

Sygn. akt: KIO 1549/11
KIO 1569/11

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Luiza Łamejko
Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 21 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02 – 678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A (sygn. akt KIO 1549/11),**
- B. w dniu 22 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02 – 337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4 (sygn. akt KIO 1569/11),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy, 01 – 673 Warszawa, ul. Podleśna 61**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02 – 337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1549/11 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **ESRI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00 – 203 Warszawa, ul. Bonifraterska 17** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1549/11 po stronie odwołującego,

- C. wykonawcy **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1549/11 oraz KIO 1569/11 po stronie zamawiającego,
- D. wykonawcy **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1549/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób następujący:

1.1. w sekcji III.2.1) 1.b) (warunek 5), poprzez wpisanie w miejsce „Projekt, którego przedmiotem było zaprojektowanie i wdrożenie publicznie dostępnego geoportalu udostępniającego usługi sieciowe zgodnie z wytycznymi INSPIRE (w tym, co najmniej usługi przeglądania WMS, pobierania WPS oraz wyszukiwania CSW), którego wartość wynosiła, co najmniej 500 000 PLN brutto.” następującej treści: „Projekt, którego przedmiotem było zaprojektowanie i wdrożenie publicznie dostępnego geoportalu udostępniającego usługi sieciowe zgodnie ze specyfikacją Open Geospatial Consortium (w tym co najmniej usługi przeglądania WMS, pobierania WPS oraz wyszukiwania CSW), którego wartość wynosiła co najmniej 500 000 PLN brutto.”,

1.2. w sekcji III.2.1) 1.c) usunięcie postanowień dotyczących posiadania przez każdego członka Zespołu Wykonawcy biegłej znajomości języka polskiego w mowie i piśmie z jednoczesnym wprowadzeniem wymagania zapewniającego możliwość komunikowania się wykonawcy z zamawiającym i sporządzania dokumentów w języku polskim z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu orzeczenia,

1.3. w sekcji III.2.1) 1.c) zmodyfikowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu dotyczących oceny równoważności żądanych certyfikatów z uwzględnieniem wytycznych zawartych w uzasadnieniu orzeczenia,

2.kosztami postępowania obciąża **Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy, 01 – 673 Warszawa, ul. Podleśna 61** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Hewlett-Pacard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A (sygn. akt KIO 1549/11)** i **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4 (sygn. akt KIO 1569/11)** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowego Instytutu Badawczego, 01 – 673 Warszawa, ul. Podleśna 61** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Hewlett-Pacard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A (sygn. akt KIO 1549/11)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-337 Warszawa, ul. Mszczonowska 4 (sygn. akt KIO 1569/11)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1549/11

KIO 1569/11

U z a s a d n i e

Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowy Instytut Badawczy, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Projekt, budowę i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2011 r., nr 2010/S 132-220082.

sygn. akt KIO 1549/11

W dniu 21 lipca 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym HP”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 21 lipca 2011 r.) wobec treści ogłoszenia, w zakresie ukształtowania przez Zamawiającego opisu warunków udziału w zamówieniu znajdujących się w ogłoszeniu, ponieważ opis warunków udziału zamówienia:

- a) narusza zasadę równej konkurencji,
- b) zawiera postanowienia niezgodne z przepisami ustawy Pzp,
- c) zawiera postanowienia uniemożliwiające udział w postępowaniu Odwołującego HP,
- d) określa warunki udziału w zamówieniu w sposób uniemożliwiający ich wykazanie przez Odwołującą HP, jednocześnie powodując

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 i 4, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 2a oraz art. 26 ust. 2b, art. 51 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, a także § 1 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”.

Jednocześnie Odwołujący HP wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, który umożliwi uczciwą konkurencję wykonawcom oferujących swoje usługi, w tym Odwołującemu HP, w szczególności poprzez zmianę wskazanych w odwołaniu postanowień ogłoszenia bądź dopuszczenie wskazanych przez Odwołującego HP w odwołaniu postanowień.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący HP wskazał m.in., iż:

Oдноśnie warunku nr 5 – warunek ten polegający na wykazaniu się wiedzą i doświadczeniem poprzez dołączenie wykazu zamówień wykonanych oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień jest niemożliwy do wykazania, gdyż wykonanie usług, których przedmiotem było zaprojektowanie i wdrożenie publicznie dostępnego geoportalu udostępniającego usługi sieciowe zgodnie z wytycznymi INSPIRE (w tym, co najmniej usługi przeglądania WMS, pobierania WFS oraz wyszukiwania CSW) było niemożliwe do zrealizowania zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi do marca 2011 r. Formalny akt prawny regulujący te kwestię (Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1089/2010 z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie wykonania dyrektywy 2007/2/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie interoperacyjności zbiorów i usług danych przestrzennych) został ogłoszony dopiero 8 grudnia 2010.

Ostateczne wytyczne techniczne (zgodne z obowiązującymi aktami prawnymi) dotyczące usługi przeglądania WMS i wyszukiwania CSW zostały ogłoszone z dniem 30.03.2011 r. i do chwili obecnej nie ustalono ostatecznych wytycznych technicznych dotyczących usługi pobierania WFS, ponieważ wytyczne obowiązujące od 2009 r. nie są zgodne z ww. rozporządzeniem.

Wykazanie się więc wiedzą i doświadczeniem poprzez realizację projektu opisanego przez Zamawiającego jest warunkiem, który może być spełniony jedynie teoretycznie. Od marca 2011 r. żaden z wykonawców nie mógł wykonać takiego projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności rozporządzeniami UE. Faktycznie o udzielenie zamówienia przy tak specyficznym i zawężającym opisanu warunku, mogą się jedynie ubiegać wykonawcy, którzy tak specyficzne zamówienie uzyskali do wykonania jedynie w okresie ostatnich 4 miesięcy.

Oдноśnie warunku biegłej znajomości języka polskiego – warunek ten polegający na obowiązku biegłej znajomości języka polskiego w mowie i piśmie, każdego ze szczegółowo opisanych członków Zespołu Wykonawcy jest warunkiem, który narusza zasadę uczciwej konkurencji, jak i warunkiem niedopuszczalnym z punktu widzenia wymogu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jako nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Do wykazu personelu odpowiedzialnego za realizację zamówienia Wykonawca zobowiązany jest dołączyć „oświadczenia o poziomie znajomości języka polskiego”. Warunek ten nie wpływa

na realizację i należyte wykonanie zamówienia. Biorąc pod uwagę uniwersalność rozwiązań i języków informatycznych, możliwe jest ich wdrażania przez osoby władające w mowie i piśmie różnymi językami. Tym samym zbędna jest umiejętność „biegłego posługiwania się w mowie i piśmie językiem polskim” przez całą kadrę wykonującą projekt w tym np. programistów. Warunek ten nie jest niezbędny w realizacji zamówienia.

Żądanie złożenia oświadczenia o poziomie znajomości języka polskiego nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentach, jakich może żądać zamawiający, zgodnie z treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów, a więc wymóg ten jest niezgodny z § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Odnosnie liczebności wymaganego personelu - Zamawiający w bardzo szczegółowy sposób opisał warunki dotyczące wykazu personelu odpowiedzialnego za realizację zamówienia poprzez wskazanie kadry wykonawczej projekt oraz liczbę osób wykonujących projekt. Opis ten stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, gdyż zaangażowanie takiej liczby personelu faworyzuje tych wykonawców, którzy rozpoczną realizację zamówienia od podstaw, niekorzystających z gotowych rozwiązań lub wypracowanych wcześniej procedur. Opisane wymogi kadrowe w odniesieniu do wykonawców, którzy posiadają wypracowane rozwiązania, nadające się do wtórnego wykorzystania oznaczają konieczność zaangażowanie pełnej kadry realizującej projekt w sytuacji, kiedy jest to zbędne, a wręcz nieekonomiczne.

Określenie w tak szczegółowy sposób całej kadry, zakresu zadań, oraz ilości personelu Wykonawcy ma na celu wyeliminowanie Wykonawców lub dublowanie kosztów realizacji projektu, przez co uniemożliwi to zaproponowanie konkurencyjnej oferty cenowej.

Powyższe stanowi również zbyt daleko idącą ingerencją w wewnętrzną organizację spółki.

Odnosnie przyznania dodatkowych punktów (w kontekście art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 51 ustawy Pzp). Zamawiający wbrew art. 26 ust. 2b ustawy Pzp „nie dopuścił” posługiwania się potencjałem innych podmiotów oraz nie przyzna punktów za zamówienie dodatkowe, które zostało zrealizowane z wykorzystaniem użyczonego potencjału. Oznacza to, że w konsekwencji uzyskania mniejszej ilości punktów rankingowych niektórzy wykonawcy traktowani będą, jako wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia. Przesądza to o fakcie, że wykonawcy polegający na potencjale osób trzecich nie mogą nawet w sposób teoretyczny uzyskać takiej samej liczby punktów podczas oceny wniosków, gdyż nie są im przyznawane punkty dodatkowe. Wskazać należy, że uprawnienie wynikające z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest prawem ustawowo przysługującym wykonawcy i skorzystanie z niego nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Taka konstrukcja kryteriów przyznawanej punktacji stanowi naruszenie zarówno art. 7, jak i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Przyznawanie dodatkowych punktów wykonawcom, niekorzystającym z potencjału podmiotów trzecich narusza postanowienia art. 51 ust. 1 oraz ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający wprowadza własne zasady kwalifikacji podmiotowej wykonawców, niezgodne z przepisami ustawy Pzp, w szczególności w zakresie regulacji dotyczących przetargu ograniczonego i kwalifikacji podmiotowej wykonawców w procedurach dwuetapowych.

Odnośnie wymogu posiadania zaświadczenie zgodności z normą ISO-ICE 27001:2005 w zakresie bezpieczeństwa informacji w systemach informatycznych lub norma równoważna Odwołujący HP podniósł, że norma ISO/IEC 27001:2005 zawiera wymagania dotyczące systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji, a nie systemu zarządzania jakością. Właściwą normą do stwierdzania zgodności systemu zarządzania, jakością z wymaganiami normy jest norma EN ISO 9001:2008. Żaden z dołączonych przez wykonawców certyfikatów zgodnych z opisem Zamawiającego nie będzie zaświadczał systemu zarządzania jakością. W związku, z czym żaden z wykonawców nie będzie mógł spełnić tak postawionego kryterium. A ponadto rynku nie istnieje norma równoważna dla normy ISO/IEC 27001:2005 w związku, z czym zwrot „lub równoważna” jest bezprzedmiotowy.

Odnośnie obowiązku przedłożenia dla eksperta ds. baz danych przestrzennych certyfikatu OCP (Oracle Certified Professional) lub równoważnego Odwołujący HP wskazał, iż zapis ten stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, ponieważ, na rynku nie istnieje inny certyfikat, który bezspornie mógłby być uznany za równoważny, jako certyfikat potwierdzający znajomość relacyjnej baz danych Oracle. Zapis ten umożliwia uzyskanie zamówienia tym wykonawcom, którzy mogą dysponować certyfikatami OCP, czyli certyfikatami pochodzącymi od jednego z wykonawców na rynku, firmy ORACLE. Na rynku funkcjonują inne certyfikaty w zakresie znajomości technologii relacyjnych baz danych np. MS SQL. Jednakże ich uznanie lub nieuznanie za równoważne z certyfikatem OCP na podstawie obecnego zapisu ogłoszenia daje dowolność Zamawiającemu, wobec braku jednoznacznych kryteriów oceny równoważności.

W dniu 21 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania zamieszczając na swej stronie internetowej.

W dniu 25 lipca 2011 r. wykonawca Comarch S.A. z siedziba w Krakowie, zwany dalej „wykonawcą Comarch”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 25 lipca 2011 r. wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „wykonawcą Asseco”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 25 lipca 2011 r. wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Fujitsu”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 25 lipca 2011 r. wykonawca ESRI Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą ESRI”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 29 lipca 2011 r. (na rozprawie) złożył odpowiedź na odwołanie, w której m.in. uwzględnił odwołanie w części dotyczącej zarzutów dokonania opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, deklarując modyfikację warunku opisanego w sekcji III.2.1) 1.b) warunek 5 ogłoszenia o zamówieniu. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

sygn. akt KIO 1569/11

W dniu 22 lipca 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym Fujitsu”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 22 lipca 2011 r.) wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący Fujitsu podniósł, iż Zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy sporządził opis oceny spełniania następujących warunków udziału w postępowaniu zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu:

- 1) Opis oceny spełniania „warunku 1”, dotyczącego posiadania doświadczenia i wiedzy opisany w pkt III.2.1) ppkt 1.b) ogłoszenia o zamówieniu, polegającego na wykonaniu: projektu informatycznego o wartości min. 3 000 000 PLN brutto obejmującego wykonanie oprogramowania na zamówienie, w tym analizę przedwdrożeniową, zaprojektowanie, wytworzenie oraz wdrożenie oprogramowania, co do którego Zamawiający oczekuje, że będzie spełniał m.in. poniższe wymagania:
 - a) „System pracował w rozproszonej geograficznie strukturze na obszarze całego kraju, min. w 3 województwach (jednostkach podziału administracyjnego wyższego stopnia kraju) gdzie liczba lokalizacji użytkowników końcowych była nie mniejsza niż 50 (przez pojedynczą lokalizację rozumieć należy pojedyncze miasto lub miejscowość)” - opis zawarty w lit a) warunku 1;
 - b) „Wykonawca wykaże wartość zrealizowanego zamówienia z wyłączeniem wszystkich innych wartości tj. z wyłączeniem pozyskania i migracji danych, infrastruktury sprzętowej, licencji oprogramowania firm trzecich oraz utrzymania.” - zdanie końcowe warunku 1;

- 2) Opis oceny spełniania warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisany w pkt III.2.1) lit. c) ogłoszenia o zamówieniu:
- a) w ppkt 1, w którym dla kierownika projektu ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu z metodyki zarządzania projektami Prince2 Practitioner lub Project Management Professional (PMP) lub certyfikatu równoważnego;
 - b) w ppkt 2, w którym dla zastępcy kierownika projektu ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu z metodyki zarządzania projektami Prince2 Practitioner lub Project Management Professional (PMP) lub certyfikatu równoważnego;
 - c) w ppkt 3, w którym dla głównego architekta ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu TOGAF 8 lub 9 Certified lub certyfikatu równoważnego;
 - d) w ppkt 4, w którym dla projektanta ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu Oracle Certified Professional Developer dla Java EE lub Microsoft Certified Professional Developer dla NET Framework lub certyfikatu równoważnego;
 - e) w ppkt 5, w którym dla kierownika produkcji ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu Oracle Certified Professional Java Próg ram mer lub Microsoft Certified Technology Specialist dla NET Framework lub certyfikatu równoważnego;
 - f) w ppkt 6, w którym dla programisty - eksperta ESB ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu Oracle Certified Professional Java Programmer lub Microsoft Certified Technology Specialist dla NET Framework lub certyfikatu równoważnego;
 - g) w ppkt 7, w którym dla programisty - eksperta SOA ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu Oracle Certified Professional Java Programmer lub Microsoft Certified Technology Specialist dla NET Framework lub certyfikatu równoważnego;
 - h) w ppkt 9, w którym dla programisty - eksperta portalowego ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu Oracle Certified Professional Java Programmer lub Microsoft Certified Technology Specialist dla NET Framework lub certyfikatu równoważnego;
 - i) w ppkt 10, w którym dla kierownika testów ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu ISTOB Test Manager lub certyfikatu równoważnego;
 - j) w ppkt 11, w którym dla testera ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu ISTOB Foundation lub certyfikatu równoważnego;

- k) w ppkt 12, w którym dla głównego analityka ustalono m.in. obowiązek znajomości języka UML 2.0 potwierdzonego certyfikatem OMG Certefieds UML Professional lub certyfikatem równoważnym;
- l) w ppkt 16, w którym dla analityka systemowego ustalono m.in. ustalono m.in. obowiązek znajomości UML 2.0 potwierdzoną certyfikatem OMG Certefieds UML Professional lub certyfikatem równoważnym;
- m) w ppkt 17, w którym dla eksperta ds. jakości (ITIL) ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu ITIL EXperf lub certyfikatu równoważnego;
- n) w ppkt 21, w którym dla administratora LAN/WAN ustalono m.in. obowiązek posiadania certyfikatu CISCO (min. CGNA) lub certyfikatu równoważnego;
- o) w ppkt 26, w którym dla eksperta ds. baz przestrzennych ustalono m.in. obowiązek posiadania minimum 5-letniego doświadczenia w zakresie projektowania baz danych GIS oraz znajomość relacyjnych baz danych potwierdzone certyfikatem OSP lub certyfikatem równoważnym.

Jednocześnie Odwołujący Fujitsu wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w ogłoszeniu o zamówieniu, tj.:

- 1) z opisu oceny spełniania „warunku 1”, dotyczącego posiadania doświadczenia i wiedzy opisanego w pkt III.2.1) w ppkt 1.b):
 - a) usunięcia z tekstu zamieszczonego w lit. a) wyrazów „min. w 3 województwach (jednostkach podziału administracyjnego wyższego stopnia kraju”;
 - b) usunięcia zdania końcowego w brzmieniu: „Wykonawca wykaże wartość zrealizowanego zamówienia z wyłączeniem wszystkich innych wartości, tj. z wyłączeniem pozyskania i migracji danych, infrastruktury sprzętowej, licencji oprogramowania firm trzecich oraz utrzymania.”;
- 2) opis oceny spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, uzupełnił o wymagania, na podstawie których będzie możliwe obiektywne ustalenie równoważności certyfikatów, nie będących certyfikatami opisanymi za pomocą konkretnego nazewnictwa w pkt III.2.1) lit. c) w ppkt 1-7, 9-12, 16-17, 21 i 26 tego warunku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Fujitsu wskazał m.in., iż z treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że opis oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu powinien być

związany z przedmiotem zamówienia i powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a zasada ta została przez Zamawiającego naruszona.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego opisu oceny spełniania „warunku 1”, dotyczącego posiadania doświadczenia i wiedzy opisanego w pkt III.2.1) w ppkt 1.b) lit. a) ogłoszenia o zamówieniu (udokumentowania wykonania zamówienia w rozmiarze terytorialnym obejmującym co najmniej „3 województwa (jednostki podziału administracyjnego wyższego stopnia kraju”) wskazuje, że Zamawiający oczekuje od wykonawców udokumentowania wykonania zamówienia z uwzględnieniem zasadniczego podziału administracyjnego kraju i umiejscowienia lokalizacji użytkowników końcowych w co najmniej trzech województwach (jednostkach podziału administracyjnego wyższego stopnia kraju). Jednocześnie Zamawiający w tym elemencie opisu wskazał, że liczba lokalizacji użytkowników końcowych na takim terenie nie powinna być mniejsza niż 50 i, że „przez pojedynczą lokalizację rozumieć należy pojedyncze miasto lub miejscowość”. Jednak istotnym dla budowy i działania systemów informatycznych jest w szczególności lokalizacja użytkowników, względnie odległości pomiędzy nimi, a nie granice podziału administracyjnego państwa ustalone w odniesieniu do ustroju terytorialnego, co do istoty neutralne z punktu widzenia takich systemów. Granice administracyjne nie mają znaczenia dla używanych w tych systemach technologii elektronicznych i informatycznych, chyba że istnieją niezgodne z prawem Polski i prawem UE bariery prawno-gospodarcze.

A ponadto Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu nie wykazał istotnego związku między sposobem budowy i funkcjonowania zamawianego systemu z samym podziałem terytorialnym państwa. Wymóg odnoszący się do usytuowania tego systemu w obrębie określonej liczby jednostek zasadniczego podziału terytorialnego państwa jest więc wymogiem krzywdzącym z punktu widzenia doświadczenia i możliwości wykonawczych, a tym samym ograniczającym dostęp do niniejszego zamówienia publicznego. Ograniczenie to dotyczy tych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy zrealizowali system informatyczny w wymaganej liczbie lokalizacji, lecz umiejscowiony na obszarze nie pokrywającym się z obszarem co najmniej trzech jednostek zasadniczego podziału terytorialnego państwa.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego konieczności udokumentowania „wartości zrealizowanego zamówienia z wyłączeniem wszystkich innych wartości tj. z wyłączeniem pozyskania i migracji danych, infrastruktury sprzętowej, licencji oprogramowania firm trzecich oraz utrzymania” (zdanie końcowe opisu oceny spełniania „warunku 1”, dotyczącego posiadania doświadczenia i wiedzy opisanego w pkt III.2.1) w ppkt 1.b) ogłoszenia o zamówieniu) Zamawiający zastrzegł, że wartość wykazanego zamówienia na poczet potwierdzenia spełnienia tego warunku nie powinna obejmować składników wykonanego systemu informatycznego, takich jak pozyskanie i migracja danych, infrastruktura sprzętowa,

licencje oprogramowania firm trzecich oraz utrzymanie systemu. Natomiast w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający pośród składników udzielanego zamówienia wskazał m.in. na dostawę Licencji Systemu ISOK, dostawę Licencji oprogramowania firm trzecich niezbędnych do działania Systemu I SOK, wdrożenie Systemu ISOK, inicjalne zasilenie Systemu ISOK w dane, dostawę i wdrożenie platformy sprzętowo - systemowej, gwarancie powdrożeniowa i świadczenie gwarancji powdrożeniowej. Opis oceny spełniania tego warunku 1 jest więc nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, gdyż Zamawiający pominął konieczność powiązania opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia, a także nie zachował proporcjonalności tego opisu do przedmiotu zamówienia. Żądanie dotyczące udokumentowania wartości wykonanego zamówienia z pominięciem elementów, które w przypadku udzielanego zamówienia są istotne, bo wymienione w opisie przedmiotu zamówienia, należy uznać za bezprawne i bezpodstawne. W ten sposób preferowani są wykonawcy o doświadczeniu opartym na budowach systemów rzeczowo mniej skomplikowanych niż wykonawcy posiadający doświadczenie w wykonywaniu zamówień odpowiadających przedmiotowi udzielanego zamówienia, co dotyczy również Odwołującego. Udokumentowanie równoważności certyfikatów, nie będących certyfikatami opisanymi za pomocą konkretnego nazewnictwa

Odnosnie zarzutu dotyczącego pkt 111.2.1) lit. c) i ppkt 1-7, 9-12, 16-17, 21 i 26 ogłoszenia o zamówieniu, a mianowicie obowiązku posiadania certyfikatów, z tym zastrzeżeniem, że uzna także „certyfikaty równoważne” Odwołujący Fujitsu podniósł, iż wyrażenie „certyfikat” należy rozumieć jako dokument zawierający informacje o potwierdzonych przez jego wystawcę wiedzy, umiejętnościach zawodowych, względnie uprawnieniach danej osoby w opisanym certyfikatem zakresie. W odniesieniu do „certyfikatu równoważnego” o treści takiego dokumentu nie można nic powiedzieć, jeżeli wcześniej nie zostaną określone te elementy certyfikacji, które mają znaczenie dla odbiorcy przyszłego świadczenia. Zamawiający, jako odbiorca przyszłego świadczenia nie przedstawił jednak jakichkolwiek informacji o tym, co rozumie jako „równoważność” dla certyfikatów, innych niż wymienione co do nazewnictwa w pkt 111.2.1) lit. c) w ppkt 1-7, 9-12, 16-17, 21 i 26 ogłoszenia o zamówieniu. Tak więc obecne brzmienie przedmiotowego opisu oceny spełniania tego warunku pozostawia Zamawiającemu niekontrolowane prawo do dowolności interpretowania, czy „alternatywny” certyfikat jest równoważny wobec certyfikatu oznaczonego w ogłoszeniu o zamówieniu.

W dniu 22 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania zamieszczając na swej stronie internetowej.

W dniu 25 lipca. 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Comarch S. A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „wykonawcą Comarch”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwoływającemu i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 29 lipca 2011 r. (na rozprawie) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwoływającego HP i Odwoływającego Fujitsu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż odwołania zasługują na uwzględnienie.

sygn. akt KIO 1549/11

Zarzut dotyczący warunku posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w sekcji III.2.1) ppkt 1.b) (warunek 5 ogłoszenia o zamówieniu) potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III pkt 2.1) ppkt 1.b) „Posiadanie wiedzy i doświadczenia” postawił warunek (warunek 5) wykazania się przez wykonawców wykonaniem „Projektu, którego przedmiotem było zaprojektowanie i wdrożenie publicznie dostępnego geoportalu udostępniającego usługi sieciowe zgodnie z wytycznymi INSPIRE (w tym, co najmniej usługi przeglądania WMS, pobierania WPS oraz wyszukiwania CSW), którego wartość wynosiła, co najmniej 500 000 PLN brutto. (...)”

Powyższe zakwestionował Odwołujący HP, który podniósł m.in., iż wykonanie wyspecyfikowanych w tym punkcie usług było niemożliwe do zrealizowania zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi do marca 2011 r., gdyż formalny akt prawny regulujący te kwestię (Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1089/2010 z dnia 23 listopada 2010 r.

w sprawie wykonania dyrektywy 2007/2/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie interoperacyjności zbiorów i usług danych przestrzennych odpowiadających tematom wymienionym w załącznikach I, II i III do dyrektywy 2007/2/WE) został ogłoszony 8 grudnia 2010 r. Powoduje to, iż od marca 2011 r. żaden z wykonawców nie mógł wykonać takiego projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności rozporządzeniami UE.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, uwzględnił odwołanie w tej części, oświadczając iż dokona modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III.2.1) 1.b) (warunek 5), nadając mu następującą treść: „Projekt, którego przedmiotem było zaprojektowanie i wdrożenie publicznie dostępnego geoportalu udostępniającego usługi sieciowe zgodne ze specyfikacją Open Geospatial Consortium (w tym, co najmniej usługi przeglądania WMS, pobierania WPS oraz wyszukiwania CSW), którego wartość wynosiła, co najmniej 500 000 PLN brutto”.

Odwołujący HP oświadczył na rozprawie, iż zapowiedziana modyfikacja go satysfakcjonuje. Nie ma jednak pewności, na tym etapie postępowania, czy w tym zakresie ogłoszenie o zamówieniu zostanie zmodyfikowane, dlatego też nie cofa tego zarzutu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego przedmiotowego zarzutu, jak i oświadczenia Odwołującego HP, iż zaproponowana nowa treść kwestionowanego postanowienia jest zgodna z jego oczekiwaniami oraz okoliczności, iż zmodyfikowane brzmienie kwestionowanego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie zostało jeszcze wprowadzone w treści ogłoszenia o zamówieniu Izba uwzględniła ten zarzut. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują bowiem częściowego umorzenia postępowania, a ponadto na tym etapie postępowania, w sytuacji gdy nie wprowadzono jeszcze zmiany kwestionowanego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, powyższe uchybienie ma i może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zarzut dotyczący warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w sekcji III.2.1) 1.c) w zakresie wymogu, aby każdy członek zespołu wykonawcy posiadał biegłą znajomość języka angielskiego w mowie i piśmie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III pkt 2.1) ppkt 1.c) postawił warunek „Każdy członek Zespołu Wykonawcy musi posiadać biegłą znajomość języka polskiego w mowie i piśmie.”.

Odwołujący HP zakwestionował przedmiotowe postanowienie, podnosząc m.in., iż warunek ten nie jest niezbędny, gdyż nie wpływa on na realizację i należyte wykonanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż przedmiotem zamówienia jest realizacja zamówienia pn.: „Projekt, budowa i wdrożenie informatycznego systemu osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami (ISOK) oraz świadczenie usługi gwarancyjnej po wdrożeniu tego systemu”, a więc określonego przez Zamawiającego i spełniającego jego wymogi systemu informatycznego. W realizację tego zamówienia zaangażowani więc będą przede wszystkim informatycy. Uniwersalnym językiem porozumiewania się w informatyce jest natomiast język angielski. To właśnie znajomość angielskiej terminologii technologii informatycznych i umiejętność pracy z nią w języku angielskim decyduje nie tylko o powodzeniu informatyka w karierze zawodowej i przyczynia się do sukcesu firmy informatycznej w kraju i na świecie, ale także o powodzeniu i uniwersalności stworzonego przez nią systemu. A ponieważ informatycy stanowią jedną z najbardziej hermetycznych społeczności, posługujących się własnym specyficznym językiem ograniczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotowego zamówienia, w skład którego wchodzić będzie przede wszystkim grupa informatyków, do osób posługujących się językiem polskim przy realizacji przedmiotowego zamówienia jest nieuzasadnione z punktu widzenia realizacji zamówienia. Język polski w zakresie terminologii informatycznych posługuje się bowiem także terminologią zapożyczoną z języka angielskiego. Uniwersalność rozwiązań, jak i terminologii języka informatycznego możliwym więc czyni prawidłową realizację zamówienia przy zaangażowaniu do jego realizacji osób, które nie deklarują biegłej znajomości języka polskiego. Zdolność osoby do wykonania zamówienia – jak słusznie podkreślał Przystępujący ESRI - winna być oceniana nie w kategorii znajomości języka, ale w kategorii wykonywanych przez nią zadań. Nie wszystkie bowiem role (stanowiska w projekcie) wyspecyfikowane przez Zamawiającego w treści ogłoszenia, ale i poza tymi wskazanymi do pełnienia określonych funkcji, uczestniczące w realizacji zamówienia, wymuszają konieczność komunikacji w języku polskim. Komunikacja w języku polskim jest następstwem tego – co konsekwentnie podkreślał Zamawiający – że jego pracownicy „komunikują się wyłącznie w języku polskim”. Dlatego też od wyspecyfikowanej w ogłoszeniu grupy pracowników wykonawcy, który będzie realizował zamówienie, oczekuje on biegłej znajomości języka polskiego w mowie i piśmie. Ta biegła znajomość języka polskiego ma bowiem mu pomóc przy szybkiej i sprawnej realizacji zamówienia. Niemniej jednak – jak słusznie podnosił Odwołujący HP oraz Przystępujący Fujitsu i ESRI – istnieją środki, które pozwolą na realizację celów założonych przez Zamawiającego, przy udziale osób realizujących zamówienie, które to osoby nie posługują się biegle językiem polskim.

W trakcie wszelkich spotkań członków danego zespołu możliwe jest bowiem – co zresztą podkreślał Odwołujący HP, deklarując jednocześnie w takim przypadku udział tłumaczy symultanicznych – o ile w jego skład wchodzi osoby nie władające językiem

polskim zadeklarowanie przez takiego wykonawcę korzystania z tłumacza, w tym także możliwości tłumaczenia symultanicznego. Wówczas obecność tłumacza winna zbyć zabezpieczona przez tego wykonawcę, który z takiej możliwości korzysta.

Także wszelkie produkty (dokumenty), w tym techniczne i zarządcze, które powstają w toku realizacji zamówienia, które - jak podnosił Zamawiający - są dla niego istotne z punktu widzenia realizacji zamówienia, powinny być sporządzone w języku polskim. W przypadku sporządzenia takich dokumentów w języku angielskim należy je bezwzględnie przetłumaczyć na język polski, w tym także – o ile taką potrzebę wyrazi Zamawiający - przez tłumacza przysięgłego i obie wersje danego dokumentu przekazać Zamawiającemu. Oznacza to więc, że w tym zakresie (kwestionowanego postanowienia) Zamawiający zobowiązany jest dokonać modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie posiadania przez każdego członka Zespołu Wykonawcy biegłej znajomości języka polskiego w mowie i piśmie z jednoczesnym wprowadzeniem wymagania zapewniającego możliwość komunikowania się Wykonawcy z Zamawiającym i sporządzania dokumentów w języku polskim ze wskazaniem zasad tej komunikacji.

Odwołujący HP podnosił także, iż wykonawcy – w sposób nieuprawniony – zobowiązani byli przez Zamawiającego do przedłożenia oświadczenia o poziomie znajomości języka polskiego. Zdaniem Izby z treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i powołanego w sekcji III.2 pkt XV.1 „Wykaz oświadczeń i dokumentów (...)” ppkt 3) załącznika nr 5 do wniosku nie wynika obowiązek przedłożenia takiego dokumentu. W załączniku nr 5 (kolumna 4 tabeli) wskazano bowiem zakres informacji, jakie powinien przedstawić wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wśród tych informacji faktycznie wymieniono „(...) oświadczenie o poziomie znajomości języka polskiego”, przy czym przedmiotowe oświadczenie nie stanowiło odrębnego dokumentu, którego zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów może żądać zamawiający, składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a jedynie informację, która miała być zawarta w treści składanego wykazu. Tym niemniej postanowienie zawierające wymóg złożenia takiego oświadczenia należy wykreślić i zastąpić go informacją o sposobie porozumiewania się danej osoby Zamawiającym.

Zarzut dotyczący warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w sekcji III.2.1) 1.c) w zakresie wymagań dotyczących dysponowania osobami wskazanymi w punktach 4 (projektant), 5 (kierownik produkcji), 6 (programista- ekspert ESB), 7 (programista SOA), 8 (programista GIS), (programista ekspert portalowy), 10 (kierownik testów), 14 (analityk biznesowy – Ekspert map), 15 (analityk biznesowy – ekspert dziedzinowy), 16 (analityk systemowy), 17 (ekspert ds. jakości), 19 (kierownik wdrożenia), 20, (wdrozeniowiec),

21 (administrator LAN/WAN), 22 (administrator sprzętu IT), 23 (administrator GIS), 24 (administrator baz danych) odpowiedzialnymi za realizację zamówienia oraz ich liczby nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III pkt 2.1) ppkt c) postawił warunek dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do realizacji zamówienia legitymującymi się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone, wskazując jednocześnie niezbędny zespół osób „Zespół kierowniczy” i zakres informacji tych osób dotyczący, który winni przedstawić wykonawcy w wykazie stanowiącym załącznik nr 5 do składanego wniosku na potwierdzenie spełnienia warunku.

Odwołujący HP zakwestionował przedmiotowe postanowienie, podnosząc m.in., iż żądanie takiej liczby personelu (pkt 4 (projektant), 5 (kierownik produkcji), 6 (programista-ekspert ESB), 7 (programista SOA), 8 (programista GIS), 9 (programista ekspert portalowy), 10 (kierownik testów), 14 (analityk biznesowy – Ekspert map), 15 (analityk biznesowy – ekspert dziedzinowy), 16 (analityk systemowy), 17 (ekspert ds. jakości), 19 (kierownik wdrożenia), 20, (wdrożeńowiec), 21 (administrator LAN/WAN), 22 (administrator sprzętu IT), 23 (administrator GIS), 24 (administrator baz danych)) faworyzuje tych wykonawców, którzy rozpoczynają realizację zamówienia od podstaw, niekorzystających z gotowych rozwiązań lub wypracowanych wcześniej procedur, ingerując w ten sposób w wewnętrzną organizację spółki i są nieekonomiczne, gdyż przy realizacji przedmiotowego zamówienia istnieje możliwość skorzystania z półproduktów posiadanych przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż Zamawiający - w treści ogłoszenia o zamówieniu - wskazał Zespół dysponowaniem jakim powinien wykazać się wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie. Zespół ten ma się składać z 26 funkcji, przy czym niektórym funkcjom przypisano więcej niż jedną osobę (projektant (3), programista – Ekspert GIS (2), tester (4), analityk systemowy (4), wdrożeńowiec (3)). Natomiast Zespół po stronie Zamawiającego ma liczyć około 100 - 150 osób. Wymóg wskazania przez wykonawcę osób pełniących tylko 26 funkcji nie jest więc wymogiem nadmiernym, zwłaszcza iż – jak podkreślił Zamawiający – tworzony Zespół ma odpowiadać strukturze organizacyjnej Zespołu Zamawiającego. Wskazane role dla poszczególnych członków Zespołu mają bowiem pełnić ściśle określone i istotne dla Zamawiającego funkcje. Zamawiany system nie ma podobnych sobie na rynku. Wymaga więc wytworzenia rozwiązania mu dedykowanego, powodując iż nie można będzie w pełni wykorzystać półproduktów technicznych. Stąd konieczność stworzenia Zespołu dedykowanego wyłącznie do realizacji tego konkretnego zamówienia. Przykładowo bowiem Zamawiający wskazał, iż wymagane jest szerokie pasmo testów, a tylko część z nich może być wykonana automatycznie. Zamawiający nie posiada bowiem

wiedzy na temat tego, który z wykonawców i czy w ogóle będzie korzystał z gotowego produktu. Rozwiązanie będące przedmiotem zamówienia jest wysoce skomplikowanym przedsięwzięciem organizacyjno-informatycznym o ogólnopolskim zasięgu, służącym ściśle określonym celom i obsługującym kilkadziesiąt grup użytkowników. Tak więc wysoko specjalistyczny i nowatorski charakter tego zamówienia wymusza zaangażowania do jego realizacji określonej grupy specjalistów. Takim specjalistami dysponuje faktycznie każdy z wykonawców działających w branży informatycznej, a więc także i Odwołujący HP, który przyznał na rozprawie, iż dysponuje specjalistami o funkcjach wskazanych przez Zamawiającego i mógłby stworzyć taki Zespół dla potrzeb tego konkretnego zamówienia. Zamawiający wyspecyfikował bowiem jedynie 26 ról istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, jednocześnie zwracając uwagę przede wszystkim na nowatorski charakter zamawianego systemu, podczas realizacji którego nie będzie można – wbrew twierdzeniom Odwołującego HP i Przystępującego ESRI – wykorzystać „półproduktów dziedzinowych”, gdyż metodyka działania dopiero jest tworzona. Półproduktami technicznymi dysponują bowiem praktycznie wszyscy wykonawcy. Istotnie Odwołujący HP wskazywał, iż posiada metodykę, która – w przypadku zredukowania kwestionowanych ról w Zespole – pozwoliłaby mu na ograniczenie liczby członków Zespołu, jak i na łączenie poszczególnych ról, a więc na skorzystanie także z posiadanych półproduktów dziedzinowych, jednakże nie przedstawił żadnych dowodów na to, iż przy tak specyficznym przedmiocie zamówienia możliwym byłoby wykorzystanie takich półproduktów. Podnoszone przez niego argumenty są więc gołosłowne i niczym nieuzasadnione.

Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut nieuprawnionego wymogu wykazania się własnym doświadczeniem w celu otrzymania dodatkowych punktów na podstawie kryteriów wyboru ograniczonej liczby wykonawców wskazanego w sekcji IV.1.2) pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja IV.1) ppkt 2) „Ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” zamieścił następujące postanowienie „W celu otrzymania dodatkowych punktów Wykonawcy muszą się wykazać własnym doświadczeniem. Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie posługiwania się doświadczeniem i wiedzą innych podmiotów.”.

Odwołujący HP zakwestionował przedmiotowe postanowienie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu także poprzez poleganie „na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania

zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (...).” Celem tego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przepis ten wprowadzono bowiem jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu – i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiązaną - ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. Skorzystanie z potencjału podmiotów trzecich jest więc możliwe wyłącznie w ściśle określonym celu, a mianowicie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast art. 51 ustawy Pzp dotyczy kwalifikacji wykonawców, a więc wyłonienia grupy wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert spośród wykonawców spełniających warunki. I tak art. 51 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż kwalifikacji zostaną poddani wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, przy uwzględnieniu postanowień tego przepisu. Z kolei art. 51 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że „jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się za wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.” Oznacza to, iż kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch etapach. Najpierw Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie zaś o ile liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert, zamawiający zobowiązany jest (o ile zaistnieje taka sytuacja) dokonać dodatkowej czynności polegającej na zhierarchizowaniu ocen spełniania warunków przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, wybierając tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Warunki, których ocena spełniania będzie podlegała wartościowaniu powinny być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający powinien bowiem podać spełnianie których warunków ma dla niego większe znaczenie oraz w jaki sposób będzie oceniał spełnianie w większym lub mniejszym stopniu. Określony warunek ma więc mieć przypisaną wagę. Wykonawca otrzymuje bowiem punkty nie za samo spełnianie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu, ale za spełnianie danego warunku w większym, lepszym stopniu. Zaproszeni do składania ofert powinni być bowiem ci wykonawcy, którzy spełniają warunki w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali

największą ilość punktów, a co za tym idzie – odnosząc się do tego konkretnego przypadku - posiadają największe doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówienia. Regulacja zawarta w tym przepisie (art. 51 ustawy Pzp) służy więc innemu celowi niż regulacja zawarta w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten (art. 51 ustawy Pz) pozwala bowiem dokonać oceny w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu, a w kształtowaniu którego ustawodawca pozostawił Zamawiającemu względną swobodę. Mogą one przecież „wykraczać poza te, co do których ustawodawca dopuścił udostępnianie przez podmioty trzecie na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, obejmując dodatkowo sytuację ekonomiczną; uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; niektóre z nich z natury mogą nie nadawać się do spełnienia funkcji dla których wprowadzono art. 51 ust. 2 ustawy” (wyrok KIO z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO/2359/10). Dla celów ustalenia kręgu wykonawców, których Zamawiający zaprosi w przetargu ograniczonym do złożenia oferty, a więc dla ich większego czy też lepszego spełnienia, nie znajduje więc uzasadnienia samo spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym wykazane z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Korzystanie z „pożyczanego doświadczenia” ma bowiem na celu jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie może służyć podwyższeniu punktacji celem uzyskania wyższej pozycji w liście rankingowej wykonawców, którzy mają następnie zostać zaproszeni do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący wymogu przedstawienia zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, iż wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe zgodnie z normą ISO-IEC 27001:20005 w zakresie bezpieczeństwa informacji w systemach informatycznych lub normę równoważną nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja VI.3) „Informacje dodatkowe” pkt 2.a) zamieścił postanowienie: „Na etapie składania ofert Zamawiający będzie wymagał od wykonawców następujących dokumentów, potwierdzających, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:

a) zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, iż Wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe zgodnie z normą ISO-ICE 27001:2005 w zakresie bezpieczeństwa informacji w systemach informatycznych lub normą równoważną, (...)”.

Postanowienie to zakwestionował Odwołujący HP, wskazując na brak zasadności jego żądania, w tym wskazania na potwierdzenie, którego warunku ma on być złożony, jak również podnosząc, że norma ta (ISO-ICE 27001:2005) zawiera wymagania dotyczące systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji, a nie systemu zarządzania jakością.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż kwestionowane zaświadczenie – co jednoznacznie wynika z treści powołanego wyżej postanowienia - żądane jest przez Zamawiającego dopiero na etapie składania ofert. Nie jest więc ono, wbrew twierdzeniom Odwołującego HP, składane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zaświadczenie to ma być złożone na potwierdzenie spełniania wymogów Zamawiającego, a mianowicie potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę usługi będą odpowiadać wymaganiom dotyczącym bezpieczeństwa informacji. Powołana norma (ISO-ICE 27001:2005) jest bowiem międzynarodowym standardem dotyczącym zarządzania bezpieczeństwem informacjami. Odwołujący HP takim dokumentem dysponuje, co sam przyznał na rozprawie, składając stosowne oświadczenie. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

sygn. akt KIO 1549/11 i sygn. akt KIO 1569/11

Zarzut dotyczący wymagania określonego certyfikatu lub równoważnego (zarzut wspólny dla obydwu Odwołujących) potwierdził się

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, sekcja III.2.1.) lit. c) ppkt 1-7, 9-12, 16-17, 21 i 26, określając wymagania w stosunku do określonych osób zamieścił postanowienie „certyfikat (...) lub certyfikat równoważny”.

Powyższe zakwestionował Odwołujący HP i Odwołujący Fujitsu, wskazując iż na rynku nie istnieje certyfikat, który bezspornie mógłby być uznany za równoważny, jak również podnosząc brak wskazania określania oceny równoważności przedłożonych przez wykonawców certyfikatów.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż Zamawiający poza wskazaniem konkretnego certyfikatu nie określił żadnych wymagań co do przedkładanego certyfikatu równoważnego. Tymczasem to Zamawiający, dopuszczając dokument równoważny, powinien był w taki sposób sprecyzować postawione certyfikatowi równoważnemu wymogi, aby móc następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię jego równoważności. A ponieważ „produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry” (wyrok KIO z dnia z dnia 6 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 967/09) elementy badania równoważności bezwzględnie powinny zostać przez

Zamawiającego określone. Zamawiający, na etapie postępowania odwoławczego, mimo braku faktycznego uwzględnienia odwołania w tej części, w istocie podjął próbę doprecyzowania owego wymogu, mówiąc o „równoważności roli”, „doświadczeniu stosownym do roli” czy też „certyfikacie analogicznym co do zakresu z certyfikatami wskazanymi z nazwy (...)”, nadal jednak nie dokonując jednoznacznej wykładni tego terminu dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Systemy objęte certyfikatem – jak zgodnie podkreślali Odwołujący HP i Fujitsu - mimo iż różnią się zakresem, to jednak uzyskują ten sam produkt finalny. Dlatego też konieczne jest opisanie cech równoważności, co Zamawiający powinien uczynić, dokonując w tym zakresie zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

sygn. akt KIO 1569/11

Zarzut dotyczący warunku posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w sekcji III.2.1) ppkt 1.b) warunek 1 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu – w zakresie dotyczącym żądania, by wykazywany przez wykonawcę system pracował w rozproszonej geograficznie strukturze na obszarze całego kraju „min. w 3 województwach (jednostkach podziału administracyjnego wyższego stopnia kraju)” nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III pkt 2.1) ppkt 1.b) warunek 1 lit. a) postawił wymóg wykazania się przez wykonawców realizacją systemu, który „pracował w rozproszonej geograficznie strukturze na obszarze całego kraju, min. w 3 województwach (jednostkach podziału administracyjnego wyższego stopnia kraju) gdzie liczba lokalizacji użytkowników końcowych była nie mniejsza niż 50 (przez pojedynczą lokalizację rozumieć należy pojedyncze miasto lub miejscowość)".

Powyższe zakwestionował Fujitsu, który podniósł m.in., iż dla budowy i działania systemów informatycznych istotnym jest w szczególności lokalizacja użytkowników względnie odległości pomiędzy nimi, a nie granice podziału administracyjnego państwa ustalone w odniesieniu do ustroju terytorialnego

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Przedmiotem zamówienia – co jest bezsporne - jest ogólnopolski system, który ma być dostępny dla wielu grup użytkowników. System o szerokim zakresie wdrożenia (w samych węzłach: IMGW, 7 RZGW, KZGW), jak również wysokiej dostępności i bezawaryjności. Powyższe determinuje więc – jak konsekwentnie podkreślał Zamawiający - konieczność zweryfikowania doświadczenia wykonawców, a tym samym potrzebę uzyskania reprezentatywności zakresu zrealizowanego systemu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a uzasadnienie dla którego wynika z przepisu prawa (rozporządzenia Rady

Ministrów z dnia 27 czerwca 2006 r. w sprawie przebiegu granic obszarów dorzeczy i regionów wodnych (Dz. U. z 2006 r., Nr 126, poz. 878), który to przepis został wskazany w treści ogłoszenia o zamówieniu. Tak więc ograniczenie zakresu realizacji wykazywanego systemu do 3 województw nie jest wymogiem nadmiernym do przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem podyktowane strukturą systemu, dla którego zamawiany system ma być realizowany, a mianowicie obszarem na jakim będą funkcjonować węzły regionalne, które obejmują co najmniej trzy województwa. Istotnie niezwykle ważnym dla realizacji (budowy i działania) systemu informatycznego jest lokalizacja użytkowników oraz odległości pomiędzy nimi. Niemniej jednak zakreślone granice pełnią istotną rolę z punktu widzenia zawodności zamawianego systemu. Na terenie kraju, co zgodnie podkreślały strony, nie zrealizowano żadnego systemu odpowiadającego swoim zakresem systemowi obecnie realizowanemu. Oznacza to więc, iż postawiony wymóg, mimo iż nie pozwala na udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym na rynku, daje jednak możliwość wyłonienia wykonawcy dysponującego stosownym doświadczeniem w realizacji zbliżonych projektów (ze względu na ich zasięg). Wykazane przez wykonawcę doświadczenie ma bowiem potwierdzić w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień. Tym samym nieuprawnione jest żądanie od Zamawiającego, aby obniżył on swe wymagania poprzez obniżenie stawianych wykonawcom wymogów celem umożliwienia ubiegania się o zamówienie wszystkim wykonawcom, a więc i wykonawcom nie posiadającym stosownego doświadczenia w realizacji zamówienia o skali porównywalnej do przedmiotu zamówienia. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący warunku posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w sekcji III.2.1) ppkt 1.b) ogłoszenia o zamówieniu - warunek 1, zdanie końcowe warunku – w zakresie dotyczącym żądania, by wartość zrealizowanego zamówienia została wykazana z wyłączeniem wszystkich innych, tj. z wyłączeniem pozyskania i migracji danych, infrastruktury sprzętowej, licencji oprogramowania firm trzecich oraz utrzymania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III pkt 2.1) ppkt 1.b) warunek 1 zdanie końcowe postawił wymóg: „Wykonawca wykaże wartość zrealizowanego zamówienia z wyłączeniem wszystkich innych wartości, tj. z wyłączeniem pozyskania i migracji danych, infrastruktury sprzętowej, licencji oprogramowania firm trzecich oraz utrzymania.”.

Powyższe zakwestionował Fujitsu, który podniósł m.in., iż powyższe jest nieadekwatne do opisu przedmiotu zamówienia, a więc z pominięciem konieczności powiązania opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamówienia, a także zachowania proporcjonalności tego opisu do przedmiotu zamówienia, powodując tym samym

wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w budowie systemów mniej skomplikowanych.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby warunek postawiony przez Zamawiającego w kwestionowanym zakresie (zakresie wartości zrealizowanego zamówienia) jest, wbrew twierdzeniom Odwołującego Fujitsu, adekwatny do przedmiotu zamówienia. Żądanie wylegitymowania się realizacją określonego zamówienia z wyłączeniem określonych prac nie stanowi ograniczenia zasady uczciwej konkurencji. Ów warunek jest bowiem efektem dysproporcji pomiędzy kosztem wprowadzenia, pozyskania i migracji danych, a kosztem wytworzenia systemu informatycznego. A ponieważ Zamawiającego interesuje wyłącznie wytworzenie systemu pozostałe elementy wyłączył on z wartości całkowitej referencyjnych projektów. Wytworzenie systemu często jest wręcz jedynym z wielu (nawet marginalnym) elementem danego zamówienia. Natomiast Zamawiającego interesuje przede wszystkim jego wytworzenie, a to m.in. z uwagi na nowatorski charakter zamawianego systemu. Istotną rolę dla prawidłowości wykonania zamówienia będzie więc odgrywało doświadczenie realizującego je wykonawcy. Stąd też istotnym jest ustalenie doświadczenia w realizacji tego najważniejszego, konkretnego i istotnego dla Zamawiającego elementu zamówienia, a więc wytworzenia danego systemu. Możliwa jest również – wbrew twierdzeniom Odwołującego Fujitsu – wycena poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia realizowanego na rzecz innego Zamawiającego i wyłonienie z niej wyłącznie elementu ważnego dla Zamawiającego, a mianowicie kosztów wytworzenia systemu.

Dlatego też zarzut ten nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocników: Odwołującego HP i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł i oraz Odwołującego Fujitsu w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....