

**Sygn. akt KIO 272/13**

**Sygn. akt KIO 285/13**

**WYROK**  
**z dnia 21 lutego 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Magdalena Grabarczyk**  
                                  **Emil Kawa**  
                                  **Andrzej Niwicki**

**Protokolant:**       **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2013r. przez Sygnity S.A. w Warszawie oraz w dniu 8 lutego 2013r. przez Asseco Poland S.A. w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie

przy udziale:

- Asseco Poland S.A. w Rzeszowie oraz ATOS IT Services Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 272/13 po stronie zamawiającego;
- Sygnity S.A. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 285/13 po stronie zamawiającego:

**orzeka:**

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża Sygnity S.A. w Warszawie oraz Asseco Poland S.A. w Rzeszowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Sygnity S.A. w Warszawie oraz Asseco Poland S.A. tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 272/13**

**Sygn. akt KIO 285/13**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zawarcie umowy ramowej na modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych.

Ogłoszenie o zamówieniu, zwane dalej również „ogłoszeniem” opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 stycznia 2013r., pod numerem 2013/S 021-032780.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu, zachowując termin ustawowy oraz wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wnieśli wykonawcy:

- Sygnity S.A. w Warszawie;
- Asseco Poland S.A. w Rzeszowie.

### **Odwołanie wniesione przez Sygnity S.A. (sygn. akt KIO 272/13):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 23 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 4 Pzp oraz w związku z art. 7 Pzp przez określenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób naruszający możliwość udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udział w postępowaniu, w szczególności w sposób uniemożliwiający wykazanie się wspólnym potencjałem ekonomicznym lub finansowym, podczas gdy przepisy Pzp zakładają, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą wykazać się wspólnym potencjałem;
- art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp raz art. 22 ust. 4 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez określenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nadmiarowy, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wskazujący na możliwość spełnienia warunków udziału przez nieuzasadnienie wąski krąg wykonawców, podczas, gdy

warunki realizacji zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wynikającym z ogłoszenia spełnia więcej wykonawców;

- art. 2 pkt 9a Pzp w związku z art. 101 ust. 1 Pzp przez żądanie przez zamawiającego, aby wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa ramowa utrzymywał przez cały okres jej trwania zespół osób wskazanych imiennie w chwili zawierania umowy, podczas gdy wykonawca podpisujący umowę ramową nie ma obowiązku składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień na jej podstawie, a na zamawiającym nie ciąży ustawowy obowiązek udzielania zamówień wykonawcom z którymi zawarł umowę ramową.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu przez:

- wykreślenie postanowień nakazujących wykazanie przez jednego wskazanego wykonawcę spełniania warunku udziału w zakresie posiadania określonego potencjału ekonomicznego lub finansowego, ewentualnie przez wykreślenie tego postanowienia w całości;
- dopuszczenia do udziału w postępowaniu również wykonawców nie dysponujących osobami posiadającymi certyfikaty COSMIC lub wiedzą wystarczającą do ich uzyskania, jeżeli wykonawca dysponuje osobami posiadającymi doświadczenie w stosowaniu metody punktów funkcyjnych w realizowanych projektach;
- ograniczenie wymagań dotyczący osób w sposób wskazany w treści odwołania;
- wykreślenie wymogu utrzymywania przez cały okres obowiązywania umowy ramowej zespołu osób wskazanego w treści ogłoszenia.

Odwołujący uzasadniał zarzuty odwołania, w ten sposób, że:

1. wynikające z pkt III.2.2).2.2.) ogłoszenia oczekiwanie zamawiającego, że współczynnik bieżącej płynności finansowej w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia spełniać będzie wykonawca, którego udział w wymaganej przez zamawiającego kwocie przychodów jest największy jest niezgodne z intencją ustawodawcy co do zasad wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazuje bowiem, że warunek ten ma spełniać wyłącznie jeden wskazany wykonawca spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tymczasem z przepisów i orzecznictwa wynika, że istotna jest suma potencjałów wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący podnosił, że wystarczającym i zgodnym z Pzp byłoby wymaganie wykazania się określonym wskaźnikiem potwierdzającym sytuację finansową lub ekonomiczną przez któregokolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wskaźnik *Current Ratio*, którego wykazania się na określonym poziomie wymaga zamawiający, nie potwierdza w istocie zdolności

ekonomicznej lub finansowej wykonawcy. Podniósł, że ustawowym celem wykazania określonego warunku jest potencjalne potwierdzenie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy na dzień składania wniosków lub ofert. Uznał, że warunek stawiany przez zamawiającego w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej nie powinien zatem dotyczyć okresów wstecznych i odległych, które nie mają żadnego wpływu na bieżącą sytuację wykonawcy. Oceniał, że analiza wskaźnikowa jest oparta wyłącznie na danych historycznych, a wskaźniki historycznie nie prezentują obecnej kondycji finansowej wykonawcy. Odwołujący uznał, że, w kontekście art. 22 ust. 1 Pzp zamawiający powinien być bardziej zainteresowany przyszłością ekonomiczną czy finansową wykonawcy, jego zdolnością do wykonania w przyszłości zamówienia, jego perspektywami, a nie danymi historycznymi;

2. biorąc pod uwagę niszowe wykorzystanie przez polski rynek metodyki COSMIC, nie jest możliwe przedstawienie przez potencjalnych wykonawców referencji we zakresie wskazanym przez zamawiającego w pkt 1.2 ogłoszenia. Odwołujący ocenił, że zamawiający oczekuje oszacowania wielkości zmian realizowanych w historycznych projektach metodą COSMIC. Podniósł, że w projektach tych mogły być stosowane różne metody szacowania zmian, niekoniecznie metoda COSMIC, a to oznacza, że mogą się pojawić problemy z interpretacją uzyskanych oszacowań na dalszych etapach postępowania. Podkreślił, że zastosowanie innej metody szacowania zmian, niż wykorzystywana w danym projekcie to proces pracochłonny, wymagający znacznego zaangażowania wykonawcy, dokładne wykonanie takich oszacowań ze względów czasowych może być bardzo trudne bądź wręcz niemożliwe w oczekiwanym przez zamawiającego terminie. Odwołujący wniósł o wykreślenie z ogłoszenia postanowienia rozdziału I. 2. 1);

3. nawiązując do wymagania pkt I.3.2) lit. d oraz pkt I.3.3) lit. c odwołujący podniósł, że zgodnie z informacjami zamieszczonymi na oficjalnej stronie organizacji COSMIC na polskim rynku dostępnych jest jedynie 15 osób posiadających certyfikaty żądane przez zamawiającego. Oświadczył, że metodyka ta jest mało popularna w Polsce (tym bardziej w sektorze instytucji publicznych - samorządowych i rządowych) i wykonawcy chcący korzystać z usług osób posiadających wymagane kwalifikacje musieliby korzystać z tych samych osób. Odwołujący wskazał, że w Polsce tylko jedna instytucja (fundacja PSMO) świadczy usługi certyfikacji w tym zakresie, brak jest możliwości certyfikacji w języku polskim, a z uwagi na termin składania wniosków niemożliwe jest zdanie stosownego egzaminu, ani ukończenia szkolenia. Uniemożliwia to, wobec faktu, że usługi szkoleniowe świadczą dwa podmioty (PSMO i firma AION) wykazanie alternatywnego warunku posiadania umiejętności niezbędnych do uzyskania w/w certyfikatu. Odwołujący wniósł o zmianę wymagania posiadania umiejętności wymiarowania oprogramowania z metody COSMIC i dopuszczenia również innych implementacji;

4. odwołujący zarzucił, że postanowienie pkt I.2. ogłoszenia bezpodstawnie ograniczają liczbę potencjalnych wykonawców przez wymóg przedstawienia referencji wykonania usług w konkretnej technologii - IBM oraz Oracle (jednocześnie). Wskazał, że zarówno produkty firmy IBM oraz ORACLE mają swoje odpowiedniki pod względem funkcjonalnym i technicznym w produktach oferowanych przez innych producentów, w związku z czym wydaje się, że wystarczającym wykazaniem przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu byłoby wykazania się takimi referencjami, które dotyczą również innych produktów innych firm (np. bazy danych Oracle zamiast bazy danych DB2), o ile rozwiązania te i produkty są produktami i rozwiązaniami porównywalnymi;

5. Odwołujący podniósł, że certyfikaty TOGAF Certified, CITA - M (Certified Information Technology Architect Master), CEA (Certified Enterprise Architect), CISA, CISSP i CIA wymagane przez zamawiającego w pkt I.3 ogłoszenia nie są jednymi certyfikatami poświadczającymi umiejętności pełnienia funkcji analityka. Oceniał, że spełnianie warunku w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia może i powinno zakładać również wykazanie się równoważnymi kwalifikacjami/certyfikatami. Zarzucił też, że przez wymaganie zawarte w pkt I.3.5 ogłoszenia, aby przynajmniej jedna osoba pełniąca rolę architekta posiadała wiedzę standardowo nie mieszczącą się w zakresie kompetencji Architekta tj. certyfikację Audytora (CISA, CISSP, CIA), zamawiający bezpodstawnie ogranicza ilość osób i wykonawców mogących brać udział w postępowaniu oczekując, aby architekt posiadał wiedzę i certyfikaty nie będące w zakresie jego kompetencji i wykonywanych prac i równocześnie wymagając dodatkowych osób pełniących te role (spec. ds. bezpieczeństwa). Odwołujący ocenił, że może to świadczyć o przygotowaniu warunków udziału w postępowaniu w sposób faworyzujący potencjalnego wykonawcę, który dysponuje osobą o tak unikalnych i niestandardowych łączonych kompetencjach. Podniósł, że wymienione przez zamawiającego certyfikaty nie są jednymi certyfikatami poświadczającymi umiejętności pełnienia funkcji specjalisty ds. bezpieczeństwa i powinny być dopuszczone również równoważne kwalifikacje/certyfikaty;

6. zamawiający oczekując w pkt I.3.8. ogłoszenia wykazania dysponowania programistami posiadającymi wiedzę z zakresu programowania w języku C++ bezpodstawnie i w sposób nadmiarowy wymaga dodatkowo doświadczenia w użyciu środowiska programistycznego Borland C++ Builder. Odwołujący podkreślił, że umiejętności programowania nabywa się i uczy w danym języku (w tym przypadku C++) a środowisko programistyczne (np. Borland C++ Builder) jest tylko jednym z wielu narzędzi. Programować a jednocześnie nabywać doświadczenie w w/w języku jakim jest C++ można w dowolnym środowisku. Wymagania zamawiającego we wskazanym zakresie odwołujący uznała za nadmiarowe i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i utrudniają uczciwą konkurencję;

7. odwołujący zwrócił uwagę na wymóg posiadania umiejętności niezbędnych dla uzyskania certyfikatu UML Foundation. Wyjaśnił, że nie zidentyfikował certyfikatu o brzmieniu "UML Foundation". Wniósł o zmianę treści ogłoszenia poprzez określenie istniejącego certyfikatu lub wykreślenie wskazanego wymagania;

8. odwołujący wskazał, że nie jest zasadne, wyrażone w pkt 7 dodatkowych informacji ogłoszenia w pkt 7, żądanie utrzymywania przez wykonawcę, z którym zamawiający podpisze umowę ramową w całym okresie obowiązywania tej umowy pełnego składu osobowego specjalistów. Za wystarczające uznał wykazanie się dysponowaniem takim składem oraz udzielenie zamawiającemu gwarancji, iż w przypadku realizacji zamówienia publicznego udzielonego w związku z zawartą umową ramową, do jego realizacji skierowany zostanie odpowiedni zespół osób spełniający wszystkie wymagania zamawiającego.

Asseco Poland S.A. w Rzeszowie oraz ATOS IT Services Sp. z o.o. w Warszawie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

#### **odwołanie wniesione przez Asseco S.A.(sygn. akt KIO 285/13):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 100 ust. 3 pkt 2 ustawy przez określenie liczby wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa, w sposób sprzeczny z ustawą;
- 2) art. 101 ust. 1 i 2 ustawy przez używanie zamiennie dwóch pojęć, co sugeruje, iż zamawiający ma zamiar zawierać 2 rodzaje umów: umowy szczegółowe i zamówienia jednostkowe;
- 3) art. 27 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 48 ust. 2 pkt 1 ustawy przez wskazanie dwóch różnych adresów e-mail do kontaktu z zamawiającym oraz poprzez ograniczenie sposobu wniesienia odwołania tylko do formy faksu lub drogą elektroniczną, bez możliwości zachowania formy pisemnej;
- 4) art. 51 ust. 2 ustawy przez zapis ogłoszenia w pkt IV.1.2).5.3) sprzeczny z zasadami kwalifikacji wykonawców do składania ofert;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy przez uniemożliwienie równego traktowania wykonawców i zapewnienie możliwości weryfikowania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia - wobec czego wykonawcy mogą przedstawiać wiedzę i doświadczenie nie podlegające w praktyce weryfikacji;
- 6) art. 22 ust. 4 ustawy przez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków

posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nie związany z przedmiotem umowy oraz nie będący proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia;

- 7) art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 4 ustawy przez określenie nadmiernego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 8) art. 7 ust. 1 i art. 48 ust. 2 pkt 10 ustawy przez niewystarczający i naruszający uczciwą konkurencję opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze ofert, oraz przez niewystarczające określenie kryteriów oraz sposobu (zasad) oceny ofert a także innych przepisów ustawy wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia w zakresie wskazanym w odwołaniu przez wykreślenie zapisów naruszających przepisy ustawy (w tym naruszających zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) bądź ich zmianę w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Odwołujący uzasadniał zarzuty odwołania w sposób następujący:

1. W ogłoszeniu w pkt II.1.4) zamawiający wskazał, iż zawrze umowę z 3 wykonawcami, zaś w ogłoszeniu na swojej stronie internetowej w pozycji „Informacja o zamiarze zawarcia umowy ramowej” w pkt 1 podał: „*Zamawiający zamierza zawrzeć umowę z co najmniej 3 (trzema) wykonawcami*”. Zapisy te nie są tożsame. Zamawiający w ogłoszeniu zadeklarował, że ma zamiar zawrzeć umowę z dokładnie 3 wykonawcami. Odwołujący uznał, iż w przypadku, gdy nie będzie możliwe zawarcie umowy z 3 wykonawcami, gdyż mniej wykonawców złoży oferty nie podlegające odrzuceniu, postępowanie powinno zostać unieważnione oraz, że obecny zapis ogłoszenia jest sprzeczny z przepisem art. 100 ust. 3 pkt 1 ustawy, gdzie ustawodawca wyraźnie przewidział możliwość zawarcia umowy ramowej z mniej niż 3 wykonawcami. Odwołujący wniósł, aby zapis w pkt II.1.4) ogłoszenia: „Liczba uczestników planowanej umowy ramowej: 3” został zastąpiony zapisem: „Liczba uczestników planowanej umowy ramowej: co najmniej 3. chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców”.

2. W pkt II.1.5) „Krótki opis zamówienia lub zakupu” oraz pkt. VI.3) Informacje dodatkowe ppkt 6 i 7 - zamiennie używane są zwroty „Umowy szczegółowe” i „zamówienia jednostkowe”. Odwołujący podniósł, że zamawiający używa dwóch różnych pojęć - można by przyjąć, iż czym innym jest „umowa szczegółowa”, a czym innym - „zamówienie jednostkowe”, czego skutkiem musiałoby być przyjęcie, iż zamawiający ma zamiar zawierać dwa różne typy mów w ramach wykonania umowy ramowej. Powyższe narusza art. 101 ustawy - ustawodawca nie przewidział, aby możliwe było zawieranie różnych rodzajów umów. Odwołujący wniósł, aby w pkt II.1.5) i w



pkt VI.3) w podpunktach 6 i 7 została dokonana zmiana w taki sposób, aby używane w nich było to samo pojęcie - do wyboru: „umowa szczegółowa”, zamówienie jednostkowe” lub „zamówienie”.

3. Skutkiem postanowień pkt 1.1) „Nazwa, adresy i punkty kontaktowe” w związku z pkt III.2.1) „Sytuacja podmiotowa wykonawców” pkt 8 „Forma przekazywania informacji, oświadczeń i dokumentów w postępowaniu” ppkt 1) oraz pkt. VI.3) „Informacje dodatkowe” ppkt 2 nastąpiło wskazanie dwóch różnych adresów mailowych jako punktów kontaktowych. Zamawiający w pkt VI.3) 2 ogłoszenia z niewyjaśnionych przyczyn wskazał, iż odwołania można wносить tylko i wyłącznie na inny adres - inny, niż wskazany w pkt 1.1.) Ogłoszenia. Powyższe narusza przepis art. 48 ust. 2 pkt 1 ustawy - gdyż zamawiający podał dwa różne adresy, służące jako punkty kontaktowe. Naruszony został też art. 27 ust. 3 Pzp, gdyż zamawiający w pkt VI.3)2 ogłoszenia wskazał, iż w przypadku wniesienia odwołania kopię należy wysłać faksem lub drogą elektroniczną, wyłączając tym samym możliwość złożenia kopii odwołania w formie pisemnej. Odwołujący wniósł o wykreślenie w pkt III.2.1) 8 ppkt 1) podanego tam adresu mailowego i wpisanie adresu mailowego takiego samego jak w pkt I.1) ogłoszenia i o wykreślenie w całości postanowienia pkt VI.3.2 ogłoszenia:

4. Błędnie zredagowany został pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału”, gdzie w ppkt 5 „W przypadku otrzymania takiej samej liczby punktów przez piątego i kolejnych wykonawców zamawiający zakwalifikuje wszystkich wykonawców którzy otrzymali liczbę punktów wyższą i równą jak piąty wykonawca” - błąd logiczny w sformułowaniu "wyższą i równą”.

Zamawiający - formułując pkt IV.1.2).5.3) ogłoszenia - błędnie zastosował spójnik „i” w miejsce spójnika „lub”.

Odwołujący wniósł o zmianę tego punktu przez nadanie mu treści: „W przypadku otrzymania takiej samej liczby punktów przez piątego i kolejnych wykonawców Zamawiający zakwalifikuje wszystkich wykonawców którzy otrzymali liczbę punktów wyższą lub równą jak piąty wykonawca”.

5. w pkt III.1.2) przez stwierdzenia „Płatność dokonana będzie przelewem w terminie 30 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT” - nastąpiła niezgodność z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie podatku VAT od licencji i sprzedaży majątkowych praw autorskich. Zgodnie z art. 19 ust. 13 pkt 9 ustawy o VAT obowiązek podatkowy dla czynności udzielenia licencji/sublicencji czy przeniesienia majątkowych praw autorskich powstaje z chwilą otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż z upływem terminu płatności określonego w umowie lub fakturze. Obecny zapis ogłoszenia nie daje możliwości określenia daty płatności w dacie wystawienia faktury - gdyż termin płatności liczony jest od dnia dostarczenia faktury zamawiającemu, który to dzień

dostarczenia w dniu wystawienia faktury jest terminem przyszłym - dostarczenie może mieć miejsce za 1, 2 czy wręcz 7 dni;

6. W pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” ppkt 1 oraz pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 3 w związku z pkt VI.3) 3. zamawiający zaniechał skonkretyzowania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia do usług referencyjnych wykonanych na rzecz zamawiających mających siedzibę w krajach Unii Europejskiej i OECD. Zamawiający w pkt VI.313 tiret drugie i trzecie ogłoszenia powinien ograniczyć możliwości przedstawiania referencji do usług wykonanych na rzecz podmiotów z UE czy OECD, gdyż tylko tacy wykonawcy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia. Odwołujący uznała, że poza Unią Europejską i krajami OECD *de facto* nie istnieją ubezpieczenia społeczne w formie funkcjonującej w Polsce, zatem wykazanie się referencjami spoza tych państw nie ma żadnego znaczenia dla zamawiającego, gdyż nie potwierdza posiadania wiedzy i doświadczenia koniecznego do świadczenia usług KSI.

Odwołujący wniósł o skreślenie dotychczasowej treści pkt VI.313 tiret drugie i trzecie o treści:

„Zamawiający informuje, że w niniejszym postępowaniu posługuje się następującymi pojęciami:

- 1) Pod pojęciem „usługi referencyjnej” Zamawiający rozumie działanie stanowiące wyodrębnioną całość, służące określonej celowi w ramach projektu informatycznego.
- 2) Pod pojęciem „rozwoju systemu informatycznego” Zamawiający rozumie rozbudowę lub modyfikację systemu informatycznego.”

i wpisanie w to miejsce:

„Zamawiający informuje, że w niniejszym postępowaniu posługuje się następującymi pojęciami:

- 1) Pod pojęciem „usługi referencyjnej” Zamawiający rozumie działanie stanowiące wyodrębnioną całość, służące określonej celowi w ramach projektu informatycznego wykonanego na rzecz zamawiającego mającego siedzibę na terenie jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD;
- 2) Pod pojęciem „budowy systemu informatycznego” Zamawiający rozumie budowę systemu informatycznego wykonanego na rzecz zamawiającego mającego siedzibę na terenie jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD;
- 3) Pod pojęciem „rozwoju systemu informatycznego” Zamawiający rozumie rozbudowę lub modyfikację systemu informatycznego wykonane na rzecz zamawiającego mającego siedzibę na terenie jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD.”

7. W pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 1 ppkt 2) w związku z pkt IV.1.2) ppkt 3. – wadliwie brak wymogu, aby system rzeczywiście realizował postawione wymagania, a nie

wyłącznie miał taką potencjalną możliwość. W zakresie tzw. usług punktowanych zamawiający wymaga, aby wykazane systemy realizowały rzeczywiście równoległą pracę 5.000 użytkowników oraz obsługę 500.000 dokumentów. Natomiast w przypadku warunków minimalnych - tj. warunków udziału w postępowaniu wymaganie to zostało przez Zamawiającego znacznie obniżone i obejmuje już nie rzeczywistą pracę konkretnej ilości użytkowników i rzeczywiste obsługiwanie konkretnej ilości dokumentów - ale obejmuje wyłącznie możliwość. Przedmiotowa różnica powoduje, iż w zakresie wykazania się spełnianiem warunków podmiotowych wystarczające byłoby wskazanie przykładowo systemu, w którym pracuje 100 użytkowników i który obsługuje 1.000 dokumentów, byle ten system miał teoretyczną, potencjalną, przyszłą i niesprawdzoną możliwość obsługi wielkości wskazanych przez zamawiającego. Taki warunek udziału w postępowaniu byłby warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, a tym samym naruszającym przepisy ustawy. Odwołujący wniósł o skreślenie pkt III.2.3)1.2) o treści:

„przynajmniej jedna usługa referencyjna spośród usług określonych w pkt 1 lit. aVc) dotyczyła systemu informatycznego cechującego się możliwością równoległej pracy minimum 5.000 użytkowników oraz obsługi minimum 500.000 dokumentów wejściowych miesięcznie.”

i w to miejsce wpisanie, że „przynajmniej jedna usługa referencyjna spośród usług określonych w pkt 1 lit. a)-c) dotyczyła systemu informatycznego cechującego się równoległą pracą minimum 5.000 użytkowników oraz obsługą minimum 500.000 dokumentów wejściowych miesięcznie.”

8. W pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 1 ppkt 3) „przynajmniej jedna usługa referencyjna spośród usług określonych w pkt 1 lit. a)-c) dotyczyła budowy systemu informatycznego...” ma miejsce wadliwy brak powiązania pomiędzy zadaniem w ramach usługi referencyjnej ppkt 1 lit. a) - c) z technologiami wskazanymi w wymaganiach ppkt 3.

Wskazanie w punkcie III.2.3). ppkt 3), ogłoszenia, że przynajmniej jedna usługa referencyjna, a nie wskazane zadanie w ramach tej usługi, była wykonana w wymaganej technologii, umożliwia wykonawcom formalne spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu także w przypadku, gdy dany wykonawca wykaże się należyłą wydajnością w zupełnie innej, nieadekwatnej do KSI ZUS technologii. Wobec treści całego ogłoszenia - taki skutek powyższych zapisów ogłoszenia jest sprzeczny z celem zamówienia oraz pozostałymi wymaganiami zamawiającego wobec wykonawców. Wyłącznie do budowy systemu informatycznego, z wyłączeniem rozwoju system informatycznego. Także takie ograniczenie wydaje się nieuzasadnione, ponieważ wykonawca wykazujący umiejętność rozwoju systemu informatycznego posiada kompetencje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Zwłaszcza, że przedmiotem zamówienia jest właśnie rozwój

systemu ZUS KSI, a nie - budowa takiego systemu. Odwołujący wniośł o skreślenie dotychczasowej treści pkt III.2.3) pkt 1 ppkt 3) o treści:

„przynajmniej jedna usługa referencyjna spośród usług określonych w pkt 1 lit. a)-c) dotyczyła budowy systemu informatycznego w architekturze trójwarstwowej z użyciem technik klastrowania i formowania z wykorzystaniem rozwiązań IBM DB2 oraz ORACLE Tuxedo w oparciu o interfejs użytkownika” i wpisanie w to miejsce, aby „przynajmniej jedno zadanie spośród zadań określonych w pkt 1 lit. a)-c) dotyczyło budowy lub rozwoju systemu informatycznego w architekturze trójwarstwowej z użyciem technik klastrowania i formowania z wykorzystaniem rozwiązań IBM DB2 oraz ORACLE Tuxedo w oparciu o interfejs użytkownika” lub co najmniej dwa zadania spośród zadań określonych w pkt 1 lit. a)-c) dotyczyły budowy lub rozwoju systemu informatycznego w architekturze trójwarstwowej z użyciem technik klastrowania i formowania z czego przy realizacji jednego zadania korzystano z rozwiązań IBM DB2 przy realizacji drugiej zadania korzystano z rozwiązań ORACLE Tuxedo w oparciu o interfejs użytkownika.”;

9. W pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 1 ppkt 3) „...z wykorzystaniem rozwiązań IBM DB2 oraz ORACLE Tuxedo w oparciu o interfejs użytkownika” zamawiający zaniechał wskazania konkretnej platformy. Odwołujący wskazał, że skoro zamawiający zdecydował się na określenie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do posiadanych i wykorzystywanych technologii, to powinien wyraźnie wskazać na rozwiązanie IBM z/OS DB2, gdyż dopiero takie określenie wymagane doświadczenia z jednej strony jest określeniem precyzyjnym i możliwym do zweryfikowania, zaś z drugiej strony - zapewnia spełnienie oczekiwań zamawiającego co do doświadczenia niezbędnego do należytego realizowania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniośł o skreślenie dotychczasowej treści pkt III.2.3) pkt 1 ppkt 3):

„przynajmniej jedna usługa referencyjna spośród usług określonych w pkt 1 lit. a)-c) dotyczyła budowy systemu informatycznego w architekturze trójwarstwowej z użyciem technik klastrowania i formowania z wykorzystaniem rozwiązań IBM DB2 oraz ORACLE Tuxedo w oparciu o interfejs użytkownika” i wpisanie w to miejsce:

„przynajmniej jedno zadanie spośród zadań określonych w pkt 1 lit. a)-c) dotyczyło budowy lub rozwoju systemu informatycznego w architekturze trójwarstwowej z użyciem technik klastrowania i formowania z wykorzystaniem rozwiązań IBM z/OS DB2 oraz ORACLE Tuxedo w oparciu o interfejs użytkownika” lub

„co najmniej dwa zadania spośród zadań określonych w pkt 1 lit. a)-c) dotyczyły budowy lub rozwoju systemu informatycznego w architekturze trójwarstwowej z użyciem technik klastrowania i formowania z czego przy realizacji jednego zadania korzystano z rozwiązań IBM z/OS DB2:

przy realizacji drugiej zadania korzystano z rozwiązań ORACLE Tuxedo w oparciu o interfejs użytkownika.”;

10. w Pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 3 w związku z pkt II.1.5) oraz pkt 111.2.3)1 zamawiający zaniechał powiązania wykazu punktowanych usług z usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia oraz zaniechał określenia warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Obecne określenie przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia narusza w art. 22 ust. 4 ustawy - obowiązek powiązania warunków udziału z przedmiotem zamówienia oraz obowiązek określenia w sposób proporcjonalny.

Odwołujący wniósł o skreślenie dotychczasowej treści IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt3 o treści:

„Opis oceny i klasyfikacji wykonawców: 1) dla każdej usługi, będącej własnym doświadczeniem Wykonawcy, obejmującej budowę lub rozwój systemu informatycznego, gdzie wartość każdej usługi wynosiła co najmniej 25 000 000 PLN brutto oraz dotyczyła systemu cechującego się równoległą pracą minimum 5.000 użytkowników i obsług minimum 500 000 dokumentów wejściowych miesięcznie” i wpisanie w to miejsce:

„Opis oceny i klasyfikacji wykonawców: 11 dla każdej usługi, będącej własnym doświadczeniem Wykonawcy, obejmującej budowę lub rozwój systemu informatycznego w zakresie ubezpieczeń, gdzie wartość każdej usługi wynosiła co najmniej 25 000 000 PLN brutto oraz dotyczyła systemu cechującego się równoległą pracą minimum 5.000 użytkowników i obsług minimum 500 000 dokumentów wejściowych miesięcznie”

11. w pkt III.2.3) pkt 2 „Warunki dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym...” lit. e) nastąpiło zaniechanie przez zamawiającego precyzyjnego wskazania poziomu uprawnień audytora systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji według normy bezpieczeństwa IS027001 lub ISOI 7799. Odwołujący podniósł, że w punkcie III.2.3) pkt 2 „Warunki dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym...” w lit. e) odnośnie Specjalistów ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych zamawiający określił nieprecyzyjnie wymagania odnośnie potwierdzenia kompetencji osób mających pełnić funkcje Specjalistów ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych. Obecnie - zdaniem odwołującego - wystarczające jest wykazanie we wniosku dysponowanie Audytorem wewnętrznym. Istnieje jednak ryzyko, że - wobec nieprecyzyjnego zapisu - wykonawcy dysponujący właśnie takim specjalistą, mogą zostać wykluczeni z postępowania albo co najmniej będą w stosunku do nich podnoszone zarzuty, które będą przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą, co niepotrzebnie przedłuży czas trwania postępowania.

Odwołujący wniósł o skreślenie pkt III.2.31 o treści:

„posiadająca uprawnienia audytora systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji według normy bezpieczeństwa IS027001 lub IS017799 oraz uprawnienia audytora systemu

zarządzania ciągłością działania i planów odtwarzania awaryjnego według normy (...) wydane przez akredytowaną instytucję:" i wpisanie w to miejsce:

„posiadająca uprawnienia audytora wewnętrznego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji według normy bezpieczeństwa ISO27001 lub ISO17799 oraz uprawnienia audytora systemu zarządzania ciągłością działania i planów odtwarzania awaryjnego według normy (...) wydane przez akredytowaną instytucję:";

12. w pkt I11.2.3) „Kwalifikacje techniczne" ppkt 2 „warunki dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia..." w zakresie sformułowania „lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy)" – nastąpiło określenie warunku udziału w sposób nieprecyzyjny. Konieczne zatem wydaje się takie dookreślenie sposobu potwierdzania posiadania wymaganych umiejętności, aby - przy zachowaniu równego traktowania wykonawców - jednocześnie możliwe było zachowanie uczciwej konkurencji. Uczciwej konkurencji - w rozumieniu, iż nie będzie możliwe przedstawienie wykazu osób posiadających co prawda jakieś tam dokumenty, ale jednocześnie - nie posiadających umiejętności wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o skreślenie w dotychczasowej treści III.2.3 „Kwalifikacje techniczne" pkt 2 lit a) - g) sformułowania:

„lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy) i wpisanie w to miejsce:

„lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty, wystawionymi przez podmioty realizującymi równoważne szkolenia (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy lub podmiotu powiązanego)";

13. w pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia" – zostały użyte nieprecyzyjne zapisy dotyczące oceny ofert w zakresie zadania. W pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia". Zamawiający określił 2 kryteria oceny ofert - cenę za jeden punkt funkcyjny CFP z wagą 40 oraz jakość wykonanego zadania z wagą 60. Zamawiający nie określił w ogłoszeniu żadnych dodatkowych postanowień dotyczących badania zadania.

Odwołujący wniósł o dodanie w pkt VI.2.1) następującej treści:

„Zadanie stanowić będzie integralną część oferty, nie będzie podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3. W pierwszej kolejności zadanie będzie sprawdzane pod kątem zgodności treści zadania z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zadanie zgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia będzie podlegać ocenie w zakresie jakości zadania."

14. W pkt V1.3) „Informacje dodatkowe" ppkt 7 w związku z ppkt 6 – został wskazany nieprecyzyjny opis kryteriów oceny zamówień jednostkowych, gdyż zamawiający wskazał, iż jedynym kryterium oceny zamówień jednostkowych będzie cena.

Zdaniem odwołującego prowadzi to do niejasności co do tego, jaki będzie zakres dokumentów przekazywanych wraz z zaproszeniem do składania ofert oraz rodzi wątpliwości co do tego, czy składane w odpowiedzi oferty zawierające wyłącznie cenę za jeden punkt funkcyjny będą porównywalne, a zatem - czy będą w ogóle podlegały ocenie. Narusza to zarówno zasady określone w art. 7 ust. 1, jak i art. 101 ustawy.

Odwołujący wniósł o dodanie w pkt V1.3) w ppkt 6 zdania drugiego o następującej treści:

„Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazywał będzie specyfikację istotnych warunków zamówienia zawierającą co najmniej: termin realizacji zamówienia jednostkowego, opis przedmiotu zamówienia jednostkowego, liczbę punktów funkcyjnych CFP niezbędnych do realizacji zamówienia jednostkowego.”

15. Pkt III.2.3) w związku z pkt VI.3)3 tiret szóste oraz Załącznikiem nr 6 do ogłoszenia opublikowanym na stronie Zamawiającego - błędne odniesienie do złożoności usługi zamiast do wielkości zadania.

Odwołujący wniósł o skreślenie w dotychczasowej treści VI.3)3. tiret szóste:

„Pod pojęciem CFP (Cosmic Function Point)” Zamawiający rozumie punkt funkcyjny określający rozmiar funkcjonalny oprogramowania zgodnie z metodyką Cosmic (COSMIC-FFP ISO/IEC 19761:2011 Software engineering. A functional size measurement method) w wersji 3.0.1 Opis usług referencyjnych, o których mowa w pkt 1 (obejmujących budowę nowej funkcjonalności lub modyfikację istniejącej funkcjonalności), powinien zostać przedstawiony w formie Arkusza wymiarowania usługi, stanowiącego Załącznik nr 6 do Ogłoszenia.”

i wpisanie w to miejsce:

„Pod pojęciem CFP (Cosmic Function Point)” Zamawiający rozumie punkt funkcyjny określający rozmiar funkcjonalny oprogramowania zgodnie z metodyką Cosmic (COSMIC-FFP ISO/IEC 19761:2011 Software engineering. A functional size measurement method) w wersji 3.0.1 Opis zadań realizowanych w ramach usług referencyjnych, o których mowa w pkt 1 obejmujących budowę nowej funkcjonalności lub modyfikację istniejącej funkcjonalności), powinien zostać przedstawiony w formie Arkusza wymiarowania usługi, stanowiącego Załącznik nr 6 do Ogłoszenia.” Odwołujący wniósł o dokonanie analogicznych zmian w Załączniku nr 6.

Sygnity S.A. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołania, w której wniósł o oddalenie obu odwołań.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Odwołujący Asseco Poland S.A. cofnął zarzuty 4, 5, 15 w całości oraz 8 w części.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie wniesione przez Sygnity S.A. (sygn. akt KIO 272/13):**

Odwołujący, który wskazuje, że postanowienia ogłoszenia naruszają przepisy ustawy i uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielanie zamówienia spełnił przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Ad 1. zamawiający w pkt III.2.2).2. ogłoszenia wymagał, aby wykonawca wykazał, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia w ten sposób, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w każdym roku obrotowym osiągnął:

1. średni przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów z prowadzonej przez siebie działalności w wysokości nie mniejszej niż 200 000 000,00 PLN;
2. *wskaźnik bieżącej płynności finansowej (Current Ratio) rozumiany jako stosunek aktywów obrotowych do zobowiązań bieżących (krótkoterminowych) równy lub większy (>) 1,3 przy czym, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunek ten odnosi się do wykonawcy, który wykazuje przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów w największej części składającej się na spełnienie warunku o którym mowa w pkt 1).*

*Izba zważyła przede wszystkim, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być dokonany w granicach wyznaczonych przepisami ustawy i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).*

*Ustawa w art. 22 ust. 4 stanowi, że warunki udziału w postępowaniu winny być związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne, natomiast przepisy*



*rozporządzenia określają w § 1 ust. 1 zamknięty katalog dokumentów, które mogą stanowić podstawę oceny zamawiającego.*

*Tym samym zamawiający, oceniając zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia z należytą starannością, zobowiązany jest do oparcia się wyłącznie na danych wynikających z dokumentów wskazanych w przepisach rozporządzenia.*

*Dostrzec trzeba, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile dotyczy stanu faktycznego - czyli sytuacji finansowej, dysponowania osobami lub sprzętem, a nawet wykazania doświadczenia - co do zasady następuje na podstawie danych historycznych. Ustawodawca w celu umożliwienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tworzy sui generis fikcję prawną – uznaje, że stan rzeczy wynikający ze złożonych dokumentów, sporządzonych przed złożeniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, jest aktualny na dzień składania wniosków lub ofert i potwierdza przyszłą zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. Potencjał rozwojowy wykonawcy, prognozowany rozwój jego przedsiębiorstwa, stan ekonomiczny lub finansowy możliwy do uzyskania w przyszłości z mocy przepisów są prawnie obojętne, pozostają bez znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Wskaźnik bieżącej płynności finansowej ustalany na podstawie sprawozdania finansowego – dokumentu wskazanego w § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stanowi iloraz aktywów bieżących (obrotowych) na które składają się zapasy, należności, środki pieniężne i inne wartości o łatwiejszym dostępie oraz pasywów bieżących (zobowiązań krótkoterminowych). Wskaźnik płynności bieżącej to zdolność firmy do regulacji bieżących zobowiązań za pomocą krótkoterminowych aktywów. Wskaźnik ten jest zatem istotny dla oceny zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy, zwłaszcza wobec wagi i znaczenia przedmiotu zamówienia i sygnalizowanej przez zamawiającego na rozprawie możliwości zapłaty w okresach rocznych.

*W naukach ekonomicznych najczęściej przyjmuje się, że zadowalający poziom wskaźnika bieżącej płynności finansowej kształtuje się w granicach 1,2 – 2,0.*

*Potocznie mówi się natomiast, że sprawozdanie finansowe jest fotografią przedsiębiorstwa w danym dniu (dniu bilansowym). Rozwijając tę myśl można wskazać, że osiągnięcie wskaźnika bieżącej płynności finansowej na wymaganym poziomie w okresie trzech kolejnych lat obrotowych, daje podstawę do oceny stałości sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Zamawiający oczekuje wykonawcy o stabilnej sytuacji ekonomicznej i finansowej, co wyraża się w wymaganiu powtarzalności wysokości wskaźnika w okresie trzech kolejnych lat.*

Wymaganie takie jest dopuszczalne również na gruncie § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów stanowiącego o sprawozdaniu finansowym lub innym dokumencie określającym obroty oraz należności i zobowiązania za okres nie

dłuższy, niż ostatnie trzy lata obrotowe. Rozmiar, znaczenie i stopień skomplikowania Kompleksowego Systemu Informatycznego będącego złożeniem wielu projektów informatycznych, uzasadniają wymagania zamawiającego. Izba uznaje je za adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co wadliwości wymagania wskaźnika bieżącej płynności finansowej od wykonawcy, który wykazuje przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów w największej części.

Istotnie, możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia umożliwia wykonawcom wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez łączenie swych zasobów (potencjałów). Dostrzeżenia wymaga jednak, że do wykonawców takich, zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp, przepisy ustawy dotyczące wykonawcy stosuje się nie wprost, lecz odpowiednio. Z przywołanej normy nie wynika zatem postulat łączenia zasobów wykonawców tworzących konsorcjum w sposób całkowicie dowolny. Zasadniczo, jak wskazuje dyrektywa zawarta w art. 23 ust. 3 Pzp, potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy.

Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma przecież znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli właśnie zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością.

Po wtóre: ocena postanowień ogłoszenia co do wymagań stawianych wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia winna następować z uwzględnieniem specyfiki danego postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności jego przedmiotu. Innymi słowy, w razie wątpliwości co do wymagań stawianych takim wykonawcom każdorazowo należy poszukiwać odpowiedzi na pytanie, czy są one odpowiednie do przedmiotu zamówienia. O ile bowiem nie budzi wątpliwości możliwość zawiązania konsorcjum, w którym jeden z członków spełnia wymagania co do doświadczenia, a drugi wymagania ekonomiczne i finansowe, o tyle możliwość łączenia zasobów dla wykazania w szczególności wymagań dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej może budzić wątpliwości w indywidualnych przypadkach.

W okolicznościach sporu, Izba stwierdziła, że oba warunki składające się na wymaganie w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej są ze sobą w ścisłym powiązaniu. Wysokość przychodów ma znaczenie dla wartości wskaźnika bieżącej płynności finansowej. W takiej sytuacji niezasadne byłoby rozdzielanie tych warunków w ten sposób, że w przypadku konsorcjum jeden z jego członków mógłby wykazać przeważający lub całkowity udział w wymaganej wartości przychodów, a inny - oczekiwany przez zamawiającego wskaźnik bieżącej płynności finansowej. Z całą pewnością taki sposób spełnienia wymagań zamawiającego nie sprzyjałby wyłonieniu konsorcjum, którego potencjał ekonomiczny i

*finansowy jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i odpowiedni do zasobów wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia.*

*Zarzut naruszenia art. 23 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 4 Pzp oraz w związku z art. 7 Pzp nie znalazł potwierdzenia.*

Ad 2 zgodnie z pkt 1.2. ogłoszenia, o udział w postępowaniu mogą ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej 3 usługi referencyjne polegające na budowie lub rozwoju systemu informatycznego, o wartości co najmniej 25 000 000,00 zł brutto każda, przy czym zakres każdej z usług referencyjnych obejmował przynajmniej jedno z następujących zadań:

- *budowę nowej funkcjonalności systemu o rozmiarze co najmniej 100 CFP (COSMIC Function Points) lub modyfikację istniejącej funkcjonalności systemu informatycznego o rozmiarze zmiany co najmniej 100 CFP i funkcjonalność ta została należycie wykonana/zmieniona w ciągu cyklu wytwórczego trwającego nie dłużej niż 5 miesięcy;*
- *budowę nowej funkcjonalności systemu o rozmiarze co najmniej 200 CFP (COSMIC Function Points) lub modyfikację istniejącej funkcjonalności systemu o rozmiarze zmiany co najmniej 200 CFP i funkcjonalność ta została należycie wykonana/zmieniona w ciągu cyklu wytwórczego trwającego nie dłużej niż 8 miesięcy;*
- *budowę nowej funkcjonalności systemu o rozmiarze co najmniej 500 CFP (COSMIC Function Points) lub modyfikację istniejącej funkcjonalności systemu o rozmiarze zmiany co najmniej 500 CFP i funkcjonalność ta została należycie wykonana/zmieniona w ciągu cyklu wytwórczego trwającego nie dłużej niż 10 miesięcy.*

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i zważyła przede wszystkim, że wskazany warunek udziału w postępowaniu nie nakładał na wykonawców obowiązku wykazania spełniania wymagań zamawiającego wyłącznie przez przedstawienie projektów, przy których wykonaniu stosowana była metodologia COSMIC Function Points. Zamawiający oczekiwał natomiast systemów, których rozmiar – w przypadku budowy – lub rozmiar ich zmiany – w przypadku modyfikacji systemu - zostanie dla celów prezentacji wyliczony według metodologii COSMIC Function Points.

Twierdzenia odwołującego o trudnościach w przeliczeniu rozmiarów systemów wykonanych według innej metodologii pozostały gołosłowne. Izba postanowiła zatem nie uwzględniać zarzutu.

Ciążący na zamawiającym z mocy art. 7 ust. 1 Pzp obowiązek równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie oznacza, że w razie wniesienia odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub postanowień ogłoszenia o

zamówieniu ciężar dowodu, co do zgodności kwestionowanych postanowień z przepisami ustawy, spoczywa w całości na zamawiającym.

Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, co zakłada aktywność procesową stron i uczestników zmierzającą do przekonania składu orzekającego do swoich twierdzeń. Odwołujący, który powołuje się na nadmierny i ograniczający konkurencję charakter wymagań zamawiającego, poprzestał tymczasem wyłącznie na oświadczeniu, pozbawionym merytorycznej argumentacji.

Izba w powstałej sytuacji procesowej („oświadczenie zamawiającego przeciw oświadczeniu odwołującego”) uznała racje zamawiającego, mając na względzie, że rozmiar wykonanej lub zmienionej funkcjonalności nie był kwestionowany przez odwołującego. Brak jest zatem podstaw do twierdzenia, że wymaganie zamawiającego było nadmierne, nieadekwatne do przedmiotu zamówienia.

ad 3 zamawiający wymagał, by wykonawca dysponował łącznie co najmniej 4 osobami posiadającymi potwierdzone dokumentem umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów COSMIC Foundation potwierdzonych tym dokumentem lub innymi dokumentami potwierdzającymi takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone jest oświadczenie wykonawcy).

15 lutego 2013 r. zamawiający wykreślił postanowienie pkt III.2.3) ppkt 2 lit c tiret iii.

Natomiast w zmienionym tego dnia pkt III.2.3) ppkt 2 lit. b wskazał na umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów co najmniej PRINCE 2 lub PMP lub IPMA i UML Fundamental potwierdzonych tym dokumentem lub innymi dokumentami potwierdzającymi takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone jest oświadczenie wykonawcy).

Mimo, że zamawiający zmienił w spornym zakresie treść ogłoszenia o zamówieniu. ogólność żądania odwołującego nie pozwala na ustalenie, czy nastąpiło to zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący wnosił bowiem o zmianę wymagania posiadania umiejętności wymiarowania oprogramowania z metody COSMIC i dopuszczenia również innych implementacji bez wskazania ich choćby w przykładowy sposób.

Uznając zarzut za niepotwierdzony Izba oparła się zatem na kwestionowanej treści warunku – adekwatnie do stanowisk wyrażanych w toku rozprawy.

Z literalnego brzmienia badanego warunku udziału w postępowaniu nie wynika, aby wykazanie kompetencji osób wskazanych przez wykonawców miało nastąpić wyłącznie na podstawie certyfikatów. Izba uznała, że pojęcie „potwierdzone dokumentem umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów COSMIC Foundation” należy interpretować szeroko. Zgodnie z literalnym brzmieniem warunku dla jego wykazania wykonawca może przedstawić stosowny certyfikat, zaświadczenie o ukończeniu kursu lub innego rodzaju potwierdzenie, z którego treści wykonawca wynikałoby, że dana osoba posiada umiejętności niezbędne dla

uzyskania certyfikatów COSMIC Foundation. Dostrzeżenia wymaga przy tym, że zamawiający nie ograniczył wykonawcom możliwości wykazania spełniania tego warunku uznając za niedopuszczalne jedynie przedstawienie własnego oświadczenia wykonawcy. W takim stanie rzeczy, argumentacja odwołującego zmierzająca do wykazania, że przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie jest możliwe uzyskanie certyfikatu lub ukończenie szkolenia nie mogła odnieść zamierzonego skutku, zwłaszcza że spotkała się z przeciwnym oświadczeniem zamawiającego. Zamawiający wskazał na rozprawie, że możliwe jest zorganizowanie indywidualnego szkolenia, a odwołujący twierdzeniu temu nie zaprzeczył.

Ad 4. zamawiający wymagał, żeby wykonawcy zamierzający uczestniczyć w postępowaniu wykazali, że w okresie trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej 3 usługi referencyjne polegające na budowie lub rozwoju systemu informatycznego, o wartości co najmniej 25 000 000,00 zł brutto każda, przy czym (...) przynajmniej jedna usługa referencyjna spośród usług dotyczyła budowy systemu informatycznego w architekturze trójwarstwowej z użyciem technik klastrowania i formowania z wykorzystaniem rozwiązań IBM DB2 oraz ORACLE Tuxedo w oparciu o interfejs użytkownika lub co najmniej dwie usługi referencyjne spośród usług dotyczyły budowy systemu informatycznego w architekturze trójwarstwowej z użyciem technik klastrowania i formowania z czego przy realizacji jednej usługi korzystano z rozwiązań IBM DB2, przy realizacji drugiej usługi korzystano z rozwiązań ORACLE Tuxedo w oparciu o interfejs użytkownika.

Badając zarzut ściśle w granicach wskazanych w art. 192 ust. 7 Pzp Izba zważyła, że związek i adekwatność ocenianego postanowienia ogłoszenia do przedmiotu zamówienia nie są kwestionowane przez odwołującego. Postawione wymagania znajdują jednak oparcie w fakcie, że system KSI jest wykonany z zastosowaniem wskazanych rozwiązań. Przedmiotem sporu jest jedynie brak dopuszczenia w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu usług referencyjnych polegających na budowie lub rozwoju systemu informatycznego wykonanego w oparciu o rozwiązania równoważne IBM DB2 oraz ORACLE Tuxedo.

Izba zważyła, że w odniesieniu o opisu sposobu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie istnieje norma odpowiadająca art. 29 ust. 3 Pzp odnoszącemu się do opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym nie istnieje powinność zamawiającego, aby opisując warunki udziału w postępowaniu za pomocą nazw własnych lub znaków towarowych każdorazowo formułował wymaganie o równoważnym charakterze. Nadto, to na odwołującym, wskazującym na ograniczenie konkurencji skutkiem wymagań zamawiającego, spoczywał ciężar dowodu w zakresie istnienia rozwiązań równoważnych w stosunku do IBM DB2 oraz ORACLE

Tuxedo. Odwołujący nie wskazał takich rozwiązań. Co więcej, z użytego w uzasadnieniu odwołania sformułowania, „o ile rozwiązania te i produkty są produktami i rozwiązaniami porównywalnymi” można wysnuć wniosek, że sam odwołujący nie jest pewien, czy rozwiązania takie w ogóle istnieją.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Ad 5. zgodnie z pkt 1.3. ogłoszenia wykonawca powinien wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował

*- minimum 10 (dziesięcioma) osobami, dedykowanymi do pełnienia funkcji Architektów, które powinny się cechować następującymi kompetencjami:*

*- wykształcenie wyższe,*

*- minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe rozumiane jako udział w realizacji projektów informatycznych*

*- co najmniej 36 miesięczny udział, w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania wniosków, jako projektant lub architekt w projekcie/projektach informatycznych obejmujących zakresem budowę architektury korporacyjnej z których co najmniej jeden projekt miał wartość minimum 30 000 000,00 PLN brutto, w tym:*

*- co najmniej jedną osobą posiadającą umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu TOGAF Certified lub CITA - M (Certified Information Technology Architect Master) lub CEA (Certified Enterprise Architect), potwierdzone tym dokumentem lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy);*

*- co najmniej jedną osobą posiadającą umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu CISA lub CISSP lub CIA (Certified Internal Auditor), potwierdzone tym dokumentem lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy);*

*Zgodnie z pkt 1.3.5) ogłoszenia, zamawiający oczekuje również dysponowania specjalistami ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych, w których kompetencji i zakresie prac jest wiedza i certyfikacje audytorska, również w powyższym zakresie:*

*- „5) minimum 2 (dwoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Specjalistów ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych, które powinny się cechować następującymi kompetencjami:*

*- wykształcenie wyższe,*

*- minimum pięcioletnie doświadczenie zawodowe rozumiane jako udział w realizacji projektów informatycznych,*

*- co najmniej 36 miesięczny udział jako specjalista ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych lub osoba pełniąca funkcję równorzędną, w ciągu ostatnich 5 lat przed*

dniem składania wniosków, w projekcie/projektach informatycznych polegających na budowie lub rozwoju systemu informatycznego, z których co najmniej jeden projekt miał wartość minimum 30 000 000,00 PLN brutto,

- posiadająca umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu CISSP: Certified Information System Security Professional (<http://www.isc2.org>), lub CISA: Certified Information System Auditor (<http://www.isaca.org>), potwierdzone tym dokumentem lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymieniony dokument (wykluczone są oświadczenia wykonawcy),

- posiadająca uprawnienia audytora systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji według normy bezpieczeństwa ISO27001 lub ISO17799 oraz uprawnienia audytora systemu zarządzania ciągłością działania i planów odtwarzania awaryjnego według normy BS25999 (ISO22301), wydane przez akredytowaną instytucję

*W zakresie braku wskazania certyfikatów równoważnych Izba podtrzymuje ocenę prawną wyrażoną już wcześniej.*

*Przed wszystkim, zamawiający nie żądał aby osoby wskazane przez wykonawcę posiadały wymienione certyfikaty. Wymagał natomiast umiejętności niezbędnych do uzyskania tych certyfikatów, odwołując się nie do kwalifikacji potwierdzonych formalnie, lecz do rzeczywistego doświadczenia osób. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu nie istnieje obowiązek zamawiającego dopuszczania w ramach potwierdzenia kwalifikacji osób dokumentów równoważnych wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie zawęził swoich wymagań do umiejętności właściwych dla jednego z certyfikatów, lecz dopuścił trzy ich rodzaje. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że wymaganie to stanowi ograniczenie konkurencji.*

*Izba uznała, że wobec rozmiarów i złożoności przedmiotu zamówienia wymaganie zamawiającego, aby jeden z architektów posiadał umiejętności charakterystyczne dla audytora zarządzania bezpieczeństwem informacji nie jest żądaniem nadmiernym.*

*Ad. 6. zgodnie z pkt 1.3.8 ogłoszenia zamawiający wymagał, by wykonawca dysponował minimum 20 (dwudziestoma) osobami dedykowanymi do pełnienia funkcji Projektanta- programisty, które powinny się cechować następującymi kompetencjami:*

- *minimum trzyletnie doświadczenie zawodowe rozumiane jako udział w realizacji projektów informatycznych,*
- *co najmniej 36 miesięczny udział, w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem składania wniosków, jako projektant-programista w co projekcie/projektach informatycznych polegających na budowie lub rozwoju systemów informatycznych, z których co najmniej jeden projekt miał wartość minimum 10 000 000,00 PLN brutto,*

- co najmniej 24 miesięczne doświadczenie w programowaniu z użyciem Borland C++ .

15 lutego 2013 r. zamawiający zmienił ogłoszenie o zamówieniu w ten sposób, że wymaganie przewiduje co najmniej 24 miesięcznego doświadczenia w programowaniu z użyciem C++ .

*Izba dostrzegła, że zamawiający zmieniając 15 lutego 2013 r. kwestionowane postanowienie ogłoszenia o zamówieniu, postąpił zgodnie z poglądem odwołującego wyrażonym w uzasadnieniu odwołania.*

*Takie zachowanie zamawiającego, mimo braku jednoznacznego oświadczenia, nosi znamiona uznania zarzutu per facta concludentia. Skoro bowiem w sytuacji uznania zarzutów odwołania w całości, zamawiający z mocy art. 186 ust. 2 i 3 in fine Pzp dokonuje czynności zgodnie z żądaniami odwołania, to wykonanie jednej z czynności żądanej przez wykonawcę (w okolicznościach sporu zmiany jednego z postanowień ogłoszenia o zamówieniu) może być poczytane za faktyczne uznanie zarzutu, z którego dana czynność wynikała (art. 186 ust. 2 i 3 Pzp per analogiam). znanie zarzutu odwołania jest przyznaniem zamawiającego, że dopuścił się naruszenia przepisów ustawy.*

*Prezentowane stanowisko nie prowadzi jednak, w okolicznościach sporu, do uwzględnienia odwołania.*

*Art. 191 ust. 2 Pzp nakazuje, aby Izba wydając orzeczenie brała pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może stać się podstawą uwzględnienia odwołania, jedynie w sytuacji, gdy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonana przez zamawiającego zmiana kwestionowanego punktu ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z żądaniem odwołującego powoduje, że przesłanka wpływu na wynik postępowania nie jest spełniona na moment zamknięcia rozprawy.*

Ad 7. W pkt III.2.3) ppkt 2 lit. b. ogłoszenia zamawiający wymagał umiejętności niezbędnych do uzyskania certyfikatu UML Foundation.

15 lutego 2013 r. zamawiający zmienił treść tego postanowienia w ten sposób, że oczekuje umiejętności niezbędnych do uzyskania certyfikatu UML Fundamental.

Na mocy dokonanej zmiany pkt III.2.3) ppkt 2 lit. b. ogłoszenia przyjął brzmienie postulowane przez odwołującego. W tym stanie rzeczy zbędne jest rozważanie prawnych konsekwencji powołania w ogłoszeniu dokumentu nieistniejącego w rzeczywistości.

Ad 8. w pkt VI.3 ppkt 5 ogłoszenia zamawiający wymagał, że w okresie trwania umowy, wykonawca zobowiązuje się oddać zamawiającemu do stałej dyspozycji zespół osób przeznaczony wyłącznie do realizacji umowy, składający się z co najmniej 108, w tym osób w liczbie i o kwalifikacjach co najmniej takich jak podane we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu wykazania spełniania warunku a ponadto:



- 15 analityków;
- 8 architektów;
- 15 testerów;
- 18 projektantów – programistów.

Zamawiający wymagał, że pełną listę osób wykonawca złoży w chwili podpisania umowy.

Po dokonanej przez zamawiającego zmianie pkt VI.3 ppkt 5 ogłoszenia stanowi, że w okresie trwania umowy ramowej, wykonawca zobowiązany jest zapewnić dysponowanie zespołem osób przeznaczonych do realizacji umów szczegółowych, składający się z co najmniej 108, w tym osób w liczbie i o kwalifikacjach co najmniej takich jak podane we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w celu wykazania spełniania warunku a ponadto:

- 15 analityków, w tym co najmniej trzema osobami posiadającymi umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatu COSMIC Foundation (...);
- 8 architektów;
- 15 testerów;
- 18 projektantów – programistów.

Zmiana dokonana przez zamawiającego usuwała brak jednoznaczności kwestionowanego postanowienia polegającą na tym, że brak było pewności, co do znaczenia użytego w nim dwukrotnie słowa „umowa”. Ze stanowisk stron wyrażanych na rozprawie wynika, że mimo dokonania zmiany kwestionowanego postanowienia ogłoszenia spór nie wygasł.

Istota sporu i sprowadza się do tego, czy przepisy ustawy pozwalają na zobowiązanie wykonawcy, który zawarł umowę ramową do utrzymywaniu zespołu osób przeznaczonego do wykonania umów szczegółowych przez cały okres obowiązywania umowy ramowej.

Izba uznała, że przez powołane wymaganie zamawiający oczekuje, że wykonawca związany umową ramową będzie gotów do wykonania zamówienia. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego co do braku jakichkolwiek podstaw do żądania przez zamawiającego pozostawiania przez wybranego wykonawcę z którym zostanie zawarta umowa ramowa w gotowości do świadczenia przez cały okres obowiązywania umowy ramowej.

Izba zważyła, że brzmienie pkt VI.3 ppkt 5 ogłoszenia jest dopuszczalne w świetle zasady swobody umów, o której stanowi art. 351<sup>1</sup> k.c., tu rozumianej jako swoboda kształtowania treści stosunku prawnego. Wymaganiu zamawiającego nie sprzeciwia się wprost żaden przepis ustawy. Odwołujący nie wykazał, na czym miałyby polegać ewentualne naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego – tzn. który z przepisów i w jaki sposób doznał obrazy.

Wymaganiu zamawiającemu nie stoi na przeszkodzie również natura stosunku prawnego. Z eksponowanego przez odwołującego braku obowiązku złożenia oferty przez wykonawcę na wykonanie umowy szczegółowej nie wynika niedopuszczalność takiej klauzuli. Dostrzec

wszak trzeba, że ewentualnemu złożeniu oferty na wykonanie umowy szczegółowej nie towarzyszy ponowna ocena, czy potencjał wykonawcy jest wystarczający do wykonania tej umowy. Postanowienie kontestowane przez odwołującego zabezpiecza zatem zamawiającego, co do wykonania przedmiotu zamówienia przez osoby mające ku temu odpowiednie kwalifikacje. Tym bardziej trudno zarzucić mu sprzeczność z zasadami współżycia społecznego.

### **Odwołanie wniesione przez Asseco S.A. (sygn. akt KIO 285/13):**

Izba uznała, że odwołujący nie spełnia przesłanek wniesienia odwołania wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przywołany przepis stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują m. in. wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Brak zaistnienia którejkolwiek z wymienionych przesłanek powoduje brak uprawnienia do wniesienia odwołania.

Przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp powinny być zobiektywizowane w okolicznościach wniesienia odwołania, nie mają one bowiem charakteru abstrakcyjnego, lecz konkretny. Uzasadnieniem odwołania nie może być wyłącznie naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż prawnie doniosłe są również konsekwencje naruszenia przepisów dla wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Przy ocenie, czy odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp nie można tracić z oczu, że zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego. W postępowaniu tym, zgodnie z art. 47 Pzp w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do złożenia ofert. Tymczasem część zarzutów odwołania nie odnosi się do etapu na jakim znajduje się obecnie postępowanie – zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu - dotyczy natomiast czynności, których zamawiający dopiero będzie musiał dokonać. Trudno zatem przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy.

Przywołanie jakiegokolwiek przepisu ustawy nie statuuje przesłanek art. 179 ust. 1 Pzp. Zarzuty odwołania powinny pozostawać w związku z powinnością zamawiającego wskazaną ustawą dla danego etapu postępowania.

Odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 100 ust. 3 pkt 2 Pzp wskazującego liczbę wykonawców, z którymi zamawiający zawiera umowę ramową (zarzut 1) oraz art. 101 ust. 1 i 2 Pzp odnoszącego się do udzielenia objętego umową ramową zamówienia (zarzut 2), w

sytuacji, gdy postępowanie prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej zostało dopiero wszczęte. Oba powołane przepisy mają charakter *ius cogens*. Zamawiający nie może ich wyłączyć przez postanowienia ogłoszenia i takiej próby w badanym postępowaniu nie podjął. Kryteria udzielenia zamówienia oraz kryteria oceny zamówień jednostkowych (zarzut 13 i 14) również nie referują się do tego etapu postępowania, gdyż zostaną precyzyjnie ustalone odpowiednio w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanej wykonawcom, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu, oraz w zaproszeniu do złożenia ofert na zamówienia jednostkowe skierowanym do wykonawców objętych umową ramową.

Trudno za naruszenie przepisów ustawy uznać wskazanie kilku adresów mailowych z wyszczególnieniem adresu przeznaczonego dla przesyłania kopii odwołań (zarzut 3). Zamawiający podał adres do kontaktu i dokonał wyboru formy sposobu porozumiewania się z wykonawcami. Forma pisemna nie została przez niego wyłączona.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba uznała, że odwołujący jako wykonawca, który zamierza wziąć udział w postępowaniu, posiada interes w uzyskaniu zamówienia. W szczególnych okolicznościach faktycznych sprawy, Izba stwierdziła, że w odniesieniu do odwołującego nie występuje jednak przesłanka szkody.

Wykonawca jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, w sytuacji, gdy zarzucane zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy pozostaje w ścisłym związku z poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody przez wykonawcę.

Należy mieć na uwadze, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w odniesieniu do oceny wniosków o dopuszczenie o udziału w postępowaniu, składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, relewantne prawnie jest przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem w odniesieniu do publicznego ogłoszenia o zamówieniu przesłanki art. 179 ust. 1 Pzp materializują się, gdy skutkiem wymagań zamawiającego wyrażonych w ogłoszeniu, przede wszystkim co do warunków udziału w postępowaniu, wykonawca zostaje pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie

Izba uznała, że szkoda po stronie wykonawcy na tym etapie pojawiłaby się w sytuacji, gdy mimo że on posiada doświadczenie w wykonaniu usług podobnych do przedmiotu zamówienia i dysponuje zasobami umożliwiającymi wykonanie zamówienia, nie mógłby ubiegać się o udzielenie zamówienia z powodu postanowień ogłoszenia o zamówieniu. Zagrożenie szkodą z całą pewnością nie występuje tylko z tej przyczyny, że wykonawca zmuszony będzie konkurować z innymi wykonawcami, a konkurencja w postępowaniu byłaby mniejsza, gdyby zamawiający ustalił w postępowaniu większe wymagania.

Przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp podlegają badaniu przez Izbę z urzędu. Przy ich ocenie nie można jednak pomijać stanowiska wykonawcy, zwłaszcza w przypadkach, gdy wystąpienie tych przesłanek jest sporne.

Odwołujący uzasadnia swoje uprawnienie na gruncie art. 179 ust. 1 Pzp przez wskazanie, że został pozbawiony możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty. Odwołujący nie precyzuje przy tym, na czym owo pozbawienie miałoby polegać. Izba nie dopatrzyła się wyjaśnienia tej tezy w treści odwołania. Z lektury uzasadnienia jasno wynika, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiającego. Żadne z postanowień ogłoszenia obowiązujące w dniu wniesienia odwołania nie grozi odwołującemu wykluczeniem go z postępowania, nie jest więc zagrożony szkodą adekwatną do etapu postępowania.

Treść zarzutów i żądań potwierdza natomiast, że odwołujący dąży do zaostrenia wymagań stawianych wykonawcom, którzy zamierzają ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Zarzuty od 6 do 12, z tym że zarzut 8 w zakresie w jakim zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zmierzają do ograniczenia konkurencji i nie znajdują oparcia w przepisach prawa. Zamawiającemu wolno ustalić liberalne warunki udziału w postępowaniu pod warunkiem, że są adekwatne i związane z przedmiotem zamówienia.

Prezentowana konstatacja w powiązaniu z twierdzeniem odwołującego o pozbawieniu go możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty prowadzić może wyłącznie do przekonania, że dążeniem odwołującego jest takie ustalenie warunków udziału w postępowaniu, że już na etapie złożenia wniosku wybór najkorzystniejszej oferty będzie *de facto* przesądzony w znacznym stopniu. Tymczasem przesądzenie o wyborze najkorzystniejszej oferty na etapie złożenia wniosków godziłoby w istotę postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego.

Nie zasługuje też na uwzględnienie koncepcja szkody prezentowana przez odwołującego na rozprawie. Odwołujący wywodził, że hipotetyczna szkoda po jego stronie może wyrażać się w konieczności naprawiania prac niestaranego wykonawcy, który zostałby dopuszczony do realizacji zamówienia skutkiem zbyt liberalnych wymagań zamawiającego. Pogląd ten dziwi, gdyż w takiej sytuacji odwołującemu otwiera się raczej droga do dodatkowych korzyści (zysku) natomiast ewentualna szkoda pojawić się może wyłącznie po stronie zamawiającego. Tymczasem art. 179 ust. 1 Pzp nie odnosi się do uszczerbku zamawiającego, lecz wyłącznie wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Powszechnie wiadomym jest, że system KSI to rozwiązanie stworzone kilkanaście lat temu i wciąż utrzymywane przez odwołującego. Znajomość systemu niewątpliwie daje odwołującemu faktyczną przewagę konkurencyjną. Nie zasługuje na ochronę dążenie odwołującego, by przez uczynienie warunków udziału w postępowaniu bardziej restrykcyjnymi ograniczyć konkurencję już na etapie wstępnym postępowania. Takim

wykorzystaniu środków ochrony prawnej Izba w składzie rozpoznającym badane odwołanie postanowiła się sprzeciwić.

Patrząc bowiem na postępowanie odwoławcze w połączonych sprawach KIO 272/13 i 285/13 jako pewną całość, nie można za równoprawne i jednakowo godne ochrony uznać sytuacji odwołującego Sygnity S.A., który wnosi odwołanie w celu otworzenia sobie możliwości wzięcia udziału w postępowaniu oraz odwołującego Asseco Poland S.A., który domaga się dalszego zawężenia kręgu potencjalnych uczestników postępowania.

Prezentowany pogląd o niedopuszczalności wniesienia odwołania w celu ograniczenia konkurencji znajduje wsparcie również na gruncie ustawodawstwa europejskiego.

W pkt 2 preambuły do Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i RADY z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG (dyrektywy odwoławcze) wskazano na konieczność wzmocnienia przez procedury odwoławcze danych wykonawcom gwarancji przejrzystości i niedyskryminacji. Z kolei pkt 28 powołanej preambuły stanowi, że w razie wniesienia środka odwoławczego przed podpisaniem umowy mechanizm korygujący naruszenia powinien być skierowany na poważne naruszenia prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych. Przypomnieć tu trzeba, że zasadami prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych, są mające źródło już w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej – są to m.in. zasady swobodnego przepływu towarów, niedyskryminacji, równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności. Tym samym przepisy zarówno dyrektyw, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie środków ochrony prawnej mają na celu rozszerzanie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji ochrona praw wykonawcy w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie zaś prowadzić do tego, aby przez zaostrożenie warunków udziału w postępowaniu nastąpiło ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza oraz Sądy Okręgowe w ślad za orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunału Sprawiedliwości) konsekwentnie wyrażają pogląd, że ustanowienie przez zamawiającego wymagań restrykcyjnych, radykalnie ograniczających krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielanie zamówienia, co do zasady stanowi naruszenie przepisów ustawy. Odwołujący natomiast naruszenia upatruje w przeciwnym postępowaniu zamawiającego rozszerzającym krąg wykonawców mogących brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w znacznej części zarzutów domaga się zaostżenia wymagań zamawiającego.

Izba uznała, że nawet przy przyjęciu, że zaniechanie zamawiającego ustalenia warunków surowszych niż opisane w ogłoszeniu, stanowi naruszenie ustawy, to niewątpliwie z tym naruszeniem nie jest związana możliwość zaistnienia szkody po stronie odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.  
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

