

Sygn. akt: KIO 185/12
KIO 221/12

WYROK
z dnia 13 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Barbara Bettman

Honorata Łopianowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 stycznia 2012 r. przez **ASSECO POLAND S.A. z siedzibą w Rzeszowie** (sygn. akt: KIO 185/12),
- B. w dniu 2 lutego 2012 r. przez **SAP Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 221/12),

w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie**,

przy udziale wykonawców:

- A. SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 185/12 i KIO 221/12,
- B. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 185/12,
- C. Innovation Technology Group S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 185/12,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie złożone przez ASSECO POLAND S.A. (sygn. akt: KIO 185/12) i nakazuje Zamawiającemu doprecyzowanie punktu III.2.3.b ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu poprzez zdefiniowanie pojęcia *instytucja finansowa*;**
2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 185/12 obciąża **Bank Gospodarstwa Krajowego** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ASSECO POLAND S.A.** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Banku Gospodarstwa Krajowego** na rzecz **ASSECO POLAND S.A.** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
3. **Oddala odwołanie złożone przez SAP Polska Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 221/12);**
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 221/12 obciąża **SAP Polska Sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SAP Polska Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 185/12

KIO 221/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Wdrożenie Centralnego Systemu Bankowego wraz z niezbędną infrastrukturą oraz usługą utrzymania.*

Sygn. akt KIO 185/12

W dniu 27 stycznia 2012 r. wykonawca Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 29 ust. 1 oraz w związku z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 w zw. z art. 91 oraz art. 22 ust.4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że sporządzony przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków zawiera wymagania nadmierne, niezwiązane z przedmiotem i celem zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu zdefiniował dwa rodzaje warunków: (a) warunki konieczne do ubiegania się o udzielenie zamówienia (minimalny poziom wymaganych standardów) i (b) warunki podlegające dodatkowej punktacji złożonego wniosku. Wypełnienie dodatkowych (nieobligatoryjnych) warunków będzie miało znaczenie, z punktu widzenia możliwości przejścia wykonawcy do kolejnego etapu postępowania, następującego po ocenie przez Zamawiającego złożonego przez wykonawcę wniosku, jeżeli zostanie złożonych więcej niż 5 wniosków.

Jednym z warunków koniecznych jest wskazanie wymogu potwierdzenia posiadania przez wykonawcę doświadczenia i wiedzy w realizacji, w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, usługi wdrożeniowej o wartości co najmniej 20 mln PLN (netto) polegającej na wykonaniu budowy oraz wdrożenia Centralnego Systemu Bankowego w banku lub instytucji finansowej. Natomiast warunkiem nieobligatoryjnym, warunkującym dodatkową punktację złożonego wniosku, jest wymóg potwierdzenia wykonania usługi wdrożeniowej, o minimalnej wartości wskazanej w warunku obligatoryjnym, w dziesięciu bankach i instytucjach finansowych (pkt IV.1.2.3.), przy czym wymóg dziesięciu podmiotów wynika z opisu sposobu punktowania przedstawianych projektów, gdzie za każdy projekt jest przyznawany przez Zamawiającego

jeden punkt, nie więcej jednak niż 10 punktów (pkt IV. 1.2.4.). Tym samym wypełnienie warunku dodatkowego oznacza, że Odwołujący, chcąc otrzymać maksymalną liczbę punktów, powinien wykazać się realizacją co najmniej jedenastu projektów wdrożeniowych o wartości co najmniej 20 mln PLN każdy, wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat.

Odwołujący podniósł, że dodatkowym ograniczeniem możliwości wypełnienia wymogu w odniesieniu do warunku posiadania doświadczenia we wdrożeniach systemów jest wskazanie podmiotu będącego odbiorcą wykonanej usługi wdrożenia. Opisane przez Zamawiającego podmioty: jako banki lub instytucje finansowe, będące odbiorcą usług wdrożeniowych stanowią faktycznie szeroką grupę podmiotów. Odwołujący ma wątpliwości, czy Zamawiający uzna za wypełniony przez wykonawcę wymóg wiedzy i doświadczenia, w przypadku, gdy odbiorcą usługi wdrożeniowej będzie instytucja finansowa niebędąca bankiem ani spółdzielczą kasą oszczędnościowo-kredytową.

Zdaniem Odwołującego, wymóg kwotowy na poziomie 20 mln PLN dla takiej liczby projektów w tak krótkim czasie jest wymogiem, który znacznie utrudnia dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom i zasadniczo ogranicza liczbę wykonawców zdolnych do przedstawienia referencji wykonania wdrożeń. Jest wymaganiem nadmiernym, niepotwierdzającym w żadnej mierze wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Czynnikiem pozwalającym zamawiającemu na dokonanie oceny wiarygodności wykonawcy, jest jego dorobek zawodowy, czyli posiadana wiedza i doświadczenie (art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy). W celu zweryfikowania zdobytego doświadczenia zamawiający może żądać od wykonawcy wykazania się np. konkretną liczbą zrealizowanych dostaw bądź usług – pod warunkiem, że będą adekwatne do rodzaju, wartości, specyfiki i stopnia złożoności danego przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, uwarunkowanie wiedzy i doświadczenia wartością zrealizowanego projektu jest bezpodstawne.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że funkcja kwoty minimalnej projektu (na poziomie 20 mln PLN) przestaje być zrozumiała w odniesieniu do innego koniecznego warunku – warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, jakim jest średni roczny obrót na poziomie nie niższym niż 20 mln PLN. Przyjmując, że Zamawiający ustanawiając tak wysoki wymóg kwotowy miał na celu znalezienie partnera wiarygodnego, profesjonalistę, któremu podmioty powierzają realizację istotnych projektów wdrożeniowych, niewątpliwie istotnych również z punktu widzenia bezpieczeństwa tego podmiotu i zapewnienia jego ciągłości działania, niezrozumiałym zdaniem Odwołującego jest, że tak wyspecjalizowany podmiot jest w stanie zrealizować wszystkie te projekty, wypracowując średni roczny obrót na poziomie 20 mln PLN.

Odwołujący zakwestionował również zapowiedziany przez Zamawiającego wymóg co najmniej 2 alternatywnych usługodawców, niepowiązanych z wykonawcą, kompetentnych w utrzymaniu i dalszym dostosowaniu oferowanego systemu, który to wymóg ma być opisany w specyfikacji warunków zamówienia (pkt VI.3.33.). Wskazał, że taki wymóg stanowi zdecydowaną preferencję konkretnych podmiotów, prowadzących określony model biznesowy, polegający na budowaniu sieci dystrybucji sprzedaży poprzez powierzanie usług wdrażania tego systemu i jego dalszego utrzymania podmiotom trzecim. Wymóg ten wyklucza producentów oprogramowania, którzy takiego modelu biznesowego nie stosują.

W ocenie Odwołującego, opis warunku w zakresie doświadczenia narusza przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, wyłącznie do podmiotów, które zrealizowały podobne usługi w banku lub instytucji finansowej za minimalną kwotę 20 mln PLN oraz poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu zapowiedzi dodatkowego wymogu co najmniej dwóch alternatywnych usługodawców, niepowiązanych z wykonawcą, kompetentnych w utrzymaniu i dalszym dostosowaniu oferowanego systemu.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający, w ogłoszeniu o zamówieniu, wskazał bardzo ogólne kryteria oceny, nie precyzując szczegółowo przesłanek wypełnienia poszczególnych kryteriów (pkt IV.2.1). Odwołujący wskazał, że w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego przyjęte kryteria oceny ofert muszą być tak ukształtowane, aby w okolicznościach w których przedmiot zamówienia jest w sposób szczególny złożony, wykonawcy mieli możliwość wykazania, że proponowane przez nich rozwiązania są najkorzystniejsze. Kryteria oceny ofert są jedynym mechanizmem wyboru oferty najkorzystniejszej i muszą być określone w sposób precyzyjny i zrozumiały. Są bowiem jedną z najważniejszych przesłanek branych pod uwagę przez wykonawcę na etapie podejmowania decyzji o zasadności składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, w okolicznościach, w których przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w szczególnym trybie jakim jest dialog konkurencyjny, precyzyjne opisanie kryteriów w ogłoszeniu o zamówieniu jest konieczne. Tymczasem Zamawiający w pkt IV.2.1 wymienił jedynie te kryteria, z przypisaniem wag.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany:

1. pkt III.2.3.b ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu poprzez:
 - a) wprowadzenie warunku posiadania doświadczenia we wdrożeniach systemów posiadających takie funkcje, jak wyspecyfikowane dla Centralnego Systemu Bankowego, bez określenia wartości wdrożenia;

- b) doprecyzowanie sektora, którego dotyczą te wdrożenia przez wyraźne wskazanie, że dotyczą banków i instytucji finansowych także innych niż spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe;
2. pkt IV.1.2.3. ogłoszenia o zamówieniu poprzez:
 - a) wprowadzenie warunku posiadania doświadczenia we wdrożeniach systemów posiadających takie funkcje jak wyspecyfikowane dla Centralnego Systemu Bankowego, bez określenia wartości wdrożenia;
 - b) doprecyzowanie sektora, którego dotyczą te wdrożenia poprzez wyraźne wskazanie, że dotyczą banków i instytucji finansowych także innych niż spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe;
 3. pkt VI.3.33. ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zapowiedzi mającego się pojawić na etapie składania ofert dodatkowego wymagania Zamawiającego dostarczenia i wdrożenia Centralnego Systemu Bankowego, dla którego istnieje rynek co najmniej 2 alternatywnych usługodawców niepowiązanych z wykonawcą firm wdrożeniowych, kompetentnych w utrzymaniu i dalszym dostosowaniu Centralnego Systemu Bankowego, poprzez usunięcie tego dodatkowego wymagania.
 4. pkt IV.2.1 w zakresie opisu kryteriów udzielenia zamówienia, poprzez ich wskazanie, w tym w szczególności kryterium funkcjonalności i kryterium jakościowe.
 5. przedłużenie terminu do składania wniosków w niniejszym postępowaniu.

Sygn. akt KIO 221/12

W dniu 2 lutego 2012 r. wykonawca SAP Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący zakwestionował uniemożliwienie przez Zamawiającego posługiwania się przez wykonawcę doświadczeniem i wiedzą innych podmiotów na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania się wdrożeniami podlegającymi punktacji.

Odwołujący wskazał, że funkcjonowanie SAP Polska w międzynarodowej korporacji SAP w praktyce często oznacza, iż pracownicy lub współpracownicy tego wykonawcy uczestniczą w projektach międzynarodowych, realizowanych przez inne spółki SAP za granicą, oraz odwrotnie – pracownicy lub współpracownicy z zagranicznych spółek SAP uczestniczą w projektach realizowanych przez SAP Polska w Polsce. Odwołujący podniósł, iż posłużenie się przez SAP Polska Sp. z o.o. referencjami współpracujących ze sobą stale

spółek jest praktyką stosowaną przez SAP Polska w przetargach publicznych. Ze względu na funkcjonowanie SAP Polska Sp. z o.o. w grupie kapitałowej SAP i stałą współpracę z należącymi do niej podmiotami, ich wiedza i doświadczenie powinny być pozytywnie oceniane przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający co do zasady nie zabronił wykonawcom korzystania z podwykonawców, jednakże nawet gdyby to uczynił, to posłużenie się doświadczeniem i wiedzą innych podmiotów na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie oznacza jeszcze udziału podwykonawcy w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wykazał specyfiki przedmiotu zamówienia, która mogłaby w jakikolwiek sposób wpłynąć na brak możliwości posłużenia się doświadczeniem i wiedzą innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. b ustawy Pzp ani na niemożliwość posłużenia się podwykonawcą przy realizacji zamówienia. Zamawiający nie wskazał też, dlaczego realizacja przez wykonawcę prawa określonego w art. 26 ust. b miałaby negatywnie wpływać na ocenę wykonawcy, a tym samym wykluczać go z postępowania.

Powołując się na orzecznictwo KIO Odwołujący podniósł, że ustalenie różnych zasad punktacji doświadczenia wykonawców nie może być dyskryminujące dla podmiotów korzystających z zasobów innych wykonawców. Zastosowanie zróżnicowanej punktacji wobec wykonawcy korzystającego z doświadczenia i wiedzy innych podmiotów, szczególnie wobec wykonawcy, który funkcjonuje w ramach grupy kapitałowej, stanowi – zdaniem Odwołującego – naruszenie art.7 ust. 1 ustawy Pzp oraz przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany punktu IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wprowadzenie postanowienia, że wykonawca może posługiwać się doświadczeniem i wiedzą innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz nakazanie ustalenia jednolitych zasad punktacji dla wykonawców korzystających z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy i dla niekorzystających z tego prawa.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem III.2.3.b ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

1. wykonali co najmniej jedną usługę wdrożeniową o wartości co najmniej 20 mln PLN (netto), polegającą na przeprowadzeniu budowy i wdrożenia Centralnego Systemu Bankowego w banku lub instytucji finansowej lub

2. wykonali lub wykonują co najmniej jedną usługę polegającą na utrzymaniu i rozwoju Centralnego Systemu Bankowego (CSB) w banku lub instytucji finansowej, przy czym Zamawiający dopuszcza tylko takie usługi, które:

a) były lub są realizowane przez podmiot, który wykonał wdrożenie systemu, którego dotyczą lub dotyczyły te usługi (usługa ta musi dotyczyć systemu, który został wdrożony, tj. odebrany przez zamawiającego bez zastrzeżeń)

b) były lub są realizowane przez okres co najmniej 12 następujących po sobie miesięcy, a ich wartość w ciągu ostatnich 12 miesięcy wyniosła co najmniej 2 mln PLN netto.

W punkcie IV.1.2 ogłoszenia Zamawiający podał, że w zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli liczba tych wykonawców będzie mniejsza niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich wykonawców.

Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu, będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy otrzymają najwyższą liczbę punktów, przyznanych według następujących zasad:

a. Za każde pojedyncze zamówienie spełniające wymagania określone w Sekcji III.2.3.b w pkt 1, potwierdzone dokumentem wskazującym, że zamówienie to zostało wykonane należycie, Zamawiający przyzna 1 punkt, przy czym w celu otrzymania punktów wykonawcy muszą się wykazać własnym doświadczeniem (Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie posługiwania się doświadczeniem i wiedzą innych podmiotów na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp). Wykonawca może otrzymać łącznie maksymalnie 10 punktów;

b. Za każde pojedyncze zamówienie spełniające wymagania określone w Sekcji III.2.3.b w pkt 2, potwierdzone dokumentem wskazującym, że zamówienie to zostało wykonane lub jest wykonywane należycie, Zamawiający przyzna 1 punkt, przy czym w celu otrzymania punktów wykonawcy muszą się wykazać własnym doświadczeniem (Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie posługiwania się doświadczeniem i wiedzą innych podmiotów na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp). Wykonawca może otrzymać łącznie maksymalnie 10 punktów.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na uniemożliwieniu im udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nieuzyskaniu zamówienia.

Sygn. akt KIO 185/12

Izba nie rozpoznała zarzutów dotyczących postanowień punktu VI.3.33. i punktu IV.2.1 ze względu na ich wycofanie przez Odwołującego.

W pozostałym zakresie Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ze względu na słuszność zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego określenia w ogłoszeniu kręgu odbiorców usług, których realizacją mają wylegitymować się wykonawcy (pkt III.2.3.b ogłoszenia o zamówieniu).

Zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszcza się opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków. Przepis ten, interpretowany przez pryzmat wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nakłada na Zamawiającego obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu takiego opisu, który pozwoli wykonawcom poznać wiedzę o tym, kiedy Zamawiający uzna warunek za spełniony i zagwarantuje, że wszyscy wykonawcy zostaną ocenieni według tych samych zasad.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem we wdrożeniu centralnych systemów bankowych na rzecz banków lub instytucji finansowych, nie określając, jakiego rodzaju podmioty uzna za instytucje finansowe. Kręgu tych podmiotów nie sposób również ustalić posługując się definicjami ustanowionymi w przepisach prawa, bowiem pojęcie to jest różnie definiowane.

Zgodnie z art. 4 § 1 pkt 7 Kodeksu spółek handlowych instytucją finansową jest bank, fundusz inwestycyjny, towarzystwo funduszy inwestycyjnych lub powierniczych, narodowy fundusz inwestycyjny, zakład ubezpieczeń, zakład reasekuracji, fundusz powierniczy, towarzystwo emerytalne, fundusz emerytalny lub dom maklerski, mające siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej albo w państwie należącym do Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju. Z kolei według Prawa bankowego (art. 4 ust. 1 pkt 7) instytucja finansowa, to podmiot niebędący bankiem ani instytucją kredytową, którego podstawowa

działalność będąca źródłem większości przychodów polega na wykonywaniu czynności i świadczeniu usług wymienionych w tym przepisie. Zakres tych dwóch definicji nie jest więc tożsamy.

W związku z powyższym wykonawcy, na podstawie informacji zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu, nie uzyskali pewności, jak Zamawiający oceni spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że jeśli podczas oceny wniosków powstaną jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, będą one interpretowane na korzyść wykonawców. W ocenie Izby, przyjmując nawet, że Zamawiający będzie szeroko interpretował sporne pojęcie przy ocenie wniosków, pozostawi to Zamawiającemu zbyt dużą sferę uznaniowości, zagrażając zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ze względu na to Izba stwierdziła, że dokonany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niezgodny z przepisem art. 22 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu zdefiniowanie pojęcia *instytucja finansowa*. W związku z powyższym Zamawiający powinien przedłużyć termin na składanie wniosków o czas niezbędny do ich prawidłowego przygotowania w oparciu o zmienioną treść ogłoszenia.

Izba natomiast nie uznała za uzasadnione żądania Odwołującego, aby doprecyzowanie tego pojęcia nastąpiło poprzez dopuszczenie odbiorców usług innych niż banki i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Biorąc pod uwagę treść postawionego żądania, otwarte i nieograniczone dopuszczenie także wszelkich innych aniżeli banki i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe podmiotów sprowadzałoby się do zaakceptowania usług świadczonych na rzecz jakiegokolwiek podmiotu, co nie odpowiadałoby przedmiotowi zamówienia.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z odwołaniem się do wartości wykonanych wdrożeń, którymi mają legitymować się wykonawcy.

Izba stanęła na stanowisku, że wartość zrealizowanego wdrożenia jest jednym z elementów obrazujących jego skalę i złożoność. Zamawiający nie ma obowiązku, ale ma prawo posługiwać się tym elementem przy opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Granice swobody Zamawiającego w dokonaniu tego opisu wyznacza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że powinien on być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba nie dopatrzyła się naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający uznał, że wartość zrealizowanych zamówień jest istotna z punktu widzenia doświadczenia, to miał

prawo to zrobić, o ile wartość tę określi na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu proporcje te zostały – zdaniem Izby – zachowane. Kwota 20 mln zł to wartość stanowiąca mniej niż 40% wartości zamówienia obliczonej przez Zamawiającego na podstawie przeprowadzonego badania rynku.

Należy w tym miejscu wskazać, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest kompetencją Zamawiającego. Tak długo, jak Zamawiający w sposób nieuzasadniony nie ogranicza wykonawcom dostępu do udziału w postępowaniu, działa zgodnie z przepisami, a wykonawcy nie mogą skutecznie ubiegać się o zmianę warunków udziału w postępowaniu.

Istotny jest również fakt, że Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu alternatywny opis warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, dopuszczając wykazanie się przez wykonawców usługami polegającymi na utrzymaniu i rozwoju Centralnego Systemu Bankowego, o wartości co najmniej 2 mln zł.

Dalej idącą swobodę ma Zamawiający w odniesieniu do opisu warunków podlegających punktacji w postępowaniach kilkustopniowych (*de facto* właśnie opis sposobu punktacji był kwestionowany w odwołaniu). Ustalenie puli wykonawców, którzy przejdą do kolejnego etapu postępowania, z istoty rzeczy musi być dokonane poprzez selekcję wykonawców i wybór tych, którzy warunki udziału w postępowaniu spełniają w najwyższym stopniu. Fakt, że dany wykonawca spełnia warunki w mniejszym zakresie, niż maksymalny, gwarantujący dalszy udział w postępowaniu, w żaden sposób nie świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego ustawy.

Skoro więc opis obligatoryjnego warunku udziału w postępowaniu był dokonany zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, to tym bardziej brak jest podstaw do zakwestionowania zasad punktacji mającej prowadzić do wyboru pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu.

Sygn. akt: KIO 221/12

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stanęła na stanowisku, że niedopuszczenie korzystania z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie podlegającym punktacji, jest zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W trybach kilkustopniowych (takich jak dialog konkurencyjny), w przypadku dużej liczby wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Zamawiający musi dokonać wyboru wykonawców, którzy wezmą udział w kolejnych etapach postępowania. Istotą tych

trybów jest wstępna selekcja wykonawców, w celu udzielenia zamówienia temu z nich, który daje największą rękojmię jego prawidłowej realizacji. Ustawa Pzp nie określa szczegółowych zasad tej selekcji, nakazując jedynie zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o sposobie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o znaczeniu tych warunków, co Zamawiający uczynił.

W ocenie Izby Zamawiający miał prawo uznać, że w większym stopniu spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ci wykonawcy, którzy samodzielnie wykonali danego rodzaju usługi, nie zaś bazują na doświadczeniu innych podmiotów. Takie ustalenie zasad punktacji wniosków jest zgodne z przepisami ustawy. Natomiast zarzut zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, w aspekcie trybu w jakim postępowanie jest prowadzone, wymagającego ze swej istoty ograniczenia kręgu wykonawców, którzy przejdą do kolejnego etapu postępowania, jest całkowicie bezzasadny.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest argument Odwołującego, że uniemożliwienie polegania na doświadczeniu innych podmiotów uniemożliwi mu udział w postępowaniu, natomiast stała współpraca z innymi podmiotami należącymi do grupy kapitałowej SAP pozwoliłaby mu na wylegitymowanie się odpowiednim doświadczeniem na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Sytuacja konkretnego wykonawcy nie przesądza bowiem o prawidłowości przyjętych przez Zamawiającego zasad oceny.

Gdyby Zamawiający uniemożliwił wykonawcom korzystanie z potencjału innych podmiotów w celu wykazania spełniania warunku minimum (co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca), takie działanie należałoby uznać za niezgodne z ustawą, która w art. 26 ust. 2b statuuje uprawnienie wykonawców do polegania m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. W odniesieniu do takiej sytuacji słuszne byłyby argumenty Odwołującego i Przystępującego o niezgodności takich działań nie tylko z ustawą, ale również z przepisami wspólnotowymi. Natomiast w celu dokonania selekcji wykonawców, którzy przejdą do dalszego etapu postępowania, taki sposób oceny jest jak najbardziej uzasadniony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....