

**WYROK**

**z dnia 3 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2015 r. przez **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Capgemini Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** – modyfikację ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie w pkt. II.2.1 ogłoszenia postanowienia o treści: *Wartość Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 45% ceny oferty.*
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **Asseco Poland Spółkę Akcyjną w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Agencji Modernizacji i Restrukturyzacji Rolnictwa w Warszawie** na rzecz **Asseco Poland Spółki Akcyjnej w Rzeszowie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Agencja Modernizacji i Restrukturyzacji Rolnictwa w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie i rozwój Systemu Informatycznego Agencji SIA (ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSIPplus, PA).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 22 lipca 2015 roku wykonawca Asseco Poland SA w Rzeszowie (dalej odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu zarzucając zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ i mających wpływ na sporządzenie oferty,
2. naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców,
3. naruszenie przepisu art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie kryterium oceny ofert w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, co utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców,
4. naruszenie przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- I. uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu modyfikację ogłoszenia w sposób określony w treści uzasadnienia odwołania,
- II. przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania.

Odwołujący wykazał swój interes w uzyskaniu danego zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania, wskazując, że może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wyrażającą się w takim niejednoznacznym sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, które utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, co może negatywnie wpłynąć na możliwość zakwalifikowania odwołującego do grona pięciu podmiotów zaproszonych do składania ofert.

W zakresie zarzutu niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia – równoległe dwie umowy na usługi rozwojowe odwołujący podniósł, że w dniu 20 maja 2015 roku zostały złożone w ARiMR oferty na „Usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARiMR oraz modyfikację aktualnie istniejących systemów IT w ARiMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy (umowa ramowa rozwojowa)” (postępowanie znak DZP-2611-2/2014). Przedmiotem postępowania znak DZP-2611-2/2014 są modyfikacje Systemu Informatycznego Agencji - SIA. Termin obowiązywania umowy ramowej rozwojowej to 48 miesięcy poczynając od dnia zawarcia umowy lub do dnia wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację umowy ramowej rozwojowej. Dotychczas umowy ramowe rozwojowe nie zostały zawarte, ale w dniu 13 lipca 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając odwołania wniesione na czynność wyboru najkorzystniejszych ofert (sygn. akt KIO 1156/15, 1162/15, 1155/15) wydała wyrok, w którym nakazała ponowną ocenę ofert i wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dwóch spośród pięciu wykonawców. Oznacza to, że postępowanie nie zostanie unieważnione a umowy zostaną zawarte.

Przedmiotem postępowania znak DZP-2611-3/2015, w sprawie którego składane jest odwołanie są również, jak w umowie ramowej rozwojowej, modyfikacje Systemu Informatycznego Agencji - SIA. Okres obowiązywania umowy wynosi 47 miesięcy od momentu udzielenia zamówienia. Oznacza to, że przez okres co najmniej 3 lat ARiMR będzie stroną dwóch umów, których przedmiotem są te same usługi modyfikacji Systemu Informatycznego Agencji - SIA.

Zamawiający ani w postępowaniu na umowę ramową rozwojową, ani w niniejszym postępowaniu, nie wskazał żadnych zasad, według których będzie dokonywał wyboru umowy, w ramach której będzie dokonywał zamówienia danej modyfikacji. W skrajnym przypadku zamawiający może w ogóle nie zlecać zamówień w ramach umowy z niniejszego postępowania, a koszt uczestnictwa w postępowaniu jest bardzo wysoki (dwa etapy; zadanie). Informacja w ogłoszeniu dotycząca zasad składania zamówień na usługi rozwojowe oraz relacji umowy z danego postępowania względem umowy ramowej

rozwojowej jest niezbędna do podjęcia przez odwołującego decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu ogłoszonym przez Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że planowana wartość umowy ramowej rozwojowej wynosi 54 471 513,60 PLN netto, gdy dotychczasowa wartość usług rozwojowych w ramach aktualnej umowy S1A nr 72/DI/2013/2618 wynosi jedynie 8 700 000,00 PLN netto. Wielkość budżetu przewidzianego na umowę ramową rozwojową uprawdopodobnia scenariusz, że zamawiający może w ogóle nie zamawiać modyfikacji w ramach umowy z niniejszego postępowania,

W związku z już poniesionymi nakładami odwołującego związanymi z uczestnictwem w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej rozwojowej oraz kosztami koniecznymi do poniesienia wraz z podpisaniem umowy ramowej rozwojowej w postaci zapewnienia specjalistów o kompetencjach niezbędnych do realizacji umowy ramowej rozwojowej oraz zakup i utrzymanie podstawowych elementów środowisk klienta, odwołujący podniósł, że działanie zamawiającego narusza zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawcy niezaangażowani w umowę ramową rozwojową nie są obciążani tak jak odwołujący balastem kosztów opisanym powyżej, zatem ich pozycja do złożenia oferty jest zdecydowanie korzystniejsza w stosunku do odwołującego. Odwołujący podkreślił, że dla uwzględnienia odwołania w tym zakresie wystarczającym jest uprawdopodobnienie naruszenia przepisów w powyższym zakresie.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2852/12, z którego wynika, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy wskazać, iż norma prawna uregulowana w przepisie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi normę o charakterze *lex specialis* w odniesieniu art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do modyfikacji treści ogłoszenia poprzez wyłączenie z zakresu postępowania usług rozwojowych będących przedmiotem postępowania na umowę ramową rozwojową. Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że w razie braku możliwości uwzględnienia powyższego żądania z przyczyn, które wykaże zamawiający, wystarczającym będzie dla odwołującego wskazanie konkretnych kryteriów zgodnie, z którymi zamawiający będzie rozstrzygał, w ramach której umowy będzie dokonywał zamówień modyfikacji.

W zakresie zarzutu opisanego kryterium oceny ofert w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej, odwołujący podniósł, że w pkt II.2.1 ogłoszenia zamawiający określił, że „Wartość Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 45 % ceny

oferty.". Jednocześnie zdanie wcześniej zamawiający stwierdził, że „Każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości co powinno znaleźć odzwierciedlenie w Formularzu Ofertowym”. W ocenie dowołującego powyżej cytowane zapisy zamawiającego są wewnątrznie sprzeczne, bo skoro usługi są niezależne i każda z nich ma swoją realną wartość, to nie można wymagać od Wykonawców, że Usługi Modyfikacji muszą stanowić minimum 45% ceny oferty. Wprowadzenie takiej zależności Usług Modyfikacji od Usług Utrzymania powoduje bowiem skutek odwrotny tzn. zależność tych usług od siebie i faktyczne zmuszanie wykonawców do subsydiowania jednych usług przez drugie.

Odwołujący zauważył, że ograniczenie wprowadzone przez zamawiającego narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, poprzez sztywne narzucenie, że usługi utrzymania nie mogą stanowić więcej niż 55 % ceny oferty. Taki zapis faworyzuje podmioty, które mają niższe proporcjonalnie koszty utrzymania w stosunku do kosztu usług modyfikacji. Takie ograniczenie sprawia, że wykonawca nie może traktować każdej z usług jako usługę odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, a wręcz narzuca konieczność finansowania jednej usługi z budżetu drugiej. Ograniczenie to jest działaniem, które w sposób istotny obniża zdolność odwołującego do złożenia oferty, która byłaby konkurencyjna.

Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku sygn. akt KIO 547/15, z którego wynika, że kalkulacja powinna być realna, pozwalająca na zbilansowanie kosztów realizacji danego zamówienia. W szczególności nie jest akceptowalna sytuacja, że wykonawca nisko kalkuluje cenę oferty, zakładając korzyści z innych ubocznych świadczeń, czy przewidując osiągnięcie na innych płaszczyznach działalności zysku.

Odwołujący zwrócił uwagę, że usługi rozwojowe to w praktyce budżet ramowy, który zamawiający może ale nie musi zlecić. Oznacza to, że ograniczenie 45 % przerzuca ryzyko finansowania ryczałtu na niepewny budżet usługi rozwoju.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji treści ogłoszenia poprzez usunięcie ograniczenia, które utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

W zakresie zarzutu ustalenia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezwiązany z przedmiotem zamówienia odwołujący podniósł, że zakres przedmiotowego postępowania to kontynuacja świadczenia usług, które aktualnie są świadczone zgodnie z umową nr 72/DI/2013/2618. Warunki udziału

w postępowaniu zdefiniowane przez zamawiającego w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu zdaniem odwołującego są nieproporcjonalne do postępowania, bowiem w zakresie usługi rozwoju są one dwukrotnie wyższe (20 000 000 PLN) niż wynika to z zakresu dotychczasowej umowy 72/DI/2013/2618 (10 701 000 PLN). Konsekwencją tak określonych warunków udziału jest to, że dotychczasowy wykonawca, realizując obecnie usługi dla ARiMR, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Stawianie takich warunków udziału, które przekraczają parametry aktualnej umowy nie uzasadnia celu jakim jest zapewnienie wykonawców zdolnych do świadczenia usług na poziomie oczekiwanym przez zamawiającego. W ocenie odwołującego jest to nadmierne ograniczenie kręgu podmiotów mogących świadczyć usługi na rzecz zamawiającego, które skutkuje naruszeniem przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale KIO/KU 83/10, zgodnie z którym opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowania nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. "Związany z przedmiotem zamówienia" - opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia - opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byłoby w stanie wykonać zamówienie.

Odwołujący podniósł, że zamawiający od wielu lat opiera szacowanie oraz rozliczanie projektów rozwojowych w oparciu o metodykę PF IFPUG. Z tego punktu widzenia warunkiem udziału w postępowaniu nie tyle powinna być wartość zamówienia a jego złożoność. Dopiero takie podejście odpowiada realnym potrzebom ARiMR takim jest realizacja zmian funkcjonalnych o wymaganej złożoności, a nie wydanie określonej kwoty.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do modyfikacji treści ogłoszenia poprzez modyfikację warunków udziału, o których mowa w pkt. III.2.1) pkt 1.1.2 lit. a tak, żeby były współmierne do prowadzonego postępowania oraz aby uwzględniały metodykę PF

IFPUG poprzez dodanie złożoności w PF wraz z odpowiednim arkuszem wymiarowania umożliwiającym zwymiarowanie poszczególnych modyfikacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 sierpnia 2015 roku wniósł o :

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp , a co do wymienionego w *petitum* odwołania jako zarzut 3, także w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.
2. w razie nieuwzględnienia powyższego, o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego. Przywołanie jakiegokolwiek przepisu ustawy nie statuuje przesłanek art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzuty odwołania powinny pozostawać w związku z powinnością zamawiającego wskazaną dla danego etapu postępowania. Okoliczności te nabierają szczególnego znaczenia w kontekście tego, że zarzuty odwołania w swej istocie nie referują w ocenie zamawiającego do tego etapu postępowania, a po części nawet w ogóle nie do tego postępowania. Zgodnie bowiem z ustawą Pzp, dopiero na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, precyzyjnemu ustaleniu podlegają zarówno przedmiot zamówienia, jak i kryteria udzielenia zamówienia. Ponadto należy mieć na uwadze, że na obecnym etapie postępowania relewantne prawnie jest przede wszystkim wykazanie przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z treścią zarzutu 1 i żądań odwołującego z nim związanych, zamawiający podniósł, iż w okolicznościach faktycznych przedmiotowego postępowania, odwołujący nie tylko nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania w zakresie tego zarzutu, a wręcz przeciwnie, wykazał jego brak.

Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał on interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W doktrynie i orzecznictwie bezspornie przyjmuje się, iż powyższy interes w uzyskaniu zamówienia powinien dotyczyć tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, a zatem postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony (KIO 2742/11, KIO 2588/11). Już z tej przyczyny więc żądanie odwołującego wyłączenia z zakresu postępowania usług rozwojowych będących przedmiotem postępowania na umowę ramową rozwojową, ewentualnie wskazanie konkretnych kryteriów, zgodnie z którymi zamawiający będzie rozstrzygał, w ramach której umowy będzie dokonywał zamówień modyfikacji, nie może zasługiwać na uwzględnienie. W sposób oczywisty bowiem nie zmierza ono do ochrony



interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, lecz zmierza wprost do uniemożliwienia udzielenia zamówienia jakiegokolwiek wykonawcy, w tym także odwołującemu w tymże postępowaniu w zakresie w jakim dotyczy usług modyfikacji.

Odwołujący nie wniósł zatem odwołania w celu ochrony jego interesu polegającego na uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, lecz w celu ochrony swojego interesu zupełnie inaczej rozumianego niż opisany w art. 179 ust. 1 PZP. Całokształt okoliczności faktycznych istotnych dla postępowania jednoznacznie wskazuje, iż Odwołujący zmierza w ten sposób do ochrony swego interesu ekonomicznego polegającego na zapewnieniu sobie uzyskania zamówienia w innym postępowaniu niż to, w którym wniósł odwołanie.

Zamawiający podniósł przy tym, że odwołujący w ogóle nie wykazuje w zakresie tego zarzutu na czym polegać by miało naruszenie uczciwej konkurencji czy też naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust 1 PZP. W szczególności nie stanowi takiego wykazania, czy nawet uprawdopodobnienia, argumentacja o poniesionych już przez odwołującego nakładach związanych z uczestnictwem w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej, potrzebie zapewnienia specjalistów o kompetencjach niezbędnych do realizacji tej umowy czy też „zakupem i utrzymaniem podstawowych elementów środowisk klienta”.

Z drugiej strony, w zakresie argumentacji, iż koszty poniesione w związku z udziałem w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej stanowią obciążenie dla odwołującego, zamawiający wskazał, iż w doktrynie i orzecznictwie, w związku z brakiem roszczenia o zawarcie umowy wykonawczej wynikającego z umowy ramowej uregulowanej w ustawie Pzp, przyjmuje się, iż stanowią one dla wykonawców element normalnego ryzyka gospodarczego i nie przysługują im z tego tytułu jakiegokolwiek roszczenia, tym bardziej zatem bezzasadne byłoby z tego powodu zakazywanie zamawiającemu udzielenia tego samego rodzaju zamówień poza umową ramową.

Odnosnie argumentacji odwołującego jakoby porównanie wartości umowy ramowej rozwojowej (54.471.513,60 zł netto) oraz wartości usług rozwojowych w ramach aktualnej umowy SIA nr 72/DI/2013/2618 (jedynie" 8.700.000,00 zł" netto), uprawdopodobniało scenariusz, że zamawiający może w ogóle nie zamawiać modyfikacji w ramach umowy z niniejszego postępowania, zamawiający podniósł, że porównanie to jest całkowicie nieadekwatne dla dokonania takiej oceny już z tego tylko powodu, że zasadnym tym zakresie mogłoby być ewentualnie porównywanie wartości umowy rozwojowej nie z

wartością dotychczasowej umowy SIA, lecz z wartością środków przeznaczonych na realizację zamówienia w postępowaniu niniejszym.

Dodatkowo zamawiający podnosi przy tym, że przedmiotem Umowy Ramowej są „Usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARiMR oraz modyfikacji aktualnie istniejących systemów IT w ARiMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy”. Jak Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdział I pkt 3): „Przedmiot zamówienia określony w Umowie Ramowej stanowi wskazanie co do przyszłych Zamówień. Uszczegółowienie opisu przedmiotu Zamówienia nastąpi każdorazowo w Zaproszeniu w rozumieniu art. 101 ust. 1 pkt 2 PZP”, „Przy realizacji Umowy Ramowej, przed udzieleniem danego Zamówienia, Zamawiający każdorazowo będzie określać szczegółowo przedmiot Zamówienia, ilość Punktów Funkcyjnych, ilość Roboczodni i termin realizacji Zamówienia”.

Powyższe oznacza, że żądanie odwołującego nakazania zamawiającemu wskazania kryteriów, wg których będzie dokonywał zamówień modyfikacji, w istocie sprowadza się do nakazania mu, aby obecnie określił przedmiot zamówienia, o który mowa w Rozdz. I pkt 3 SIWZ Umowy Ramowej. To zaś oznacza, iż żądanie odwołującego odnosi się w rzeczywistości nie do postępowania niniejszego, lecz do postępowania o zawarcie Umowy ramowej. Sprzeczne jest zatem z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (odwołanie w tym zakresie winno być wniesione od czynności zamawiającego w innym postępowaniu).

Przedmiotem zamówienia w prowadzonych postępowaniach są usługi modyfikacji co prawda dotyczące tych samych systemów informatycznych Agencji, jednakże zamawiający będzie podejmował decyzję o zleceniu wykonania poszczególnych modyfikacji w ramach zawartych umów w konkretnym stanie faktycznym, mając na uwadze konieczność realizacji nałożonych na niego zadań i obowiązujących go przepisów prawa. Na tym etapie postępowania nie jest możliwe opisanie poszczególnych modyfikacji, a tym samym określenie w ramach którego z przyszłych kontraktów powinny zostać zrealizowane.

Zamawiający podniósł, że ogłoszenie o zamówieniu, zgodnie z art. 48 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zawierać ma określenie przedmiotu zamówienia, a nie jego opis, który zawierać ma dopiero specyfikacja istotnych warunków zamówienia (zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), a do którego to opisu przedmiotu zamówienia, a nie do określenia tego przedmiotu, koresponduje art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia zostanie dokonany przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W doktrynie i orzecnictwie powszechnie przyjmuje się, że opis ten nie może być sprzeczny z treścią określenia przedmiotu zamówienia zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu. Oczywistym jednakże jest to, że pojęcia te nie są tożsame, z tej mianowicie przyczyny, iż opis przedmiotu

zamówienia stanowi uszczegółowienie określenia przedmiotu zamówienia o którym mowa w ogłoszeniu. Także z tych względów, w ocenie zamawiającego, zarzut ten należy uznać za przedwczesny.

W zakresie zarzutu 2, tj. naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców zamawiający podkreślił, że argumentacja odwołującego stanowi nawiązanie do regulacji art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz do regulacji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji opisujących czyny nieuczciwej konkurencji. Podkreślenia wymaga, iż art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jest to zatem norma skierowana do zamawiającego. W razie zaniechania przez zamawiającego tego obowiązku, wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej. Należy jednakże podkreślić, iż nie jest możliwe naruszenie tejże normy przez zamawiającego na etapie ogłoszenia o zamówieniu. Odpowiednie natomiast przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zakazujące dokonywania tychże czynów, skierowane są co do zasady do wykonawców - na nich to spoczywa wszakże obowiązek sporządzenia ofert w sposób nie naruszający w szczególności tychże przepisów.

Zamawiający stwierdził, iż w odwołaniu w istocie zawarto w tym zakresie nie tyle zarzut wobec zamawiającego, ile swego rodzaju zawiadomienie go przez odwołującego o zamiarze złożenia oferty obarczonej wskazanymi w odwołaniu wadami. Zamawiający podkreślił, iż w razie stwierdzenia, w toku prowadzonego przez siebie postępowania, faktu złożenia oferty, której złożenie wypełniałoby będzie znamiona czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na subsydiowaniu jednych usług przez drugie, postąpi zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający przeczy rzekomej „wewnętrznej sprzeczności” zapisów ogłoszenia o zamówieniu, mającej wynikać ze wskazania przez niego, iż „każda z usług jest odrębną usługą” oraz, iż „wartość usługi modyfikacji musi stanowić minimum 45% ceny oferty”. Wymieniona wartość procentowa stanowi bowiem przede wszystkim reminiscencję oszacowanych przez zamawiającego na etapie przygotowań do wszczęcia postępowania potrzeb zamawiającego w zakresie poszczególnych usług objętych tymże postępowaniem oraz ich szacunkowej wartości ustalonej na podstawie własnych danych historycznych oraz rynkowych. Zarazem poprzez wskazanie owego procentowego minimum zamawiający daje wykonawcom pogląd na to, w jakiej relacji wartościowej do usługi utrzymania będą pozostawały planowane usługi modyfikacji będące przedmiotem zamówienia. Wskazany przez zamawiającego stosunek procentowy ceny Usług Modyfikacji do całkowitej ceny oferty,

wbrew twierdzeniom odwołującego, ma na celu właśnie zagwarantowanie zachowania uczciwej konkurencji. Zapis w cytowanym brzmieniu ma bowiem uniemożliwić wykonawcom przerzucanie kosztów realizacji Usług Modyfikacji do zryczałtowanych kosztów Usług Utrzymania. Ma on zapewnić Zamawiającemu uzyskanie realnych cen za realizację poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia.

W zakresie zarzutu 3, tj. naruszenia przepisu art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie kryterium oceny ofert w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, co utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, zamawiający podniósł, że pomimo literalnego sformułowania powyższego zarzutu w *petitum* odwołania, w treści jego uzasadnienia brak do niego jakiegokolwiek odniesienia. W związku z powyższym zamawiający wskazuje, iż zarzut ten w istocie nie został postawiony i w związku z treścią art. 192 ust. 7 PZP orzeczenie co do niego przez Izbę nie jest możliwe. Zamawiający zanegował zatem sam fakt postawienia przez odwołującego przedmiotowego zarzutu w sposób powalający na uznanie, iż w istocie został on postawiony i podlega rozpatrzeniu. Z ostrożności zamawiający podniósł, że wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu kryteria udzielenia zamówienia są zgodne z ustawy Pzp, a w szczególności także w tym zakresie nie dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp..

Zamawiający podniósł przy tym, że wywody odwołującego zawarte w części odwołania mającej (jak wynika z literalnego brzmienia odwołania) stanowić uzasadnienie zarzutu niegodnego z ustawą Pzp opisanego kryterium oceny ofert, w rzeczywistości nie odnoszą się do tego kryterium w żadnej mierze, lecz, jak wynika z tych wywodów, stanowią w istocie uzasadnienia zarzutu 2 odwołania.

W zakresie zarzutu 4, tj. naruszenia przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, zamawiający podniósł, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - w tym przypadku wartość zamówienia - powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Stwierdził ponadto, że usługi modyfikacji zostały przez niego na etapie przygotowania postępowania oszacowane na kwotę w stosunku do której wartość usługi opisanej w warunku udziału w postępowaniu wynosząca 20 mln brutto jest określona w sposób proporcjonalny do zamówienia.

Zamawiający podkreślił też, iż całkowicie bezzasadne na gruncie ustawy Pzp są wywody odwołującego, z których wynikać ma, iż zamawiający winien ustalać warunki udziału

w postępowaniu nie w odniesieniu do postępowania, którego te warunki dotyczą, lecz do innego, historycznego postępowania, być może dotyczącego tego samego systemu, jednakże drastycznie różniącego się wartością zamówienia od procedowanego aktualnie. Zarazem zamawiający podniósł, że odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie także i tego zarzutu. Niezależnie bowiem od tego, że zamawiający nie dokonał opisując warunki udziału w postępowaniu naruszenia jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp, to nawet w razie hipotetycznego przyjęcia, iż tak w istocie było, odwołujący nie może ponieść szkody w związku z takim jego opisaniem. Odwołujący wywodzi mianowicie rzekomą niezgodność z PZP warunku z tego, iż dotychczasowy wykonawca miałby tego warunku nie spełniać. Odnotowania wymaga fakt, iż owym dotychczasowym wykonawcą jest sam odwołujący. Zamawiający podnosi zatem, iż nie opisał warunku w ten sposób, że możliwe jest wykazanie się jedynie usługami świadczonymi na jego rzecz. Podniesienia w tych okolicznościach wymaga więc choćby powszechnie znany fakt wykonywania przez Odwołującego usług polegających na rozwoju Kompleksowego Systemu Informatycznego KSI ZUS. Z również powszechnie znanych informacji wynika, iż system ten jest jednym z największych, o ile nie największym tego rodzaju systemem w Polsce, obsługującym wielokrotnie większą liczbę użytkowników niż systemy zamawiającego, wykonanym w technologii wielowarstwowej, przetwarzającym gigantyczne wolumeny danych. Jak również wynika z powszechnie dostępnych informacji, odwołujący w samym roku 2013 otrzymał z tego tytułu wynagrodzenie w kwocie ok. 84,73 mln zł.

Zamawiający podniósł także, iż wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu polegającego na odniesieniu do złożoności wykonanych usług w oparciu o metodykę PF IFPUG może doprowadzić do nieuprawnionego ograniczenia konkurencji. Podnoszona bowiem przez odwołującego okoliczność, iż zamawiający od lat opiera szacowanie oraz rozliczanie projektów rozwojowych w oparciu o tę właśnie metodykę nie może być wystarczającą przesłanką do budowania tezy o powinności oparcia na niej warunku udziału w postępowaniu. Na rynku funkcjonują obecnie trzy różne uznane metodyki szacowania złożoności oprogramowania. Zamawiający nie posiada wiedzy, wg której z nich było wytwarzane dane oprogramowanie i jak była obliczana jego złożoność. Wprowadzenie warunku zgodnie z żądaniem odwołującego prowadziłoby wprost do utrudnienia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy mogliby się wykazać jedynie wykonaniem usług wymiarowanych przy użyciu metodyk innych niż PF IFPUG. Nie usuwa tego ryzyka także postulowane przez odwołującego posłużenie się arkuszem wymiarowania.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

W dniu 20 maja 2015 roku zostały złożone w ARiMR oferty na „Usługi budowy i rozwoju nowych systemów IT w ARiMR oraz modyfikację aktualnie istniejących systemów IT w ARiMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy (umowa ramowa rozwojowa)” (postępowanie znak DZP-2611-2/2014). Przedmiotem postępowania znak DZP-2611-2/2014 są modyfikacje Systemu Informatycznego Agencji - SIA. Termin obowiązywania umowy ramowej rozwojowej to 48 miesięcy poczynając od dnia zawarcia umowy lub do dnia wyczerpania środków finansowych przeznaczonych na realizację umowy ramowej rozwojowej. Dotychczas umowy ramowe rozwojowe nie zostały zawarte.

Przedmiotem niniejszego postępowania, zgodnie z pkt. II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu, są usługi utrzymania SIA oraz usługi modyfikacji SIA. Zgodnie z pkt. II.2.1 ogłoszenia, umowa zostaje zawarta na 47 miesięcy, w tym 5 miesięcy bezpłatnego okresu przejściowego. Usługi utrzymania (bez zleceń operacyjnych), zlecenia operacyjne i usługi modyfikacji stanowią odrębne pozycje finansowe w budżecie zamawiającego. Usługi modyfikacji oraz usługa zleceń operacyjnych rozliczane będą do wysokości budżetu zamawiającego. Usługi utrzymania rozliczane będą do wysokości ceny podanej w formularzu ofertowym wykonawcy. Każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w formularzu ofertowym. Wartość usługi modyfikacji musi stanowić minimum 45 % ceny oferty. Realizacja usług modyfikacji będzie wynikała z bieżących potrzeb zamawiającego.

W myśl pkt III.2.1 ust. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – realizują) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

- a) jedno zamówienie o łącznej wartości brutto min. 20 000 000,00 PLN (słownie: dwadzieścia milionów złotych 00/100) (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji) na usługi polegające na wykonaniu analizy, zaprojektowaniu i wytworzeniu oprogramowania dotyczącego jednego systemu informatycznego lub rozbudowie systemu, spełniającego następujące wymagania:
  - i. system został wykonany w technologii wielowarstwowej,

- ii. system został wykonany z wykorzystaniem relacyjnych baz danych przetwarzających duże wolumeny danych (powyżej 1TB),
- iii. użytkownicy końcowi systemu pracowali w różnych lokalizacjach, np. miasta, województwa,
- iv. system był wykorzystywany przez pracujących równocześnie minimum 700 użytkowników oraz posiadał ponad 1500 użytkowników.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu opisanego kryterium oceny ofert w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a wobec zarzutu wskazanego w *petitum* odwołania jak zarzut 3 – również w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający brak uprawnienia odwołującego do wniesienia odwołania wiąże z brakiem interesu we wniesieniu odwołania w przedmiotowym postępowaniu.

W myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Krąg osób uprawnionych do złożenia odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu jest bardzo szeroki. Uprawnienie to przysługuje bowiem wszystkim podmiotom, które odpowiadają definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia polegać będzie zatem jedynie na oświadczeniu wykonawcy, iż ma zamiar i potrzebę ubiegania się o dane zamówienie publiczne. Ponadto odwołujący powinien wskazać na poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy oraz związek przyczynowy pomiędzy wskazanym naruszeniem a szkodą.

Wskazywane naruszenia ustawy Pzp mogą zarówno uniemożliwiać wykonawcy wzięcie udziału w postępowaniu, jak i je utrudniać. Wykonawca nie będzie mógł przystąpić do postępowania wówczas, gdy – przykładowo – zamawiający ustalił zbyt wysokie warunki udziału w postępowaniu, których wykonawca nie spełnia, lub opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Z kolei naruszenia utrudniające wzięcie udziału w postępowaniu mogą polegać na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby odwołujący wskazał zarówno na naruszenia, których w jego ocenie dopuścił się zamawiający, jak i na możliwość poniesienia szkody w związku z tymi naruszeniami. Wskazał również na związek przyczynowo-skutkowy istniejący pomiędzy wskazanymi okolicznościami, co uzasadnia jego interes w złożeniu odwołania. Izba podziela stanowisko odwołującego, iż na etapie rozpoznawania odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu, brak jest możliwości badania sytuacji konkretnego odwołującego i weryfikowania, czy spełnia on postawione warunki udziału w postępowaniu. Tego rodzaju praktyka sprowadzałaby się bowiem przede wszystkim do ustalania, czy ewentualne naruszenia spowodowałyby szkodę wykonawcy, a nie do tego, czy w ogóle do takich naruszeń doszło.

W ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwał również wniosek o odrzucenie zarzutu wskazanego w pkt. 3 *petitum* odwołania, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 179 ust. 1 w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Zamawiający wskazywał, że – pomimo literalnego sformułowania zarzutu w *petitum* odwołania, w treści jego uzasadnienia brak do niego jakiegokolwiek odniesienia. Stosownie zaś do treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego. Odwołujący w pkt. 3 *petitum* odwołania zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie kryterium oceny ofert w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, co utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie na str. 5-6 odwołania uzasadnił, na czym polega w jego ocenie wskazane naruszenie wskazując m.in., iż sztywne narzucenie minimalnych wartości usług narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Podniósł również, iż wskazane przez niego zapisy pkt. II.2.1 ogłoszenia o zamówieniu o treści: *Wartość Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 45% ceny oferty oraz Każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w Formularzu Ofertowym* są wewnętrznie sprzeczne, bo skoro



usługi są niezależne i każda z nich ma swoją realną wartość, to nie można wymagać od wykonawców, że usługi modyfikacji muszą stanowić minimum 45% ceny oferty.

Izba wskazuje, że zarzut to zawarte w treści odwołania stwierdzenie, że z pewnych wskazanych powodów czynność bądź zaniechanie dokonania czynności przez zamawiającego powinno być uznane za nieprawidłowe.

Prawidłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łacińskiej zasady *da mihi factum dabo tibi ius* (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo) wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

W ocenie Izby podniesiony w odwołaniu zarzut niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie przez zamawiającego możliwości zawarcia równoległe dwóch umów na usługi rozwojowe, nie zasługuje na uwzględnienie.

Definicję umowy ramowej zawiera art. 2 pkt 9a ustawy Pzp, zgodnie z którym, ilekroć w ustawie jest mowa o umowie ramowej, należy przez to rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanej ilości. W ustawie Pzp wyraźnie przesądza się, iż umowa ramowa określa warunki zamówień, które w oznaczonym okresie mogą zostać udzielone przez zamawiającego. Skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia objętego przedmiotem umowy ramowej jest wyłącznie uprawnieniem zamawiającego. Zawarcie umowy ramowej w kształcie wynikającym z art. 2 pkt 9a ustawy Pzp po stronie zamawiającego rodzi jedynie uprawnienie do udzielenia zamówień realizacyjnych. W związku z tym zamawiający na ten sam przedmiot może udzielić zamówienia w innym, "typowym" postępowaniu.

Izba podkreśla, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Rozpoznawany zarzut dotyczy zaś niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu zawiera określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych. Określenie przedmiotu zamówienia nie jest pojęciem tożsamym z opisem przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia ma dwojakie znaczenie: po pierwsze

pozwała na identyfikację przedmiotu zamówienia, po drugie, spełnia funkcję normatywną jako składnik SIWZ. Przez określenie przedmiotu zamówienia należy zaś rozumieć skrótowe zdefiniowanie przedmiotu (skrótowe wskazanie co jest przedmiotem zamówienia).

Z uwagi na powyższe rozpoznawany zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy. Brak konieczności dokonywania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia oznacza, że zamawiający nie był obowiązany do dokonywania takiego opisu z zastosowaniem zasad zawartych w art. 29 i następnych ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia powinien być zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do czego zamawiającego zobowiązuje przepis art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut opisanego kryterium oceny ofert w sposób, który uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej.

W ocenie Izby postawiony przez zamawiającego warunek, iż usługi modyfikacji muszą stanowić minimum 45% ceny oferty, w sposób nieuzasadniony ingeruje w uprawnienie wykonawcy do określenia ceny z uwzględnieniem uwarunkowań właściwych danemu wykonawcy. Podkreślenia wymaga, iż każdy wykonawca kalkuluje cenę oferty na podstawie różnorodnych czynników, takich jak koszty pracy, przyjęta metodologia wykonania zamówienia, przyjęte rozwiązania techniczne i inne warunki dostępne wykonawcy. Narzucenie przez zamawiającego minimalnego poziomu wartości usług obowiązującego każdego wykonawcę może prowadzić do sytuacji, że wykonawca, aby uczynić zadość postawionemu warunkowi, będzie musiał określić cenę w sposób sztuczny, nieadekwatny do jej rzeczywistej wysokości. Zważyć przy tym należy, że zamawiający nie wykazał, na jakiej podstawie przyjął, że minimalny poziom usługi winien wynosić akurat 45% ceny oferty. Co prawda w odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że wymieniona wartość procentowa stanowi reminiscencję potrzeb zamawiającego oszacowaną na podstawie danych historycznych oraz rynkowych, jednakże wspomniane szacunki nie zostały Izbie przedstawione.

Zamawiający stwierdził ponadto, że wymagany stosunek procentowy ma na celu właśnie zagwarantowanie zachowania uczciwej konkurencji, gdyż ma uniemożliwić wykonawcom przerzucanie kosztów realizacji usług modyfikacji do zryczałtowanych kosztów usług utrzymania.

W ocenie Izby argumentacja zamawiającego, mimo iż wskazuje na cel, dla którego wymóg został ustanowiony, nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podkreśla, iż znane jej są praktyki niektórych wykonawców, polegające na manipulacji cenami jednostkowymi oferty w celu poprawienia swej sytuacji przy ubieganiu się i realizowaniu zamówienia, niemniej jednak

każdy taki przypadek winien być rozpoznawany i badany osobno. Nie sposób określić z góry, iż wartość usługi poniżej określonego sztywno poziomu, stanowi działanie naruszające uczciwą konkurencję. Ocena taka powinna opierać się głównie na badaniu złożonych ofert, gdyż tylko wówczas będzie możliwe ustalenie, czy złożenie oferty z budzącą zastrzeżenia ceną narusza dobre obyczaje, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. Ocena, czy do takiej sytuacji doszło, będzie możliwa tylko na podstawie informacji i danych zawartych w złożonych ofertach.

Izba nie uwzględniła zarzutu ustalenia warunków udziału w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący uzasadnił zarzut poprzez stwierdzenie, iż warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do postępowania, ponieważ wymóg w zakresie wartości wykonanej usługi (20 000 000 PLN) jest dwukrotnie wyższy niż wynika to z zakresu dotychczasowej umowy 72/DI/2013/2618 (10 701 000 PLN). Jednocześnie odwołujący zażądał modyfikacji warunków udziału tak, aby uwzględniały one metodykę PF IFPUG, stwierdzając, że warunkiem udziału w postępowaniu nie tyle powinna być wartość zamówienia, a jego złożoność.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że warunek winien być adekwatny do przedmiotu tego konkretnego zamówienia, w którym został sformułowany, a nie jakiegokolwiek innego zamówienia. Odwołujący natomiast oparł zarzut o brak proporcjonalności pomiędzy warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu a przedmiotem zamówienia wynikającym z innego postępowania i objętym inną umową. Jednocześnie odwołujący nie przedstawił żadnych innych argumentów ani wniosków dowodowych dla wykazania, iż przedmiot niniejszego zamówienia jest tożsamy lub zbliżony do zakresu objętego umową 72/DI/2013/2618, co uzasadniałoby zarzucony brak proporcjonalności.

Odnosząc się do argumentu, iż warunek udziału w postępowaniu winien być oparty o złożoność zamówienia, a nie jego wartość, Izba wskazuje na treść pkt III.2.1 ust. I.2

ogłoszenia o zamówieniu, który określa cechy, jakie winno spełniać wykonane zamówienie. Zamawiający określił, iż zamówienie – oprócz wskazanej wartości w wysokości 20 000 000 PLN, winno spełniać następujące wymagania:

- i. system został wykonany w technologii wielowarstwowej,
- ii. system został wykonany z wykorzystaniem relacyjnych baz danych przetwarzających duże wolumeny danych (powyżej 1TB),
- iii. użytkownicy końcowi systemu pracowali w różnych lokalizacjach, np. miasta, województwa,
- iv. system był wykorzystywany przez pracujących równocześnie minimum 700 użytkowników oraz posiadał ponad 1500 użytkowników.

Z powyższego wynika, iż zamawiający sformułował wymóg nie tylko w oparciu o wartość, ale i złożoność zamówienia. Tym samym żądanie odwołującego, by zmodyfikować warunek poprzez jego odniesienie do złożoności zamówienia należy uznać za bezprzedmiotowe.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....