

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **SIMPLE S.A., 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51** od czynności zamawiającego **Politechnika Radomska im. K. Pułaskiego, 26-600 Radom, ul. Malczewskiego 29.**

Orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża SIMPLE S.A., 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SIMPLE S.A., 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SIMPLE S.A., 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51** na rzecz **Politechniki Radomskiej im. K. Pułaskiego, 26-600 Radom, ul. Malczewskiego 29** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Politechnika Radomska im. K. Pułaskiego, 26-600 Radom, ul. Malczewskiego 29. zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę i wdrożenie oprogramowania systemu e-Politechnika, w ramach projektu "e-Politechnika - elektroniczna platforma komunikacji Politechniki radomskiej ze społecznością regionu",

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 51- 083856 z dnia 15.03.2011.

W dniu 25 marca do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez SIMPLE S.A., 04-555 Warszawa, ul. Bronisława Czecha 49/51 zwanego dalej „Odwołującym” dotyczące kwestionowania prawidłowości i zgodności z przepisami ustawy pzp, niektórych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

We wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

- niezgodne z przepisami Ustawy określenie w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja HI.2.3 pkt 1) a także w siwz (w jej rozdziale 2, ust. 2.4. pkt 1, str.4-5) warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia a także niezgodne z przepisami Ustawy określenie w ogłoszeniu (sekcja III.2.3 pkt 1) i w siwz (w jej w jej rozdziale 2, ust. 2.4. pkt 1, str.4-5) sposobu oceny spełniania tego warunku, oraz

- niezgodne z przepisami Ustawy opisanie przedmiotu zamówienia, poprzez określenie szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję (rozdział 3 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia" w jego ustępie 6 „Wymagania ogólne" w jego punktach. 16, 18, 19).

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 22 ust.4 Ustawy poprzez dokonanie opisu warunku i sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

- art. 7 ust. I Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób nadmiernie ograniczający konkurencję, w tym poprzez dokonanie opisu warunku i sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w taki sposób, iż warunek ten może spełnić tylko jeden wykonawca.

- art. 29 ust. 2 Ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Wobec powyższych zarzutów wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści ogłoszenia (sekcja HI.2.3 pkt 1) oraz siwz (w jej rozdziale 2, ust. 2.4. pkt 1, str.4-5) w ten sposób, aby warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia uzyskałby brzmienie rzeczywiście zapewniające konkurencję wykonawców, tj.:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi w zakresie dostawy wraz z wdrożeniem systemu informatycznego o podobnym charakterze, co przedmiot niniejszego postępowania o wartości minimum 500.000 zł brutto każda, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów (referencje odbiorców) potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie”

i jednocześnie nakazanie Zamawiającemu wykreślenie doprecyzowania przez Zamawiającego rozumienia sformułowania „usługi o podobnym charakterze” użytego w warunku poprzez jego dookreślenie w tekście poprzedzonym gwiazdką zamieszczonym pod warunkiem

jako żądanie ewentualne, wniósł aby zapis siwz w tym zakresie otrzymał brzmienie

„wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługę w zakresie dostawy wraz z wdrożeniem systemu informatycznego na uczelni wyższej, o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych brutto), z podaniem rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów (referencje odbiorców) potwierdzających, że usługa ta została wykonana lub jest wykonywana należycie”.

i jednocześnie nakazanie Zamawiającemu wykreślenie doprecyzowania przez Zamawiającego rozumienia sformułowania „usługi o podobnym charakterze” użytego w warunku poprzez jego dookreślenie w tekście poprzedzonym gwiazdką zamieszczonym pod warunkiem.

2) nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz w rozdziale 3 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w jego ustępie 6

„Wymagania ogólne” w jego punktach. 16, 18, 19 co do wymagania współpracy oraz integracji z oprogramowaniem OPTIcamp, w ten sposób aby umożliwić realizację zamówienia również przez Wykonawców nie współpracujących z firmą Opteam S.A.

Na rozprawie Odwołujący doprecyzował swoje żądanie w ten sposób, że wycofał żądanie zastąpienia treści siwz warunkiem wykazania się doświadczeniem w realizacji dwóch umów o wartości minimum 500 000 zł każda i pozostawił w tym zakresie żądanie przedstawione jako alternatywne.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i sformułowanych żądań wskazał, że postawiony warunek co do wiedzy i doświadczenia w zakresie wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej 2 usług w zakresie dostawy wraz z wdrożeniem systemu informatycznego o podobnym charakterze, co przedmiot postępowania o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zarzucił że nie jest niczym uzasadnione żądanie od wykonawców wykazania się doświadczeniem co do wykonanych usług (podobnych do przedmiotu zamówienia) w określonej przez Zamawiającego ilości tj. w ilości co najmniej 2 wykonanych wdrożeń o podobnym charakterze, zwłaszcza, iż Zamawiający jednocześnie określił bardzo wysoką wartość minimalną takich wdrożeń, bo aż na kwotę 1.000.000 zł brutto każde z nich, podczas gdy wartość zamówienia to ok. 1.000.000 zł. Podniósł że wykonawcy, którzy zrealizowali zamówienia o podobnym charakterze co przedmiot zamówienia, choćby zrealizowane przez nich zamówienia były wartościowo niższe niż postawiona przez Zamawiającego zaporowa wartość 1.000.000 zł brutto, niezaprzeczalnie posiadają doświadczenie w realizacji podobnych wdrożeń co przedmiot zamówienia, a określenie przez Zamawiającego warunku wykazania przez wykonawców wykonania aż 2 zamówień na kwotę aż 1.000.000 zł brutto każde z nich, jest warunkiem wygórowanym i absolutnie nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji określenie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w w/w sposób, samo w sobie prowadzi do niczym nieuzasadnionego nadmiernego ograniczenia konkurencji. Dodał również, że sposób doprecyzowanie przez Zamawiającego rozumienia sformułowania „usługi o podobnym charakterze” użytego w warunku poprzez jego dookreślenie w tekście poprzedzonym gwiazdką ostatecznie składa się na treść całego warunku i de facto tworzy kolejne warunki jakie ma spełnić wykonawca co do doświadczenia. Podkreślił że takie uszczegółowienie warunku w zakresie doświadczenia polegającego na umieszczeniu w tekście z gwiazdką wymagania, aby usługa o podobnym charakterze obejmowała m.in. „ewidencję publikacji dorobku naukowego minimum 500 pracowników dydaktyczno-naukowych, jest zupełnie nieuzasadnione, nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, gdyż ta konkretna funkcjonalność jest jedynie niewielką, wyspecjalizowaną częścią całego zamówienia, i jako taka nie może być stawiana jako kryterium oceny czy zrealizowana przez wykonawcę usługa jest usługą o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia. Należy przypuszczać iż Zamawiający wprowadzając ten zapis świadomy jest tego, iż tak szczegółowe wymaganie spełnia wyłącznie jeden wykonawca, i wymaganie to zostało celowo zawarte w tekście z gwiazdką, po to aby tylko ten wykonawca mógł złożyć swoją ofertę. Zapis ten powoduje nie tylko dodatkowe ograniczenie konkurencji, ale wręcz tę konkurencję całkowicie eliminuje, preferując wyłącznie jednego wykonawcę- firmę Partners in Progress Sp. z o.o. Wskazał że pomimo iż postępowanie prowadzone przez Zamawiającego jest tzw. zamówieniem powyżej progu unijnego i że oferta w tym

postępowaniu może być złożona również przez podmioty z całego obszaru Unii Europejskiej to możliwość taka pomimo iż istnieje, jest całkowicie iluzoryczna, gdyż wiadomym jest, iż aby złożyć ofertę dotycząca tak specyficznego Zamawiającego (polskiej uczelni wyższej), w postępowaniu o tak specyficznym przedmiocie zamówienia jakim jest wdrożenie systemu na polskiej uczelni, wykonawca niewątpliwie musi być podmiotem doskonale znającym polski system szkolnictwa wyższego, a więc wykonawcą z Polski. Dodać należy, iż dotychczas w żadnym postępowaniu prowadzonym przez jakąkolwiek uczelnię wyższą w Polsce nie została złożona oferta przez wykonawcę zagranicznego.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego wymogu integracji, opracowanego w ramach niniejszego postępowania systemu e- Politechnika z systemem OPTIcamp firmy Opteam S.A. w poniższy sposób:

„16) obsługę elektronicznych legitymacji studenckich personalizowanych za pomocą oprogramowania OPTIcamp firmy OPTeam S.A. w zakresie: przedłużania ważności ELS bezpośrednio w interfejsie systemu, uwierzytelnienia na podstawie informacji zawartych w bazie, archiwizacji informacji o wykonaniu tych czynności w bazie systemu, wyszukiwania kartoteki studenta po włożeniu ELS do czytnika kart

18) wymianę danych z działającym u Zamawiającego systemem personalizacji elektronicznych legitymacji studenckich OPTICAMP firmy OPTeam S.A. w zakresie niezbędnym do wykonania personalizacji graficznej i elektronicznej kart ELS.

19) wymianę danych niezbędnych do wykonania czynności przedłużania ELS z użytkowanym u Zamawiającego systemem firmy OPTICAMP firmy Opteam S.A..

powoduje ograniczenie konkurencji jedynie do wykonawców współpracujących z firmą Opteam S.A., a taką firmą jest firma Partners in Progress Sp. z o.o.

Uznał to za rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji ponieważ firma Opteam S.A. posiadając możliwość udostępnienia bądź nie udostępnienia niezbędnych informacji do spełnienia wymagań Zamawiającego co do integracji, a nadto może podejmować działania, na które nie ma wpływu żaden potencjalny wykonawca oprócz wykonawcy ściśle współpracującego z firmą Opteam S.A.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie lecz do zarzutów podniesionych w odwołaniu ustosunkował się w trakcie rozprawy. Na wstępie pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że w dniu dzisiejszym tj. 5.04.2011 roku dokonał zmiany zapisu postanowień siwz w zakresie spełniania przez wykonawców warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w ten sposób, że w miejsce dotychczasowego warunku w brzmieniu:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

- wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi w zakresie

dostawy wraz z wdrożeniem systemu informatycznego o podobnym charakterze, co przedmiot niniejszego postępowania o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych brutto) każda, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów (referencje odbiorców) potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

* Za usługę o podobnym charakterze Zamawiający uzna usługę, której zakres obejmował, co najmniej następujące elementy: obsługę procesu dydaktycznego dla minimum 50 użytkowników, ewidencją publikacji dorobku naukowego minimum 500 pracowników dydaktyczno-naukowych, internetowe wspomaganie obsługi procesu dydaktycznego dla minimum 5000 użytkowników (studentów i/lub pracowników)."

Wprowadza nowy zapis, który otrzymuje następujące nowe brzmienie wymagania określonego w ppkt. 1 punktu 2.4. SIWZ:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

- *wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej **jedną usługę** w zakresie dostawy wraz z wdrożeniem systemu informatycznego o podobnym charakterze, co przedmiot niniejszego postępowania, o wartości minimum 1.000.000,00 zł. brutto (słownie: jeden milion złotych brutto);*

- *wykonał w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługę w zakresie wdrożenia oprogramowania do ewidencji publikacji dorobku naukowego minimum 500 pracowników dydaktyczno-naukowych.*

** Za usługą o podobnym charakterze Zamawiający uzna usługą, której zakres obejmował co najmniej następujące elementy: obsługą procesu dydaktycznego dla minimum 50 użytkowników oraz internetowe wspomaganie obsługi procesu dydaktycznego dla minimum 5000 użytkowników (studentów i/lub pracowników)."*

Ponadto Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał, że niezasadny jest zarzut Odwołującego, iż wymaga on wylegitymowania przez wykonawców wygórowanym warunkiem w zakresie doświadczenia wykonywania dwóch umów o wartości co najmniej po 1 milion złotych każda i wskazuje, że zgodnie z protokołem wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 1 900 000,00 zł czyli odnosząc się do warunku po modyfikacji zamawiający żąda wykazania się przez wykonawcę usługą stanowiącą około 52% wartości zamówienia. Równocześnie podaje, iż zdaniem zamawiającego tak postawiony warunek jest warunkiem realnym i rozsądnym i ustalonym proporcjonalnie do wartości zamówienia. Powołuje się na orzecznictwo KIO i wskazuje na wyroki o sygn. KIO/UZP 646/09 oraz KIO/UZP 641/09. Wskazuje, że dotyczą one podobnej sytuacji i wynika z nich wniosek, że zamawiający ma prawo do wybrania wykonawcy mającego doświadczenie w wykonywaniu

umów o podobnej wielkości zamówienia. Pełnomocnik zamawiającego dodatkowo podniósł iż modyfikacja zapisów SIWZ została dokonana z własnej inicjatywy z

Zamawiającego. Na tą zmianę nie miało wpływu wniesione odwołanie. Poaje że po zmianie wymogów SIWZ Zamawiający złagodził wymogi stawiane wykonawcom, w szczególności poprzez postawienie warunku aby wykonawca legitymował się wykonaniem **jednej umowy** o wartości co najmniej 1 mln zł. Dodatkowo zamawiający postawił warunek aby wykonawca wykazał się zrealizowaniem drugiej usługi już bez określenia jej wartości, wskazując, iż ma ona dotyczyć wdrożenia oprogramowania do ewidencji dorobku naukowego minimum 500 pracowników dydaktyczno-naukowych. Dodaje, iż ta druga usługa nie jest nowym wymogiem siwz lecz wynikała ona z opisu warunków uznania usługi za usługę o podobnym charakterze.

Wskazanie szczegółowego wymogu co do usługi o podobnym charakterze miało na celu wskazanie, iż zrealizowana umowa musi zawierać co najmniej te trzy elementy spośród kilkuset wymogów jakie postawione były w opisie przedmiotu zamówienia. Podnosi, iż nie jest prawdą, iż zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia jest tylko firma Partners In Progres Sp. z o.o. gdyż m.in. tylko ona korzysta z oprogramowania OPTcamp firmy OPTeam S.A., Zamawiający podaje że zgodnie z art. 75 ust. 2 pkt 3 Prawa Autorskiego posiada uprawnienie do uzyskania informacji niezbędnych do integracji eksploatowanego systemu OPTcamp z systemem, który będzie wykonany w ramach przedmiotu zamówienia i ma możliwość przekazania tych danych wykonawcy. Podaje, że z jego informacji i rozeznania rynku przed ogłoszeniem zamówienia wynika że na rynku istnieje więcej firm, które spełniają warunki do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Jako przykład podaje zamówienie na Politechnice Częstochowskiej gdzie składanie ofert przypadło na marzec br., gdzie warunki udziału w postępowaniu były podobne jak w niniejszym postępowaniu i ofertę złożyło dwóch wykonawców. Wskazuje, że usługa na niniejszy przedmiot zamówienia ma charakter specjalistyczny, nie jest standardowym wdrożeniem oprogramowania dlatego zamawiający ma prawo do wyboru wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Wskazuje, że prawo pzp nie zawiera bezwzględnego ograniczenia konkurencji. Wskazuje, że jest ono dopuszczalne jeśli jest uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zarzuty dotyczące naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie sprecyzowanym w zarzutach odwołania nie potwierdziły się.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, treści odwołania oraz stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie.

Nadto Izba ustaliła, że informacja Zamawiającego o zmianie siwz nie została na chwilę orzekania opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Tym samym biorąc pod uwagę ten fakt jak również to że zarzuty odwołania nie odnosiły się do zmienionego stanu faktycznego w zakresie postanowień siwz, Izba merytorycznie rozpoznała sprawę wg. zarzutów odwołania. Informując Odwołującego, że od tych zmienionych zapisów postanowień siwz przysługuje wykonawcom odwołanie na ogólnych zasadach.

Odnosząc się do wspólnego meritum zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba podkreśla, iż ustawodawca w art. 22 ust.1 Pzp wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają określone w tym przepisie, warunki udziału w postępowaniu. Wśród nich został wymieniony ten dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp). W ustawie pzp brak jest wskazania miernika określenia wystarczającego poziomu wiedzy i doświadczenia niezbędnego dla należytego wykonania zamówienia. W ślad za stanowiskiem doktryny i orzecnictwem wskazać należy, że określenie przywołanego warunku udziału w postępowaniu zależne jest od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości, czy umiejętności specjalnych. Warunki udziału w postępowaniu są konkretyzowane w stosunku do danego postępowania i winny być formułowane w sposób odpowiadający uzasadnionym potrzebom Zamawiającego i obiektywnymi potrzebami zachowania konkurencyjności na danym rynku usług. Artykuł 22 ust. 4 p.z.p. - opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. nakazuje zamawiającemu przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Dlatego też Zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty, a tym samym na bardziej efektywne wydatkowanie publicznych środków finansowych,

przeznaczonych na realizację danego zamówienia. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do rodzaju czy przebiegu ich dotychczasowej działalności /wyrok KIO 122/10 /. Dlatego też zasadnym wydaje się stwierdzenie ,ze ustalenie progów w zakresie spełniania warunków udziału wykonawców w postępowaniu musi mieć bezpośrednie przełożenie na wartość, jego złożoność i mieć bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia danego postępowania. Żadne wymogi nie mogą być postawione tylko po to aby ograniczyć dostęp do zamówienia większej liczbie odbiorców, lecz muszą zawsze wynikać z obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego zmierzających do umożliwienia mu wyboru wykonawcy który najlepiej i najpewniej wykona zamówienie. Jednakże należy wskazać że ustawa pzp nie zawiera bezwzględnego zakazu ograniczenia konkurencji. Każdy opis warunków udziału w postępowaniu stanowi swoiste ograniczenie udziału wszystkich potencjalnych podmiotów w realizacji zamówienia ,a umożliwia to tylko niektórym, ważne jest aby te ograniczenia nie przekraczały uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy Izba wyraża pogląd, że postępowanie dowodowe nie potwierdziło postawionej przez Odwołującego tezy, iż sformułowany w siwz (w rozdziale 2, ust. 2.4. pkt 1, str.4-5) opis sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji oraz uprzywilejowania jednego wykonawcy. Tym samym brak jest podstaw do uznania że Zamawiający dokonał opisu warunku i sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podczas rozprawy wykazał w oparciu o wyciąg z wniosku o przeprowadzenie zamówienia publicznego w sposób niebudzący wątpliwości, iż szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 1 900 tysięcy złotych, a nie jak twierdzi w odwołaniu Odwołujący że jego wartość to kwota około 1 miliona złotych. Zamawiający w postawionym przez niego warunku udziału wymagał wykazania się przez wykonawcę **dwoma** usługami w zakresie dostawy wraz z wdrożeniem systemu informatycznego o podobnym charakterze, co przedmiot postępowania o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto każda. Biorąc pod uwagę obie w/w wartości brak jest podstaw do stwierdzenia ,ze żądanie zamawiającego jest wygórowane i nieproporcjonalne do wartości przedmiotu zamówienia, gdyż w stosunku do wartości każdej z żądanych wykonanych usług wynosi około 52% oszacowania wartości zamówienia. Również dla oceny tego warunku nie bez znaczenia jest fakt iż Zamawiający na rozprawie oświadczył , że obniża wymóg co do wartości wykonanych usług tylko do jednej umowy, a nie jak pierwotnie postanowiono w siwz wymóg wykazania się dwoma takimi usługami. Pomimo iż Izba nie mogła oceniać jak wykazano na wstępie zmienionych warunków siwz, to jednak Zamawiający w oparciu o przepis art. 190 ust.1 zd. drugie był uprawniony do

przedstawienia takiego dowodu. Tym samym Izba stwierdza że w tym zakresie żądanie Odwołującego, jest częściowo zgodne z treścią zarzutu odwołania i jego żądaniem, co do oczekiwanego sformułowania tego warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie drugiej części tego zarzutu dotyczącego żądania wykreślenia zapisu oznaczonego gwiazdką, Izba stwierdza, że w żądaniu Odwołujący nie wskazywał na zbyt wygórowane postawienie tego warunku, lecz argumentował całkowity brak podstaw do jego postawienia i tym samym wnioskował tylko o całkowite jego wykreślenie. Dlatego też Izba uznaje, że zmodyfikowanie tego żądania na rozprawie jest nowym zarzutem nie powołanym w odwołaniu. Tym samym Izba, w oparciu o przepis art. 192 ust.7 nie mogła orzekać co do zarzutu nie podniesionego w odwołaniu. Za nie orzekaniem w tym zakresie przemawiał również fakt, że wykonawcom od zmienionego tego zapisu siwz będzie przysługiwało nowe odwołania na ogólnych zasadach.

Powolywanie się przez Odwołującego przykładów, ustalania warunków udziału w przetargach o podobnym przedmiocie zamówienia na innych uczelniach, gdzie zamawiający stawiali dużo łagodniejsze wymagania, nie może być zdaniem Izby argumentem przemawiającym za koniecznością takiego samego podejścia Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Izba w tym składzie podziela stanowisko KIO wyrażone w wyroku o sygn. KIO 1116/10 gdzie Izba stwierdza, że Zamawiający nie jest związany warunkami oraz opisem sposobu dokonania oceny ich spełnienia, stawianych przez innych Zamawiających w prowadzonych przez nich postępowaniach.

Odwołujący starał się wykazać, że postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są zbyt rygorystyczne i uniemożliwiają mu jako liderowi rynku usług informatycznych dla wyższych uczelniach, udziału w tym postępowaniu, a ponadto starał się wykazać, że warunki udziału w przetargu zostały ustalone pod konkretnego jednego wykonawcę. Zdaniem Izby taka argumentacja, bez racjonalnego uprawdopodobnienia że ofertę może złożyć tylko jeden sugerowany podmiot, jest nieprzekonywująca, szczególnie w sytuacji kiedy ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i nie można wykluczyć że swoje oferty złożą wykonawcy zagraniczni. Ponadto Odwołujący ma możliwość w oparciu o przepis art. 26 ust.2b ustawy pzp skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego w tym zakresie, a także istnieje możliwość zawiązania konsorcjum celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Tak więc nawet w tak postawionych warunkach Odwołujący nie jest pozbawiony możliwości, przy podjęciu określonych ustawą pzp działań, złożenia ważnej oferty w tym postępowaniu. Odwołujący zgłaszając taki zarzut powinien przedstawić na okoliczność zachowania Zamawiającego sprzecznego z przepisami p.z.p. racjonalne dowody. Nie wystarczy, powolywanie się na przepis p.z.p. i wskazywanie w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający przytoczył wybrane fragmenty uzasadnień zawierające generalne tezy, z

którymi na pewnym poziomie ogólności, w oderwaniu od konkretnych okoliczności faktycznych danego orzeczenia, nie sposób się nie zgodzić. Natomiast Krajowa Izba Odwoławcza w żadnym z przywołanych orzeczeń, wskazując na uprawnienie Zamawiającego do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego uzasadnionym potrzebom, nie dopuściła możliwości dokonania tego opisu tak aby nie ograniczał kręgu potencjalnie zainteresowanych wykonawców. Ważną ofertę w postępowaniu może złożyć ten wykonawca który nie tylko wyraża taką wolę ,ale również spełnia warunki postawione przez zamawiającego.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego potrzeby integracji oferowanego w ramach zamówienia programu e-Politechnika z systemem OPTIcamp firmy Opteam S.A, to Izba nie podziela zarzutu Odwołującego że warunek ten powoduje ograniczenie konkurencji jedynie do wykonawców współpracujących z firmą Opteam S.A. Zamawiający na rozprawie oświadczył ,że zgodnie z art. 75 ust. 2 pkt 3 Prawa Autorskiego posiada uprawnienie do uzyskania informacji niezbędnych do integracji eksploatowanego systemu OPTcamp z systemem, który będzie wykonany w ramach przedmiotu zamówienia i przekazania tych danych wykonawcy. Odwołujący w żaden sposób nie zanegował oświadczenia Zamawiającego jak również nie wykazał żadnego dowodu przeciwnego, np. potwierdzającego że Zamawiający odmówił jemu bądź innemu wykonawcy dostępu do tych danych. Tym samym Odwołujący nie udowodnił zasadności stawianego zarzutu.

Opis podmiotowych warunków udziału w niniejszym postępowaniu w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, postawionych przez Zamawiającego nie został przez Izbę zakwalifikowany jako naruszający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp gdyż był proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia. Opisanie warunków udziału w postępowaniu, niezmiennie pozostaje uprawnieniem Zamawiającego, w szczególności w zakresie decyzji jakie warunki uznaje za wystarczające dla zabezpieczenia prawidłowości wykonania jego zamówienia. Ponadto Izba wskazuje , że wszystkie zarzuty odwołania opierają się na przypuszczeniach Odwołującego, należy tutaj wskazać chociażby twierdzenie *że tylko jedna firma w kraju jest zdolna złożyć ofertę, że warunki udziału zostały opisane pod jednego wykonawcę firmę Partners In Progress sp .z o.o., że Zamawiający w zakresie udostępnienia danych posiadanych już oprogramowania może podejmować działania na które nie ma wpływu żaden z wykonawców ,itp.* Izba wskazuje że Odwołujący podnosząc takie zarzuty winien również przedstawić dowody na potwierdzenie zgłaszanych zarzutów które co najmniej uprawdopodobnią w sposób przekonujący, że dana sytuacja wystąpi. Dla uwzględnienia odwołania nie jest wystarczające zgłaszanie uzasadnienia zarzutów w formie czysto hipotetycznej. W sytuacji wnoszenia odwołania od zapisów postanowień siwz zgodnie z treścią art. 192 ust.2 ustawy pzp Odwołujący winien w sposób nie budzący

wątpliwości wykazać, że działanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy pzp i to w stopniu który może mieć **istotny wpływ** na wynik postępowania.

Tym samym Izba stwierdza ,że nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w analizowanej sprawie.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku , orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 ppkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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