzoną opieką techniczną (Oracle Extended Support), co oznacza że usługa usuwania wad w zakresie usuwania nowo zidentyfikowanych błędów w oprogramowaniu standardowym nie będzie mogła być wykonywana, ponieważ może być wykonywana wyłącznie poprzez autoryzowany serwis producenta. Zamawiający w żaden sposób nie odnosi się do tej kwestii, nie wiadomo więc w jaki sposób chce realizować świadczenie tej usługi bez serwisu producenta.

Odwołujący podkreślił, iż zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie konkurencyjnej oferty, były dostępne wykonawcom na równych prawach. Źródłem wiedzy wykonawców jest w tym przypadku ogłoszenie o zamówieniu. Zakres świadczenia - w okolicznościach sporu - nie może być pozostawiony domyślności wykonawcy lub oparty na informacjach uzyskanych z pominięciem przewidzianej przepisami prawa procedury. Taka sytuacja, jaka ma miejsce w niniejszym ogłoszeniu nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 Pzp - jawności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale prowadzi również do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia. Uprawnieniem wykonawców kwestionujących opis przedmiotu zamówienia wynikającym z norm art. 7 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy jest domaganie się takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwi złożenie prawidłowej, nie podlegającej odrzuceniu oferty tzn. sformułowania użyte przez zamawiającego powinny w sposób wyraźny identyfikować przedmiot zamówienia, określać go i opisywać, gdyż to zamawiający odpowiada za właściwy i precyzyjny opis przedmiotu zamówienia, uwzględniający wszelkie istotne dane i parametry. Ma nie tylko prawo, ale i obowiązek takiego określenia jego cech, aby zamawiane zadania spełniały jego oczekiwania. Dokonany opis jest wiążący dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko do warunków wprost wyrażonych w ogłoszeniu można odnosić przekonanie wykonawcy o ich spełnieniu. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie zaoferować oczekiwaną dostawę i podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko w odniesieniu do wymagań jasno i precyzyjnie

określonych w ogłoszeniu o zamówieniu możliwe jest dokonanie badania i oceny zdolności do złożenia oferty.

Odwołujący dalej zauważył, iż ze względu na niejasny i niespójny z doświadczeniem wymagany od personelu przeznaczonego do realizacji zamówienia, opis zakresu przedmiotu zamówienia zamieszczony przez zamawiającego w treści ogłoszenia, nie jest wiadome jakim doświadczeniem, kompetencjami i osobami powinien dysponować wykonawca, aby mógł rzetelnie wykonać przedmiot zamówienia i spełnić wymogi zamawiającego. Tylko jasne, precyzyjne i spójne z pozostałą treścią ogłoszenia, określenie przedmiotu zamówienia pozwoli na wskazanie jakim doświadczeniem i kompetencjami powinien dysponować wykonawca. Zamawiający przygotowując prawidłową treść ogłoszenia powinien to w sposób jasny, spójny i precyzyjny określić, tak aby mógł jednocześnie sformułować i sprecyzować prawidłowe wymagania niezbędne do rzetelnego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Istniejące w chwili obecnej rozbieżności pomiędzy poszczególnymi fragmentami ogłoszenia zdaniem odwołującego nie pozwalają na uznanie treści ogłoszenia za prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji opisu zamówienia w sposób zgodny z ustawą, poprzez jego właściwe doprecyzowanie.

2. Nakazanie złożenia pisemnego zobowiązanie podmiotu udzielającego zasoby do uczestnictwa w realizacji zamówienia - naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy.

W opinii odwołującego zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy poprzez nakazanie złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu udzielającego zasoby do uczestnictwa w realizacji zamówienia, który to wymóg znalazł się w sekcji III.2.1) pkt II.8 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący dowodził, iż żądanie przez zamawiającego dodatkowych dokumentów ponad zobowiązanie do udzielenia zasobów na czas odpowiedni do wykonania zamówienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy i jest z nią sprzeczne. Powołując się na orzeczenia Izby (z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1327/11 oraz z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1448/10, KIO/UZP1450/10, KIO/UZP1451/10) odwołujący wskazał, iż dokumentem wystarczającym dla przeniesienia na wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego określonego potencjału dotyczącego wiedzy i doświadczenia jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie takie wcale nie oznacza obowiązku faktycznego zaangażowania się tego podmiotu w wykonawstwo robót stanowiących przedmiot zamówienia (korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego może odbywać się także np. na

zasadach doradztwa). Domaganie się przez zamawiającego przedłożenia dodatkowego dokumentu o tak kategorycznym zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby jest zdaniem odwołującego niezasadne i nie powinno stanowić elementu decydującego o dopuszczeniu do postępowania.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza powinna nakazać zamawiającemu usunięcie postanowienia „oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji zamówienia” z III.2.1) pkt II.8 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu.

3. Postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. c), d), e), f) oraz g) oraz odnoszące się do powyższego „Uwagi”, zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu - naruszenie art. 7 ust. 1 oraz 48 ust. 2 pkt 6 ustawy. Odwołujący zarzuca ponadto, iż zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy sporządził postanowienie sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. c), d), e), f) oraz g) oraz odnoszące się do powyższego „Uwagi” zamieszczone w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz w sposób niewłaściwie określający warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w bardzo szczegółowy sposób opisał warunki dotyczące wykazu personelu odpowiedzialnego za realizację zamówienia poprzez wskazanie kadry wykonawczej dla projektu oraz liczby osób wykonujących projekt. W ocenie odwołującego opis ten stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, gdyż zaangażowanie personelu o doświadczeniu wskazanym przez zamawiającego nie będzie wystarczające do prawidłowego wykonania projektu, a jednocześnie pozwala na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez podmioty, które nie dysponują wystarczającym personelem posiadającym odpowiedni potencjał doświadczenia pozwalający na prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający, który wskazał taki, a nie inny przedmiot zamówienia, powinien wymagać od personelu, który ma brać udział w jego wykonaniu, dodatkowego doświadczenia w zakresie znajomości dodatkowych modułów, niż wskazane. Odwołujący zauważył, iż znajomość modułów wskazana przez zamawiającego, jako wymóg wobec kadry osobowej, jest zupełnie nieprzystający do listy modułów zamieszczonych w opisie przedmiotu zamówienia. Dopiero określenie i dodanie dodatkowej ilości modułów zgodnych z modułami wskazanymi w opisie zamówienia pozwoli zamawiającemu na zapewnienie prawidłowego i zgodnego z oczekiwaniami wykonania zamówienia. Tym samym podmioty dysponujące personelem posiadającym szerokie doświadczenie wystarczające do prawidłowego wykonania projektu zmuszone są konkurować z podmiotami nie mającymi faktycznych możliwości wykonania projektu, które w wyniku działań zamawiającego będą miały możliwość składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W konsekwencji opis kadry realizującej projekt faworyzuje wykonawców, którzy posiadają fachowców nie posiadających wystarczającego doświadczenia, eliminując tym samym wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i posiadających kadrę faktycznie umożliwiającą wykonanie projektu zgodnie z wymogami zamawiającego. W szczególności odwołujący wskazał, iż zamawiający powinien podać w treści ogłoszenia wszystkie moduły zainstalowane w tym systemie, co do których oczekuje odpowiedniego doświadczenia ze strony wykonawcy i osób realizujących zamówienie ze strony wykonawcy. Natomiast w chwili obecnej zamawiający wskazał wymagania, w zakresie personelu osobowego nie spójne względem opisanych w przedmiocie zamówienia modułów. Wymóg posiadania doświadczenia w zakresie poszczególnych modułów winien być zaś w sposób precyzyjny, prawidłowy i właściwie wskazany, tak aby wykonawcy mogli ocenić, czy są w stanie spełnić wymagania zamawiającego delegując do wykonania zamówienia odpowiednio doświadczone osoby, a tym samym ocenić, czy są w stanie w sposób właściwy oraz rzetelny wykonać przedmiot zamówienia.

Dalej w odwołaniu argumentowano, że także postanowienie ogłoszenia, zgodnie z którym „zamawiający nie dopuszcza wykazania przez wykonawcę tej samej osoby kilkakrotnie w różnych rolach w tym samym wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym” powoduje zbędne mnożenie kadry wykonującej projekt. Powyższe ograniczenie swobody wykonawcy, nie jest podyktowane zachowaniem wymogu proporcjonalności, czy adekwatności dokonywanego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, względem przedmiotu zamówienia. Ta sama osoba może bowiem posiadać wystarczające kompetencje i wiedzę pozwalające jej na spełnienie warunków wskazanych przez zamawiającego zapewniając jednocześnie prawidłowe i rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia. Określenie zastosowane przez zamawiającego ma więc na celu wyeliminowanie wykonawców lub dublowanie kosztów realizacji projektu, przez co uniemożliwi to zaproponowanie konkurencyjnej oferty cenowej przez odwołującego.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza powinna nakazać zamawiającemu:

- zmianę postanowień sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. c) – g) tak, aby zamawiający określił wymagania, co do doświadczenia tych osób w sposób prawidłowy, zapewniający rzetelne wykonanie zamówienia;
- usunięcie postanowienia znajdującego się w „Uwagach” do sekcji III.2.1) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, tj. postanowienia „zamawiający nie dopuszcza wykazania przez wykonawcę tej samej osoby kilkakrotnie w różnych rolach w tym samym wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym”.

4. Postanowienie sekcji IV.1.2) pkt 4) i 5) ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy sporządził postanowienie sekcji IV.1.2) pkt 4) ogłoszenia o zamówieniu, wskazując, iż „za każdą dodatkową osobę wskazaną w wykazie osób o którym mowa w sekcji III.2.1) pkt II. 9. lit. b) ponad wymaganie minimalne określone w sekcji III. 2.1) pkt I.1.2) lit. d), którą dysponuje wykonawca, z minimum 3-letnim doświadczeniem w posługiwaniu się Oracle BPEL, Oracle ESB - wykonawca otrzyma 1 pkt, ale nie więcej niż 5 pkt”. Podobnie zamawiający w sposób niezgodny z przepisami ustawy sporządził postanowienie IV.1.2) pkt 5) ogłoszenia o zamówieniu wskazując, iż „za każdą dodatkową osobę wskazaną w wykazie osób o którym mowa w sekcji III. 2. 1) pkt II .9. lit. c) ponad wymaganie minimalne określone w sekcji III. 2. 1) pkt I.1.2) lit. e), którą dysponuje wykonawca, z minimum 3-letnim doświadczeniem w posługiwaniu się OWB, Oracle BI EE - wykonawca otrzyma 1 pkt, ale nie więcej niż 5 pkt”.

Jednocześnie w związku z faktem, iż odwołujący w terminie składa odwołanie od postanowień ogłoszenia w zakresie wymogów, co do personelu niezbędnego do wykonania zamówienia, odwołanie od wyżej wskazanych postanowień ogłoszenia, jako nierozdzielnie związanych z tymi wymogami, również musi zostać uznane za złożone w terminie, pomimo faktu, iż kwestionowane postanowienia nie znalazły się w suplemencie do ogłoszenia o zamówieniu.

W ocenie odwołującego skarżony opis stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, gdyż przyznanie dodatkowych punktów za zaangażowanie personelu o doświadczeniu wskazanym przez zamawiającego oznacza przyznanie dodatkowych punktów za osoby, które nie będą posiadały doświadczenia wystarczającego do prawidłowego wykonania projektu. Kwestionowane postanowienie ogłoszenia jednocześnie pozwala na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i uzyskanie dodatkowych punktów przez podmioty, które nie dysponują wystarczającym personelem posiadającym odpowiedni potencjał doświadczenia pozwalający na prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający, który wskazał taki, a nie inny przedmiot zamówienia, powinien wymagać przy przyznawaniu dodatkowych punktów, aby personel, który ma brać udział w wykonaniu zamówienia, posiadał dodatkowe doświadczenie w zakresie znajomości modułów nie wymienionych w treści ogłoszenia. Dopiero takie wymagania pozwolą zamawiającemu na zapewnienie prawidłowego i zgodnego z oczekiwaniami wykonania zamówienia. Tym samym podmioty dysponujące personelem posiadającym doświadczenie wystarczające do prawidłowego wykonania projektu i otrzymania dodatkowych punktów w sposób prawidłowy zmuszone są konkurować z podmiotami nie mającymi faktycznych możliwości wykonania projektu, które w wyniku działań zamawiającego będą miały możliwość składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i uzyskania dodatkowych punktów decydujących o dopuszczeniu ich do udziału w postępowaniu. W szczególności odwołujący podniósł, iż zamawiający powinien wymagać od osób, za które przyznawane będą dodatkowe punkty, znajomości wszystkich modułów zainstalowanych w tym systemie, co do których oczekuje odpowiedniego doświadczenia ze strony wykonawcy i osób realizujących zamówienie ze strony wykonawcy. W takim wypadku wymóg posiadania doświadczenia w zakresie poszczególnych modułów winien być w sposób zgodny z opisem zamówienia, precyzyjnie wskazany przy zapisach dotyczących przyznawania punktów dodatkowych, tak aby wykonawcy mogli ocenić, czy są w stanie spełnić wymagania zamawiającego delegując do wykonania zamówienia odpowiednio doświadczone osoby, a tym samym ocenić, czy są w stanie w sposób właściwy oraz rzetelny wykonać przedmiot zamówienia. Zatem opis kadry realizującej projekt przy opisie przyznawania punktów dodatkowych faworyzuje wykonawców, którzy posiadają fachowców nie posiadających wystarczającego doświadczenia, eliminując tym samym wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i posiadających kadrę faktycznie umożliwiającą wykonanie projektu zgodnie z wymogami zamawiającego. Postanowienia te należy uznać za niezgodne z ustawą, gdyż opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zaś stawiane przez zamawiającego ograniczenia w zasadach punktowania wniosków wykonawców, nie dają się pogodzić z tymi wymaganiami. Zostało przez odwołującego podkreślone, iż z uwagi na nieprecyzyjne i niewłaściwe określenie przedmiotu zamówienia wymagania określone przez zamawiającego, jako umożliwiające uzyskanie punktów dodatkowych mogą okazać się niewystarczające do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i tym samym mogą powodować nieprawidłowe przyznanie dodatkowych punktów, a więc dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów, które nie będą posiadały faktycznej wiedzy, doświadczenia i kadry pozwalającej na prawidłowe wykonanie zamówienia. Niezbędne jest więc, aby po prawidłowym opisanu przedmiotu zamówienia oraz modyfikacji wymogów stawianych wobec personelu wykonawców, zamawiający, jako kryterium przyznania punktów dodatkowych, wprowadził również prawidłowe wymagania względem osób i ich doświadczenia, tak aby zapewnić realizację zamówienia w sposób rzetelny i prawidłowy.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza powinna nakazać zamawiającemu zmianę sekcji IV.1.2) pkt 4) i 5) ogłoszenia o zamówieniu w sposób określający wymagane doświadczenie tych osób prawidłowo, zapewniając rzetelne wykonanie zamówienia, tj. w sposób, który będzie przyznawał dodatkowe punkty za osoby posiadające niezbędne - zbieżne z przedmiotem zamówienia, doświadczenie konieczne przy realizacji zamówienia określonego w ogłoszeniu.

5. Postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a) - naruszenie art.7 ust. 1 i 48 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Zamawiający naruszając art. 48 ust. 2 pkt. 6 ustawy określił w sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a), wymagania dotyczące spełnienia warunków udziału wskazując: „zamówienia o łącznej wartości brutto min. 4 000 000,00 PLN (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania (modułów bądź nowych funkcjonalności) opartego o technologię Oracle E-Business Suite wersja 11 w ramach jednego systemu informatycznego ...”, co powoduje, iż nie sposób jest określić, czy zamawiający przez pojęcie oprogramowania rozumie wykonanie tylko nowych modułów bądź funkcjonalności, czy też możliwe jest spełnienie tego warunku w oparciu o oprogramowanie nie zawierającego wyodrębnionych modułów bądź funkcjonalności. Ze względu na użycie spójnika „bądź” nie jest również jasne, czy zamówienie musi dotyczyć tylko modułów bądź czy musi dotyczyć tylko nowych funkcjonalności, czy może dotyczyć zarówno modułów i nowych funkcjonalności. Ponadto zamawiający odniósł się do wersji 11 systemu informatycznego Oracle E-Business Suite, a więc nie uwzględnił faktu, iż wersja 11 systemu informatycznego na obecnym etapie nie jest z uwagi na zastąpienie jej wersją 12 systemu utrzymywana w sensie wprowadzenia nowych modyfikacji i ulepszeń (funkcjonalności).

Zamawiający w ocenie odwołującego w sposób niezgodny z przepisami ustawy określił przedmiot zamówienia, a dodatkowo powielił błąd w postaci braku precyzyjności i jasności stosowanych opisów również w części ogłoszenia dotyczącej opisu wymogów dotyczących wykonawców, którzy chcieliby ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przy obecnym kształcie opisu wskazanego wymogu, a w szczególności w odniesieniu do spójnika „bądź”, interpretacja tego zapisu nastrocza znaczne trudności i może prowadzić do ograniczenia zasady uczciwej konkurencji przy niniejszym postępowaniu. Wykonawcy analizując wprowadzony przez zamawiającego ostanowienia ogłoszenia nie mogą mieć pewności, co w rzeczywistości jest od nich wymagane. Aktualne brzmienie ogłoszenia nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, czy zamawiający przez pojęcie oprogramowania rozumie wykonanie tylko nowych modułów bądź funkcjonalności, czy też możliwe jest też spełnienie postawionego warunku w oparciu o oprogramowanie nie zawierającego wyodrębnionych modułów bądź funkcjonalności, ale oparte o technologię Oracle E-Business Suite wersja 11.

Ponadto poprzez użycie spójnika „bądź” będącego powszechnie stosowanym oznaczeniem alternatywy rozłącznej (a więc alternatywy, zgodnie z którą tylko jedna możliwość jest dopuszczalna) zamawiający wprowadza istotną wątpliwość, czy zamówienie, którym ma się legitymować wykonawca, musi dotyczyć tylko modułów bądź czy musi

dotyczyć tylko nowych funkcjonalności, czy może dotyczyć zarówno modułów i nowych funkcjonalności. Spójnik „bądź” jest bowiem spójnikiem rozłącznym, co zgodnie z definicją znajdującą się w słowniku języka polskiego PWN oznacza, iż jest to spójnik łączący dwa zdania lub ich części, których treści wykluczają się wzajemnie. Zatem użycie spójnika „bądź” wskazuje niejako, iż wykonawcy powinni wykazać się zamówieniem dotyczącym modułów „bądź” zamówieniem dotyczącym nowych funkcjonalności, nie mogą zaś legitymować się wykonaniem zamówienia dotyczącego zarówno modułów, jak i nowych funkcjonalności. Wydawało się odwołującemu wątpliwe, aby taka była rzeczywista wola zamawiającego, jednakże umieszczone przez niego postanowienie ogłoszenia powoduje, iż taka może być jego interpretacja. Zapis ten zmusza wykonawców do samodzielnego interpretowania i niejako rozpoznawania intencji zamawiającego, co powoduje, iż wykonawcy nigdy nie mogą mieć pewności, czy właściwie zinterpretowali te intencje. Powoduje to więc jednocześnie brak możliwości prawidłowej oceny spełniania warunków postawionych przez zamawiającego. Tymczasem zamawiający powinien w sposób precyzyjny i dokładny opisać, czego oczekuje od wykonawców, tak aby umożliwić im ocenę zasadności składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz w sposób, który nie będzie wymagał dodatkowej interpretacji przez samych wykonawców, a więc który nie będzie wymagał, aby wykonawcy domyślali się, o co w rzeczywistości chodziło zamawiającemu. Opis zamieszczony przez zamawiającego nie pozwala zatem na prawidłowe określenie w oparciu o jakiego rodzaju przesłanki zamawiający będzie dokonywał oceny składanych wniosków, co nie pozwala potencjalnym wykonawcom ocenić, czy spełniają wymogi zamawiającego i czy w związku z powyższym powinni ubiegać się o udzielenie rzeczonożego zamówienia. Dla uzasadnienia swojego stanowiska odwołujący powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo wyrok z dnia 16 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1291/10), w którym wskazano, iż „Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być na tyle precyzyjny, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli jasność co do tego, czy spełniają postanżone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Nieprecyzyjne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie mogą stanowić podstawy do podejmowania negatywnych czynności względem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia”.

Odwołujący wskazał, iż podana przez zamawiającego w treści ogłoszenia, przy opisie wymogów, wersja 11 systemu informatycznego jest obecnie wersją, która z uwagi na zastąpienie jej wersją nowszą powszechnie stosowaną od przynajmniej 3 lat nie jest usprawniana, modyfikowana, czy też nie stanowi podstawy wdrożenia nowoczesnego oprogramowania. Wersja 12 systemu została wprowadzona już w 2007 r. i od tego czasu jest wdrażana do użytku, a więc wprowadzona ona została w czasie przekraczającym 3 lata wskazane przez zamawiającego. Jednocześnie zamawiający nie ma intencji budowy

nowego rozwiązania w oparciu o oprogramowanie E-Business Suite w wersji 11, lecz jego utrzymanie i rozwój, w związku z tym dla wykazania kompetencji wykonawców powinien od nich wymagać doświadczenia w zakresie utrzymanie oprogramowania E-Business Suite w wersji 11, a nie analizy/projektowania/budowy/ wdrożenia nowych rozwiązań opartych na tym oprogramowaniu w ciągu ostatnich 3 lat. Zatem zasadnym byłoby wydłużenie okresu koniecznego na wykazanie doświadczenia przynajmniej o termin, w którym wersja 11 systemu informatycznego była systemem wdrażanym na rynku. Ewentualnie zasadne byłoby zdaniem odwołującego dopuszczenie możliwości wykazania swoich możliwości w oparciu o wersję 12 systemu informatycznego lub całkowita rezygnacja z wymagania udokumentowania zamówienia na analize/projektowanie/budowę/wdrożenie oprogramowania opartego na wersji 11 w ciągu ostatnich 3 lat.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza powinna nakazać zamawiającemu:

- uzupełnienie sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a) ogłoszenia poprzez określenie, czy zamawiający przez pojęcie oprogramowania rozumie wykonanie tylko nowych modułów bądź funkcjonalności, czy też możliwe jest spełnienie tego warunku w oparciu o oprogramowanie nie zawierające wyodrębnionych modułów bądź funkcjonalności oraz czy zamówienie musi dotyczyć tylko modułów bądź czy musi dotyczyć tylko nowych funkcjonalności, czy może dotyczyć zarówno modułów i nowych funkcjonalności;
- uzupełnienie sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a), b) ogłoszenia poprzez określenie możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do systemu w wersji 11 oprogramowania lub wyższej.

6. Postanowienia sekcji IV.1.2) pkt 1) - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający z naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust 2b Pzp sporządził postanowienia sekcji IV.1.2) pkt 1) ogłoszenia wprowadzając zasadę, iż w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, zamawiający zaprosi do składania ofert wykonawców, którzy uzyskają najwyższą końcową ocenę punktową wniosku i jednocześnie wskazując, iż ocena punktowa wniosku w takim wypadku zostanie dokonana w oparciu o własne: wiedzę, doświadczenie, osoby biorące udział w realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż ze względu na doprecyzowanie postanowień dotyczących przedmiotu zamówienia na etapie suplementu do ogłoszenia, dopiero w chwili obecnej potencjalni wykonawcy mogą ocenić, czy przy wykonaniu zamówienia muszą posługiwać się potencjałem osób trzecich, czy też mogą polegać na własnych zasobach. W związku z

powyższym pomimo braku zmian postanowień ogłoszenia w tym zakresie należy uznać, iż wykonawcy, którzy dopiero na tym etapie posiadli taką wiedzę, muszą mieć prawo zaskarżenia zapisów dotyczących „własnych zasobów” w chwili obecnej. Tym samym zdaniem odwołującego uznać należy, iż złożenie odwołania od tych postanowień dopiero na etapie opublikowania suplementu do ogłoszenia jest złożeniem odwołania we właściwym, przewidzianym przepisami ustawy terminie i jako takie winno być rozpatrzone przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosząc się merytorycznie do wskazanego zarzutu odwołujący wskazał, iż celem wprowadzenia art. 26 ust. 2b do treści ustawy, dającego możliwość skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków, był wzrost konkurencji wśród wykonawców oraz zmniejszenie formalizmu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podkreślił, iż takie uprawnienie wykonawcy nie może być ograniczane poprzez ingerencję zamawiającego. Zasada równego traktowania wykonawców została przez zamawiającego naruszona, bowiem wykonawcy korzystający z prawa posłużenia się potencjałem osób trzecich zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy nie są traktowani w równy sposób z wykonawcami, którzy nie korzystają z tego uprawnienia. Zamawiający wbrew art. 26 ust. 2b ustawy "nie dopuścił" do posługiwania się potencjałem innych podmiotów w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu, będzie większa niż 5. Oznacza to, że w konsekwencji niektórzy wykonawcy traktowani będą, jako wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia. Przesądza to o fakcie, że wykonawcy polegający na potencjale osób trzecich nie otrzymają jakichkolwiek punktów podczas oceny wniosków w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu, będzie większa niż 5.

Odwołujący wyjaśnił, że uprawnienie wynikające z art. 26 ust. 2b ustawy jest prawem ustawowo przysługującym wykonawcy i skorzystanie z niego nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Taka konstrukcja kryteriów przyznawanej punktacji stanowi naruszenie zarówno art. 7 jak i art. 26 ust. 2b ustawy. W dalszej konsekwencji prowadzi to do naruszenia art. 26 ust. 2a ustawy poprzez utrudnienie w wykazaniu spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Poprzez kwestionowane postanowienia ogłoszenia zamawiający ingeruje w uprawnienia wykonawców określone ustawą. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2010 r. (sygn.a kt KIO 1671/10), w którym zostało stwierdzone, iż „(...) w sposób jednakowy zostały przez ustawodawcę potraktowane zasoby podmiotów trzecich, z których wykonawcy w postępowaniu mogą korzystać na etapie spełniania warunków podmiotowych”.

Odwołujący argumentował, iż nie ma możliwości, aby przy wykazywaniu spełniania podstawowych warunków udziału w postępowaniu w przypadku, gdy liczba wykonawców,

którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, zamawiający nie mógł uznać potencjału podmiotu trzeciego, jako równoważnego z potencjałem własnym. Jakakolwiek odmienna interpretacja przepisów jest niezgodna z ustawą. Tym samym postanowienie ogłoszenia wprowadzone przez zamawiającego nie może zostać uznane za prawidłowe i powinno zostać zmodyfikowane, aby zgodne było z obowiązującymi przepisami prawa.

Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza powinna nakazać zmianę sekcji IV. 1.2) ogłoszenia poprzez wykreślenie punktu 1): „Ocena punktowa wniosku zostanie dokonana w oparciu o własne: wiedzę, doświadczenie, osoby biorące udział w realizacji zamówienia - wykazane przez wykonawcę składającego wniosek”.

W dniu 20 lutego 2012 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) pismem z tego samego dnia Sygnity S.A. w Warszawie (dalej „przystępujący”) zgłosiło do Prezesa Izby przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Kopię przystąpienia przekazano zamawiającemu oraz odwołującemu.

Na posiedzeniu w dniu 24 lutego 2012 r. zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania argumentując, iż zarzuty podniesione przez odwołującego są spóźnione, bowiem dotyczą w istocie treści ogłoszenia w brzmieniu pierwotnym bądź kolejnych jego modyfikacji. Dodał, iż w odniesieniu do zmian ogłoszenia dla oceny terminowości wniesienia odwołania zatasowanie znajduje art. 182 ust. 3 ustawy. W konsekwencji odwołanie należy odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 23 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 247 – 40157 w zakresie istotnym dla rozpoznania odwołania postanowił, co następuje:

- w sekcji III.2.1) pkt I.1.1 a) ogłoszenia wymagał, aby wykonawcy wykazali realizację co najmniej jednego zamówienia o wartości brutto min. 6 000 000 zł (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania opartego o technologię Oracle E – Business Suite – wersja 11 systemu

informatycznego (dalej: systemu) spełniającego następujące wymagania: i) użytkownicy końcowi systemu pracowali w różnych lokalizacjach np.: miasta, województwa, ii) system był wykorzystywany przez pracujących równocześnie minimum 70 użytkowników oraz posiadał ponad 300 użytkowników;

- w sekcji III.2.1) pkt I.1.1 lit. b) ogłoszenia wymagał, aby wykonawcy wykazali realizację co najmniej jednego zamówienia obejmującego utrzymanie systemu (spełniającego warunki opisane w sekcji III.2.1) pkt I.1.1 lit. a) powyżej), gdzie wartość usług utrzymania wynosiła min. 1 000 000 zł rocznie, a w ramach świadczonych usług do zadań wykonawcy należało co najmniej (...);

- w sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. c) – g) ogłoszenia opisał wymagania dotyczące poszczególnych osób mających być w dyspozycji wykonawcy; w ppkt. „Uwagi” wskazał, iż „zamawiający nie dopuszcza wykazania przez wykonawcę tej samej osoby kilkakrotnie w różnych rolach w tym samym wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym”;

- w sekcji III.2.1) pkt II. 8 lit. a) ogłoszenia wymagał, aby wykonawca - jeżeli „wykazał doświadczenie innego podmiotu (...) winien złożyć pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji zamówienia”;

- w sekcji III.2.1) pkt II. 9 lit. b) i c) ogłoszenia sformułowano wymagania, dotyczące wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie opisanym odpowiednio w pkt. III.2.1 pkt I.1.2) lit. d) oraz lit. e) ogłoszenia;

- w sekcji IV.1.2) ogłoszenia postanowił, iż: 1) „ocena punktowa wniosku zostanie dokonana w oparciu o własne: wiedzę, doświadczenie, osoby biorące udział w realizacji zamówienia – wykazane przez wykonawcę składającego wniosek (...) 4) „za każdą dodatkową osobę wskazaną w wykazie osób, o którym mowa w sekcji III.2.1) pkt II. 9. lit. b) ponad wymaganie minimalne określone w sekcji III. 2.1) pkt I.1.2) lit. d), którą dysponuje wykonawca, z minimum 3-letnim doświadczeniem w posługiwaniu się Oracle BPEL, Oracle ESB - wykonawca otrzyma 1 pkt, ale nie więcej niż 5 pkt”, 5) „za każdą dodatkową osobę wskazaną w wykazie osób o którym mowa w sekcji III. 2. 1) pkt II. 9. lit. c) ponad wymaganie minimalne określone w sekcji III. 2.1) pkt I.1.2) lit. e), którą dysponuje wykonawca, z minimum 3-letnim doświadczeniem w posługiwaniu się OWB, Oracle BI EE - wykonawca otrzyma 1 pkt, ale nie więcej niż 5 pkt”.

- w sekcji II.1.5 pt.: „Krótki opis zamówienia lub zakupu” wskazał „Opis przedmiotu zamówienia – utrzymanie i rozwój aplikacji EBS”. Dalej opisał, jakie zadania mają być wykonane „w ramach przedmiotowego zapotrzebowania”.

Zamawiający nie dokonywał zmian postanowień sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. c) – g), sekcji III.2.1) pkt II. 8 lit. a), sekcji III.2.1) pkt II.lit. 9 b) i c), sekcji III.2.1 pkt I.1.2) lit. d) oraz lit. e), sekcji IV.1.2). Niezmiennie także nie dopuszczał wykazania przez wykonawcę tej samej

osoby kilkakrotnie w różnych rolach w tym samym wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym.

Zamawiający dokonywał w toku postępowania modyfikacji sekcji III.2.1) pkt I.1.1 lit. a) i b) ogłoszenia:

- zgodnie ze zmianą opublikowaną w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 10 – 013946 w dniu 17 stycznia 2012 r. wykonawcy zobowiązani byli a) wykazać, iż wykonali co najmniej zamówienia o łącznej wartości brutto min. 4 000 000 zł (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania opartego o technologie Oracle E – Business Suite – wersja 11 lub modułów bądź nowych funkcjonalności w ramach jednego systemu informatycznego (dalej: systemu) spełniającego następujące wymagania: i) użytkownicy systemu pracowali w różnych rozproszonych terytorialnie ii) system był wykorzystywany przez pracujących równocześnie minimum 70 użytkowników oraz posiadał ponad 300 użytkowników, b) wykazać realizację co najmniej 12 miesięczne świadczenie usługi polegającej na utrzymaniu systemu (spełniającego warunki opisane w sekcji III.2.1) pkt I.1.1 lit. a) powyżej), gdzie wartość brutto rocznej usługi utrzymania wynosiła min. 1 000 000 zł rocznie, a w ramach świadczonych usług do zadań wykonawcy należało co najmniej (...);
- dniu 3 lutego 2012 r. zamawiający kolejny raz zmodyfikował ogłoszenie o zamówieniu (zmiana ogłoszenia została opublikowana w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 26 – 041190 w dniu 8 lutego 2012 r.) wskazując w sekcji III.2.1) pkt I.1.1.lit. a) dotyczącej spełnienia warunków udziału w postępowania w zakresie wiedzy i doświadczenia, iż wymaga, aby wykonawcy wykazali realizację co najmniej zamówienia o łącznej wartości min. 4 000 000 zł (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania (modułów bądź nowych funkcjonalności) opartego o technologie Oracle E – Business Suite – wersja 11 w ramach jednego systemu informatycznego (dalej: systemu) spełniającego następujące wymagania: i) użytkownicy systemu pracowali w różnych lokalizacjach rozproszonych terytorialnie, ii) system był wykorzystywany przez pracujących równocześnie minimum 70 użytkowników oraz posiadał ponad 300 użytkowników.

Zamawiający zmienił również sekcję II.1.5 ogłoszenia dodając:

- „określenie „Aplikacja EBS” oznacza oprogramowanie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego na podstawie odrębnych umów w oparciu o oprogramowanie standardowe Oracle E – Business Suite – wersja 1, zawierające rozszerzenia aplikacji o dodatkowe moduły i funkcjonalności. Aplikacja EBS składa się z modułów: 1) Księga Główna, 2) Zobowiązania, 3) Należności, 4) Zarządzanie środkami pieniężnymi, 5) Kadry i płace, 6) Środki trwałe, 7) Zakupy (zmiana opublikowana w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 10 – 013946 w dniu 17 stycznia 2012 r.),

- „określenie „Aplikacja EBS” oznacza oprogramowanie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego na podstawie odrębnych umów w oparciu o oprogramowanie standardowe Oracle E – Business Suite – wersja 1, zawierające rozszerzenia aplikacji o dodatkowe moduły i funkcjonalności. Aplikacja EBS składa się z modułów: 1) Księga Główna, 2) Zobowiązania, 3) Należności, 4) Zarządzanie środkami pieniężnymi, 5) Kadry i płace, 6) Środki trwałe, 7) Zakupy, 8) Moduł realizacji przelewów B2B (oparte na SOA), 9) System raportowania BI, 10) System raportowania OFA” (zmiana opublikowana w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 19 – 029608 w dniu 28 stycznia 2012 r.).

Izba ustaliła także, iż zamawiający dokonał w dniu 23 lutego 2012 r. zmiany ogłoszenia polegającej na modyfikacji postanowienia sekcji III. 2.1) pkt I.1.1.pkt a) ogłoszenia poprzez zastąpienie spójnika „bądź” w sformułowaniu „(modułów bądź nowych funkcjonalności)” spójnikiem „lub”. Treść przywołanej zmiany została przekazana przez zamawiającego do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 lutego 2012 r. (wydruk ze strony internetowej zamawiającego – pkt 20 „ogłoszenie o zmianach wysłane do Dz.U.U.E. w dniu 23.02.2012 r.” oraz treść ogłoszenia o zmianie ogłoszenia wysłana w celu publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 lutego 2012 r. w akatach sprawy). Jednocześnie zamawiający przesunął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do dnia 19 marca 2012 r.

Uwzględnivszy tak ustalone okoliczności faktyczne Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Przymiot uczestnika postępowania uzyskał wykonawca Sygnity S.A. w Warszawie zgłaszając skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Dalej wskazać należy, iż zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zważywszy powołany przepis art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp Izba uznała za spóźnione zarzuty dotyczące:

- opisu przedmiotu zamówienia (sekcji II.1.5 ogłoszenia), gdyż brzmienie kwestionowanego w tym zakresie postanowienia ogłoszenia zostało ustalone zmianą ogłoszenia opublikowaną w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 19 – 029608 w dniu 28 stycznia 2012 r., zatem dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 7 lutego 2012 r.;

- wymagań odnoszących się do kwalifikacji kadry wskazanych w sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. c) – g) ogłoszenia, gdyż brzmienie kwestionowanych w tym zakresie postanowień ogłoszenia zostało ustalone w ogłoszeniu opublikowanym w dniu 23 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 247 – 40157, zatem dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 2 stycznia 2012 r.;

- postanowienia znajdującego się w „Uwagach” do sekcji III.2.1) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu o treści: „Zamawiający nie dopuszcza wykazania przez wykonawcę tej samej osoby kilkakrotnie w różnych rolach w tym samym wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym”, gdyż brzmienie kwestionowanego w tym zakresie postanowienia ogłoszenia zostało ustalone w ogłoszeniu opublikowanym w dniu 23 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 247 – 40157, zatem dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 2 stycznia 2012 r.;

- postanowienia sekcji III.2.1) pkt II.8 lit. a) ogłoszenia o treści: „oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji zamówienia”, gdyż brzmienie kwestionowanego w tym zakresie postanowienia ogłoszenia zostało ustalone w ogłoszeniu opublikowanym w dniu 23 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 247 – 40157, zatem dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 2 stycznia 2012 r.;

- postanowień sekcji IV.1.2) pkt 4) i 5) ogłoszenia w zakresie odnoszącym się do przyznawania dodatkowych punktów za osoby posiadające niezbędne doświadczenie konieczne przy realizacji zamówienia określonego w ogłoszeniu, gdyż brzmienie kwestionowanego w tym zakresie postanowienia ogłoszenia zostało ustalone w ogłoszeniu opublikowanym w dniu 23 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 247 – 40157, zatem dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 2 stycznia 2012 r.;

- postanowień sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a), b) w zakresie odnoszącym się do możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie realizacji zamówień opartych o technologie Oracle E – Business Suite wersja 11, gdyż brzmienie kwestionowanego w tym zakresie postanowienia ogłoszenia zostało ustalone w ogłoszeniu opublikowanym w dniu 23 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 247 – 40157, w którym został sformułowany wymóg,

aby wykonawca wykazał doświadczenie w realizacji zamówień opartych o wersję 11 wskazanego oprogramowania, zatem dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 2 stycznia 2012 r.;

- postanowienia sekcji IV.1.2) pkt 1) o treści: „Ocena punktowa wniosku zostanie dokonana w oparciu o własne: wiedzę, doświadczenie, osoby biorące udział w realizacji zamówienia - wykazane przez wykonawcę składającego wniosek”, gdyż brzmienie kwestionowanego w tym zakresie postanowienia ogłoszenia zostało ustalone w ogłoszeniu opublikowanym w dniu 23 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 247 – 40157, zatem dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 2 stycznia 2012 r.

Za wniesiony w ustawowym terminie Izba uznała zarzut dotyczący brzmienia sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a) oraz b) (w zakresie, w którym odwołuje się do litery „a”) ogłoszenia w zakresie zmienionym ogłoszeniem opublikowanym w dniu 8 lutego 2012 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2012/S 26 – 041190).

Jednocześnie wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu odwołania w zakresie dotyczącym zmiany spójnika „bądź” na „lub” w sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a) (oraz tym samym litera „b” w zakresie, w którym odwołuje się do litery „a”) Izba stwierdziła, iż na chwilę zamknięcia rozprawy nie istnieją już kwestionowane przez odwołującego w odwołaniu postanowienia ogłoszenia. Dokonana zmiana ogłoszenia koresponduje z wnioskami odwołującego sformułowanymi w odwołaniu w tym zakresie. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 707/11) „postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust.1 jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. W sytuacji, kiedy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, gdyż przepisy ustawy pzp takiej możliwości nie przewidują, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że ustawa prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na uwzględnieniu części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to należy uznać, że takie uwzględnienie jest skuteczne i następuje ono z chwilą opublikowania tej zmiany, w sposób umożliwiający zapoznanie się z nią wykonawców. Również wniesienie odwołania od zapisów postanowień siwz, nie ma wpływu na uprawnienie zamawiającego do zmian w tym zakresie,

do czasu zamknięcia rozprawy. Tym samym należy uznać, że orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu jest naruszeniem ratio legis ustawy pzp”.

Izba podkreśla, iż w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje do zamknięcia rozprawy postulowanych przez odwołującego zmian w treści ogłoszenia, wówczas przedmiotem rozstrzygnięcia Izby są tylko te zarzuty, co do których między stornami istnieje spór. Inna interpretacja ustawy, w szczególności uwzględniając brzmienie art. 191 ust. 2 Pzp, nie daje się pogodzić z celem postępowania odwoławczego, którym jest rozstrzygnięcie pomiędzy stronami sporu, co do prawidłowości czynności (zaniechań) zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o zamówienie publiczne. Izba ocenia zarzuty odwołania na podstawie właściwych przepisów mając na uwadze stan sprawy (istniejące okoliczności faktyczne) na dzień zamknięcia rozprawy (tak też: wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r., sygn. akt KIO 2205/11). Zatem w sytuacji, gdy na moment zamknięcia rozprawy nie istnieją kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego, a co za tym idzie, brak jest faktycznej podstawy sporu, zarzuty w tym zakresie w odwołaniu podnoszone należy pozostawić bez rozpoznania. Konsekwencją przyjętego stanowiska jest, iż rozpoznaniu przez Izbę podlegają pozostałe (nieuwzględnione przez zamawiającego) zarzuty odwołania i to rozstrzygnięcie o nich decyduje o wyniku sprawy, znajdując odzwierciedlenie zarówno w sentencji orzeczenia, jak i adekwatnie w rozstrzygnięciu o kosztach postępowania.

Uwzględnwszy przedstawione powyżej stanowisko Izby na gruncie badanej sprawy do rozstrzygnięcia pozostaje zarzut odwołania sprowadzający się do twierdzenia, iż brzmienie postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a) oraz b) ogłoszenia w zakresie dotyczącym stwierdzenia, że wykonawca powinien legitymować się zamówieniem na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie „oprogramowania (modułów bądź nowych funkcjonalności)”, jest nieprecyzyjne, bowiem nie wiadomo, czy zamawiający przez pojęcie oprogramowania rozumie wykonanie tylko nowych modułów bądź funkcjonalności, czy też możliwe jest też spełnienie tego warunku w oparciu o oprogramowanie nie zawierające wyodrębnionych modułów bądź funkcjonalności. Wątpliwości odwołującego wynikają z redakcji kwestionowanego postanowienia ogłoszenia, w zakresie w którym zamawiający wskazał, iż wykonawca ma wykazać zrealizowanie zamówienia na wykonanie analizy, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie „oprogramowania (modułów bądź nowych funkcjonalności)” opartego o podaną w ogłoszeniu technologię.

Odnosząc się do wątpliwości odwołującego dotyczących treści powołanego postanowienia polegających na tym, czy zamawiający przez pojęcie oprogramowania

rozumie wykonanie tylko nowych modułów bądź (po modyfikacji z dnia 23 lutego 2012 r. „lub”) funkcjonalności, czy też możliwe jest też spełnienie tego warunku w oparciu o oprogramowanie nie zawierające wyodrębnionych modułów bądź („lub”) funkcjonalności Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 48 ust. 2 pkt 6 ustawy, co przesądziło o oddaleniu odwołania.

Jak wynika z art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp ogłoszenie o zamówieniu zawiera warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenie tych warunków. W art. 7 ust. 1 ustawy sformułowana została zasada przygotowania i przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W praktyce oznacza to, iż zamawiający zobowiązany jest, opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1 Pzp, określić precyzyjnie, jednoznacznie, w jaki sposób (wedle jakich kryteriów) będzie dokonywał weryfikacji, czy wykonawcy wykazali spełniania opisanych przez niego w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu. W tej kwestii Izba podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w przytoczonym przez odwołującego wyroku z dnia 16 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1291/10). Zarzut odwołującego sprowadza się do twierdzenia, iż w kwestionownym postanowieniu ogłoszenia zamawiający uchybił tym regułom nieprecyzyjnie formułując zasady, na podstawie których dokona oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy zdaniem Izby redakcja postanowienia sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. a) (a co za tym idzie także litera „b”) ogłoszenia nie pozostawia wątpliwości, iż treść znajdująca się w stanowiącym znak przestankowy wyodrębniający nawiasie „(modułów bądź nowych funkcjonalności)”, jak słusznie podnosił zamawiający na rozprawie, stanowi w kontekście użytym przez zamawiającego w ogłoszeniu uszczegółowienie wyrażenia znajdującego się przed nawiasem tj. odnosi się do zrealizowania zamówienia polegającego na wykonaniu analizy, zaprojektowania, wytworzenia oraz wdrożenia oprogramowania. Zatem nie pozostawia w ocenie Izby wątpliwości, iż w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowania należy wykazać realizację zamówienia polegającego na wykonaniu analizy, zaprojektowaniu, wytworzeniu oraz wdrożeniu oprogramowania, na które składają się moduły lub nowe funkcjonalności. Dodać należy, iż odwołujący na rozprawie nie wskazał przykładu zamówienia polegającego na wykonaniu analizy, zaprojektowaniu, wytworzeniu oraz wdrożeniu oprogramowania opartego o technologię Oracle E – Business Suite – wersja 11 nie zawierającego wyodrębnionych modułów bądź nowych funkcjonalności. Podany przez odwołującego w toku rozprawy przykład obejmował sytuację, gdy system EBS jest wdrażany dla jednej spółki, a następnie wdrażany w kolejnych spółkach powiązanych, w niezmienionej

postaci tj. nie zostają dodane nowe moduły ani nowe funkcjonalności. Wskazany przykład dotyczył jednak – jak słusznie zauważył zamawiający na rozprawie - tylko fazy wdrożenia.

Zatem powoływane przez odwołującego rozumienie kwestionowanego postanowienia ogłoszenia nie znajduje uzasadnienia w jego brzmieniu tym bardziej, że odwołujący nie wskazał adekwatnego przykładu, który mógłby przemawiać za interpretacją ogłoszenia podaną w odwołaniu. Tym samym w ocenie Izby rację ma zamawiający, iż brzmienie omawianego postanowienia ogłoszenia jednoznacznie wskazuje, że wykonawcy w celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku, muszą wskazać na realizację zamówienia (polegającego na wykonaniu analizy, zaprojektowaniu, wytworzeniu oraz wdrożeniu) oprogramowania, obejmującego nowe moduły lub nowe funkcjonalności. Odwołujący nie udowodnił, aby istniało oprogramowanie Oracle EBS, które nie zawiera ani modułów, ani nowych funkcjonalności.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy, oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 a) 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: