

Sygn. akt: KIO 2154/16

WYROK
z dnia 29 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 29 listopada 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2016r. przez **wykonawcę Ingrifo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Ursynowska 72** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 11/21**

przy udziale **wykonawcy Cloudware Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pory 59** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2154/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Ingrifo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Ursynowska 72** i
 - 2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Ingrifo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Ursynowska 72** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265,

1579) 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modyfikację o rozbudowę Zintegrowanego Systemu Monitorowania zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 kwietnia 2016r. za numerem 2016/S 077-137494.

W dniu 4 listopada 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Cloudware Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Pory 59 (dalej przystępującego).

W dniu 14 listopada 2016r. odwołanie wniósł wykonawca Ingrifo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Ursynowska 72 (dalej odwołujący). Odwołanie zostało podpisane przez prezesa i wiceprezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, zgodnie z zasadami tej spółki ujawnionymi w KRS, z którego odpis dołączono do odwołania. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością działała jako komplementariusz spółki komandytowej upoważniony do jej reprezentacji, zgodnie z zasadami ujawnionymi w KRS, z którego odpis dołączono. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 listopada 2016r.

W dniu 15 listopada 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18 listopada 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Cloudware Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Wskazał, że jako wykonawca, którego oferta została ponownie wybrana ma interes w tym, aby rozstrzygnięcie było korzystne dla zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS, z którego odpis dołączono do zgłoszenia. Przystępujący oświadczył, że przekazał kopię zamawiającemu i odwołującemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie wymaganego doświadczenia oraz dysponowania określonymi osobami),
- ewentualnie wobec pkt 2.1 powyżej § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej rozp. ws. dokumentów) przez zaniechanie jego zastosowania w zakresie całości doświadczenia wskazanego przez Cloudware,

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Cloudware,
- dokonania ponownej oceny ofert i wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie wymaganego doświadczenia oraz dysponowania określonymi osobami),
- ewentualnie wobec wniosku 3.1.2. powyżej o nakazanie zamawiającemu zastosowania procedury określonej w § 1 ust. 5 rozp. ws. rodzaju dokumentów przez zaniechanie jego zastosowania w zakresie całości doświadczenia wskazanego przez Cloudware,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków,

Odwołujący wskazał, że posiada w niniejszej sprawie interes, gdyż jego oferta jest drugą (po ofercie Cloudware) najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

W ocenie odwołującego, Cloudware nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien więc wykluczyć tego wykonawcę z udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Interes odwołującego w złożeniu niniejszego odwołania jest więc bezsporny. Dokonane przez zamawiającego naruszenia i zaniechania pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co stanowi jego szkodę uzasadniającą złożenie odwołania. Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a niezgodna z prawem decyzja zamawiającego pozbawia go tego. Fakt wykazania możliwości poniesienia szkody przez odwołującego jest dla niego oczywisty. Odnosząc się do braku spełniania wymogów zamawiającego przez wersję Red Hat Enterprise Linux Server 6.7. beta, odwołujący wskazał, że w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca należycie wykonał co najmniej jedno zamówienie (umowę), którego przedmiot obejmował następujący zakres: wykonał co najmniej jedno zamówienie (umowę), którego przedmiot obejmował następujący zakres: wykonanie w okresie co najmniej 12 miesięcy lub wykonywanie przez okres co najmniej 12 miesięcy przed dniem składania ofert -usług modyfikacji systemu monitorowania środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług opartego na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM (pkt. 2.2 rozdziału VIII siwz). Zamawiający wymagał przy tym wdrożenia oraz modyfikacji na konkretne technologie, w tym w szczególności Red Hat Enterprise Linux Server 6.7.

W celu wykazania spełniania ww. warunku, Cloudware powołał się na wykonanie usługi pn. „Realizacja projektu obejmującego modyfikację systemu środowiska informatycznego i wdrożenie monitorowania opartego na oprogramowaniu opartego na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM” wykonanej na rzecz Getin Noble Bank S.A.

Zdaniem odwołującego wersja 6.7. ww. systemu pojawiła się dopiero 22.07.2015r. Tym samym niemożliwe było jej wdrożenie w okresie 12 miesięcy przed upływem terminu

składania ofert, bowiem wersja ta nie była jeszcze wtedy od takiego czasu dostępna. Do dnia 22.07.2016r. obowiązywała bowiem wyłącznie wersja Red Hat Enterprise Linux Server 6.6, która w znaczny sposób różni się od wersji 6.7.

Jako dowód odwołujący powołał wydruk ze strony <https://access.redhat.com/articles/3078fPRHEL6>

Co prawda z dokumentów przedłożonych przez Cloudware wynika, że świadczył on na rzecz Getin Noble Bank S.A. usługi na oprogramowaniu w wersji Red Hat Enterprise Linux Server 6.7, nie była to jednak wersja wspierana przez producenta, lecz wersja beta tego produktu (w istocie, dostępna od 05.05.2015 r.). Odwołujący wyjaśnił, czemu służą wersje beta oprogramowania. Zasadniczo cykl życia kolejnych wersji programu można podzielić na następujące etapy:

wersja niestabilna (testowa) - seria wydań, podczas której dodawane są przede wszystkim nowe możliwości:

wersja robocza (pre-alpha) - dostępna zazwyczaj tylko dla twórców programu w postaci repozytorium kodu źródłowego kompilowanych fragmentarycznie kiedy implementowany jest algorytm programu, tworzony jest interfejs i dodawane są nowe funkcje;

wersja alfa (pre-beta) - autorzy doprowadzają do rzeczywistego działania programu, nawet w ograniczonym zakresie;

wersja beta -kiedy program ma już pierwszych niekomercyjnych użytkowników, zwanych często beta testerami, wyłapywane są błędy związane z różnymi środowiskami i warunkami pracy programu (wersje beta są publikowane, często jednak robione jest to tylko dla ściśle określonego grona zarejestrowanych odbiorców)

RC (ang. Release Candidate, czyli kandydat do wydania) - wydanie kandydujące, których może być nawet kilka, ale jeżeli nie zostanie w nim znalezione żadne istotne odstępstwo od planu wersji, zmienia się jedynie numer wersji na wyższy i uznaje wersję za stabilną.

wersja stabilna (wersja produkcyjna) - wersja nadająca się do użytkowania zgodnie z założeniami autorów i wspierana w ramach procesów producenta

RTM (ang. Ready To Market czyli gotowy do wydania) - produkt uznany za stabilny i gotowy do wypuszczenia na rynek; nie jest dostępny publicznie do czasu premiery; wersje stabilne z poprawkami bezpieczeństwa lub innych błędów.

Powyższe zestawienie zdaniem odwołującego wskazuje, że wersje beta w sposób istotny różnią się od produktu ostatecznego. Nie zawierają bowiem wszystkich funkcjonalności, lub zawierają funkcjonalności, które nie występują w wersjach końcowych, są też obarczone błędami, które nie występują w wersjach RTM. Dlatego też wersje beta nie są oferowane użytkownikom końcowym.

Skoro wersja beta danego systemu różni się znacząco od wersji końcowej, wspieranej przez producenta, a jednocześnie zamawiający nie dopuścił w siwz, że uzna za spełnianie

warunku także wdrażanie oprogramowania w wersji niewspieranej przez producenta, to prace te nie spełniają wymogów siwz. Tym samym Cloudware nie wykazał posiadania wystarczającej wiedzy i doświadczenia do wykonania Zamówienia, a zatem powinien on zostać wykluczony z postępowania.

Wersje beta oprogramowania nie są wspierane przez producenta (nie można żądać ani nawet oczekiwać naprawy zauważonych błędów i usterek w takim produkcie). Nie można też być pewnym, co do zawartości funkcjonalnej produktu, która ma prawo zmienić się z dnia na dzień. Z tego względu produkty betanie są wykorzystywane komercyjnie w żadnych profesjonalnych przedsięwzięciach. Wyjątki od tej reguły dotyczą sytuacji bardzo szczególnych i unikatowych produktów - taka wyjątkowa sytuacja nie ma, według odwołującego, tu miejsca.

Na marginesie tylko odwołujący wskazał, że Cloudware był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, tym samym dokumenty te nie mogą być ponownie uzupełnione.

Odwołujący wskazał, że treść referencji jest nieprawdopodobna, a tym samym niewiarygodna. Świadczy o tym szereg czynników.

Po pierwsze, Cloudware świadczył na rzecz Getin Noble Bank S.A. usługi modyfikacji systemu monitorowania środowiska informatycznego od dnia 1 lipca 2014 roku. W okresie tym, obowiązywały 3 różne wersje systemu Linux: wersja 6.5., 6.6. oraz 6.7. Co ciekawe, ani w zakresie wersji 6.5., ani wersji 6.6., nie były implementowane wersje beta. Zastanawiającym jest dla odwołującego, dlaczego akurat w odniesieniu do wersji 6.7., wersja beta została rzekomo zaimplementowana. Zazwyczaj bowiem wersje beta są implementowane u klientów ostatecznych wyłącznie wtedy, gdy mają funkcjonalności wysoce pożądane przez klienta, unikalne, i których stosowanie ułatwi w sposób znaczący realizację wdrożenia systemu czy aplikacji. Nie wydaje się, by istniała potrzeba implementowania wersji nieprzetestowanej i niewspieranej przez producenta.

Po drugie, czas który upłynął od wypuszczenia wersji beta do wypuszczenia produktu końcowego, wyniósł zaledwie dwa miesiące. Podkreślić należy, że w wypadku wdrożenia wersji beta danego systemu operacyjnego i skonfigurowania z tą wersją wszystkich programów i funkcjonalności, nie istnieje możliwość prostego „zainstalowania nakładki” na wersję beta, w celu zamiany jej na wersję ostateczną. Tym samym, cały, dość skomplikowany proces implementacji systemu, należy niejako powtórzyć na nowo, tym razem z ostateczną wersją produktu. Mało prawdopodobne jest, by system 6.7. zawierał aż tak istotne dla Getin Noble Bank S.A. funkcjonalności, które mogłyby przesądzić o zainstalowaniu wersji niestabilnej systemu, by po zaledwie dwóch miesiącach instalować wersję komercyjną.

Po trzecie, wersje beta nie są zazwyczaj implementowane u klientów końcowych. Wersje beta są czasem wdrażane w firmach informatycznych, które dzięki temu mogą przetestować nowe funkcjonalności oraz nauczyć się rozwiązywania problemów, które mogą wystąpić w zaktualizowanej wersji systemu. Ponieważ jednak są to wersje niewspierane przez producenta, obarczone wieloma błędami, w wypadku wystąpienia tych błędów u klienta końcowego, podmiot implementujący system, nie może tego problemu rozwiązać. Wersje beta nie korzystają bowiem ze wsparcia producenta systemu (są wszak wyłącznie wersjami testowymi), producent nie wyeliminuje więc tych błędów co najmniej do czasu wprowadzenia wersji ostatecznej a czasem eliminacja błędów polega na usunięciu funkcjonalności, z którymi błędy te są związane. Sam podmiot implementujący także nie może naprawić błędów systemu, bowiem nie przysługują mu prawa dostępu, ani prawa autorskie uprawniające do modyfikacji kodu źródłowego systemu operacyjnego. Z ww. przyczyn, nie praktykuje się implementacji wersji testowych u użytkowników końcowych

Wdrażane systemy i aplikacje najczęściej korzystają z oprogramowania firm trzecich (systemów operacyjnych, baz danych, szyn komunikacyjnych, itp.) i jednocześnie wskazują na konkretne wersje aplikacji, z którymi wspierana jest współpraca. Stawiając wymaganie, aby np. systemem operacyjnym był RHEL 6.7 chodzi o oficjalne wspierane wydanie tej aplikacji a nie wersje sprzed komercyjnego wydania, w tym wersje beta.

Finalnie odwołujący wskazał, że zainstalowanie wersji beta jest tym bardziej mało prawdopodobne, że użytkownikiem końcowym był w tym wypadku Getin Noble Bank S.A. Jest to bowiem spółka giełdowa, podlegająca obostrzonym obowiązkom sprawozdawczym, a dodatkowo jest to bank, kontrolowany przez Komisję Nadzoru Finansowego.

Zgodnie z pkt 9.26. rekomendacji DKNF (dotyczącej zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach), Bank powinien dążyć do ograniczenia liczby komponentów środowiska teleinformatycznego pozbawionych odpowiedniego zakresu wsparcia producentów, w szczególności w zakresie elementów istotnych z perspektywy działalności banku. Oznacza to, że stosowanie wersji bez wsparcia producenckiego jest dopuszczalne tylko wyjątkowo, o ile jest to niezbędne do funkcjonowania banku. Mało prawdopodobne jest, by wypadek ten zachodził w tej sytuacji.

W ocenie odwołującego zamawiający powinien zauważyć niewiarygodność przedłożonych informacji i rekomendacji i wykluczyć Cloudware oraz odrzucić jego ofertę.

Co do braku świadczenia usługi utrzymania przez okres 12 miesięcy, to odwołujący wskazał, że skoro wersja Red Hat Enterprise Linux Server 6.7. pojawiła się dopiero 22.07.2015 r., a termin składania ofert upłynął 11.05.2016 r., to niemożliwym było świadczenie usługi utrzymania oprogramowania w wymaganej wersji przez wymagany przez zamawiającego okres czasu (12 miesięcy).

Skoro zamawiający ustanowił określone wymogi stawiane oferentom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, a warunki te nie zostały zaskarżone, to wiążą one zarówno zamawiającego jak i wykonawców. Tym samym, zamawiający powinien dokonać oceny spełniania warunków przez poszczególnych oferentów, wykładając w sposób ścisły postawione im warunki.

Nie można przy tym stosować wykładni rozszerzającej, prowadzącej do uznania, że za spełnianie warunku zostanie też uznane świadczenie usług na wersji beta. Zamawiający nie wskazał tego bowiem w siwz. Skoro zamawiający wprowadził szczegółową specyfikację systemów, których stosowania wymagał, to brak spełniania tych warunków przez danego wykonawcę powinien prowadzić do jego wykluczenia.

Odnosnie nieuprawnionego złożenia ponownie zmienionego wykazu osób, to odwołujący wskazał, że zamawiający na mocy pkt 2.3 rozdziału VIII siwz wymagał wykazania, że wykonawca dysponuje co najmniej 3 osobami posiadającymi co najmniej 12 - miesięczne doświadczenie w jednym przedsięwzięciu obejmującym świadczenie usług wdrożeniowych oraz modyfikacji systemów monitorowania środowiska informatycznego opartych na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM.

Pierwotnie złożony przez Cloudware wykaz osób został zakwestionowany przez zamawiającego, wskutek czego wezwał on Cloudware pismem z dnia 29 lipca 2016 roku do złożenia nowego wykazu osób, spełniającego wymogi siwz. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca ten złożył zmieniony wykaz osób, jako załącznik do odpowiedzi z dnia 3 sierpnia 2016 roku.

Także ten wykaz nie był jednak zgodny z siwz. W konsekwencji, zamawiający 26 października 2016 roku ponownie wezwał Cloudware, działając w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, do złożenia wyjaśnień co do spełniania przez Cloudware warunku posiadania wymaganego doświadczenia. Odwołujący zauważył, że zamawiający wskazując jako podstawę prawną swego działania art. 26 ust. 4, a nie art. 26 ust. 3 ustawy niejako omijał zasadę jednokrotnego wzywania wykonawcy w danej sprawie. Odwołujący podkreślił, że wykaz osób załączony do pisma z dnia 3 sierpnia 2016 roku nie zawierał żadnych wątpliwości, które mogłyby zostać rozwiane, lecz był po prostu nieprawidłowy i nie potwierdzał spełniania wymogów siwz.

W odpowiedzi na to wezwanie, Cloudware w odpowiedzi z dnia 28 października 2016 roku, nie złożył merytorycznych wyjaśnień co do uprzednio złożonego wykazu osób, lecz ponownie zmienił wykaz osób i załączył go do swego pisma z dnia 28 października 2016 roku. Tak samo jednak, jak zamawiający może wyłącznie raz żądać uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tak też wykonawca nie może kilkakrotnie zmieniać złożonego już dokumentu.

Powyższe działania obarczone były błędami, które skutkować winny wykluczeniem Cloudware z postępowania. Jak wynika z utrwalonej linii orzeczniczej, wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy może mieć charakter wyłącznie jednokrotny. Jednokrotne może być też uzupełnienie danego dokumentu. Potwierdza to szereg orzeczeń, z których przykładowo przywołać można: wyrok ZA z dnia 14.12.2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2915/06), wyrok KIO z dnia 19.09.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 940/08), wyrok KIO z dnia 11.07.2014 r. (sygn. akt KIO 1290/14).

Tym samym, czynność złożenia przez Cloudware ponownie zmienionego wykazu osób nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Dany dokument może być zmieniany (uzupełniany) wyłącznie raz, a wyjaśnienia składane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy nie mogą prowadzić do zmiany wykazu osób. Tym samym, czynność ta jest bezskuteczna, a zamawiający oceniając spełnianie warunku dysponowania odpowiednimi osobami, może opierać się wyłącznie na wykazie osób załączonym do pisma Cloudware z dnia 3 sierpnia 2016 roku.

Co do brak wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia odwołujący wskazał, że zamawiający na mocy pkt 2.3 rozdziału VIII siwz wymagał wykazania, że wykonawca dysponuje co najmniej 3 osobami posiadającymi co najmniej 12 - miesięczne doświadczenie w jednym przedsięwzięciu obejmującym świadczenie usług wdrożeniowych oraz modyfikacji systemów monitorowania środowiska informatycznego opartych na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM.

W szczególności, wymóg ten obejmował działania na systemach AIX (wersja 7.1) oraz IBM Tivoli Monitoring for Implementers (wersja 6.2 lub wyższa). W zmienionym wykazie osób (załączonym do odpowiedzi z dnia 3 sierpnia 2016 roku), wykonawca wskazał na kwalifikacje zawodowe pana A. D. oraz D. P. jako „IBM Certified System Administrator AIX 7”. Kwalifikacje te nie potwierdzają spełniania wymogów zamawiającego, który wymagał posiadania kwalifikacji w zakresie systemu AIX w wersji 7.1., która w sposób istotny różni się od wersji AIX 7. Tym samym, Cloudware nie wykazał spełniania wymogów zamawiającego, a zatem powinien zostać wykluczony. Co prawda w wykazie załączonym do pisma z dnia 28 października 2016 roku dla ww. osób wymienione jest posiadanie kwalifikacji w zakresie IBM Certified System Administrator AIX 7.1., jednak jak już wyżej wskazano, wykaz ten nie może być brany pod uwagę przy ocenie spełniania warunków siwz.

Z kolei w odniesieniu do panów M. R. oraz M. B., Cloudware wskazał, że posiadają oni kwalifikacje w zakresie „IBM Certified Deployment Professional - Tivoli Monitoring V6.3” (oraz odpowiednio V6.2.2 dla pana M. B.). zamawiający wymagał zaś w tym zakresie posiadania uprawnień co do „IBM Certified Deployment Professional Tivoli Monitoring for Implementers (wersja 6.2 lub wyższa)”. Także w tym zakresie, Cloudware nie spełnił więc wymogów zamawiającego. Jak wyżej, zakres ten został zmieniony w wykazie załączonym do odpowiedzi z 28 października 2016 roku, jednak uzupełnienie to było bezskuteczne.

Odwołujący dodał, że wykaz usług został zmieniony także w zakresie dodatkowego warunku, Mianowicie dla wszystkich osób dopisano, że „w ramach niniejszego projektu wykonywane były prace polegające na modyfikacji systemów monitorowania środowiska informatycznego opartego na systemach wykorzystywanych w ZSM”. Wykaz wcześniejszy nie zawierał tego zastrzeżenia, ograniczał się więc do wykazania doświadczenia osób w zakresie wdrożenia systemu, a nie jego modyfikacji. Także to nie spełnia wymogów zamawiającego, zgodnie z którymi doświadczenie miało obejmować świadczenie usług wdrożeniowych oraz modyfikacji (pkt 2.3. rozdziału VIII siwz).

Konkludując odwołujący stwierdził, że skoro ponowna zmiana wykazu osób była nieuprawniona, zamawiający dokonując oceny spełniania warunków podmiotowych może opierać się wyłącznie na wykazie osób załączonym do pisma z dnia 3 sierpnia 2016 roku. Tym samym, skoro wykaz ten nie spełniał wymagań zamawiającego, Cloudware powinien być wykluczony z postępowania także z uwagi na brak wykazania dysponowania określonymi osobami.

W dniu 29 listopada 2016r. zamawiający przed otwarciem rozprawy złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i o obciążenie odwołującego kosztami postępowania. Zamawiający podniósł, że w siwz zamawiający sformułował warunek doświadczenia wykonawcy w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.2 w sposób następujący:

„Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że posiada wiedzę i doświadczenie polegające na należytych wykonaniu/wykonywaniu w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia (umowy), którego przedmiot obejmował następujący zakres: wykonanie w okresie co najmniej 12 miesięcy lub wykonywanie przez okres co najmniej 12 miesięcy przed dniem składania ofert - usług modyfikacji systemu monitorowania środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług opartego na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM, a wartość zamówienia (w wyżej wymienionym zakresie przez okres 12 miesięcy) wynosiła co najmniej 300.000,00 PLN brutto.”

Pismem z dnia 29 kwietnia 2016 r. Zamawiający dokonał modyfikacji przedmiotowego warunku uzupełniając go o elementy systemu ZSM:

Po wyborze oferty najkorzystniejszej odwołujący Ingrifo zarzucił zamawiającemu w dniu 30 czerwca 2016 r., iż dokonał wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu tj. warunku doświadczenia, gdyż wykazana przez niego usługa w jego ocenie nie spełniała wymogów SIWZ m. in. w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż przystępujący nie wykazał się wykonaniem usług modyfikacji systemu monitorowania środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług opartego na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM przez okres co najmniej 12 miesięcy. Z dokumentów przedłożonych przez Cloudware wynika, że wdrożenie i modyfikacja odbyły się w terminie od

28 października 2013 roku do 28 lipca 2014 roku, tj. w okresie zaledwie 9 miesięcy. Jednocześnie wykonawca ten dodał nieistotną dla niniejszego postępowania informację, że niezależnie od wdrożenia \$ modyfikacji, świadczył jeszcze usługi utrzymania w okresie 2014 – 2018. W kontekście wniesionego odwołania zamawiający powziął wątpliwości i w dniu 29 lipca 2016 r. skierował do wykonawców wezwania o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku postawionego w rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.2.

Obaj wykonawcy odpowiedzieli na wezwanie zamawiającego wskazując, iż spełniają warunki udziału w postępowaniu. Po wnikliwej analizie zamawiający przyjął oba uzupełnienia, ponownie dokonując wykładni postawionego warunku. Zgodnie z literalną treścią wykonawca był zobowiązany wykazać, iż:

wykonał w okresie co najmniej 12 miesięcy lub wykonywał przez okres co najmniej 12 miesięcy przed dniem składania ofert - usług modyfikacji systemu monitorowania środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług opartego na nw. (łącznie) oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM.

Przekładając warunek na przedłożone dokumenty każdy z wykonawców wykazał, iż wykonuje przez okres co najmniej 12 miesięcy usługi modyfikacji systemu monitorowania środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług opartego na nw. (łącznie) oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM. Żaden z warunków postawionych w siwz nie wymagał od wykonawców wykazania się modyfikacją a następnie monitorowaniem wdrożonego oprogramowania przez okres 12 miesięcy.

Taki tok rozumowania warunku udziału w postępowaniu wynika również z treści wyjaśnień udzielonych przez odwołującego w dniu 3 sierpnia 2016 r.

Tym samym stawianie zdaniem zamawiającego zarzutu, iż wykonawca Cloudware nie spełnia postawionego w siwz warunku doświadczenia jest chybione. Bez znaczenia dla oceny sytuacji jest fakt, iż wersja oprogramowania Red Hat Enterprise Linux Server 6.7 pojawiła się dopiero 22 lipca 2015 r., gdyż zamówienie realizowane jest od 1 lipca 2014 r. do chwili obecnej, a z dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie zamówienia wynika, iż żądane w warunku udziału w postępowaniu oprogramowanie jest wykorzystywane. Złożona zamawiającemu referencja potwierdza, iż Cloudware wykonuje usługi modyfikacji systemu monitorowania oraz wdrożenia usług opartego na wskazanym w dokumencie oprogramowaniu. Od lipca 2014 r. wykorzystywał - Red Hat Enterprise Linux Server 6.5, począwszy od października 2015 - Red Hat Enterprise Linux Server 6.6, od maja 2015 - Red Hat Enterprise Linux Server 6.7 wersja Beta, a obecnie - Red Hat Enterprise Linux Server 6.7. Zamawiający uważa, że podążając tropem odwołującego oprogramowanie - Red Hat Enterprise Linux Server 6.7 może być wykorzystywane najwcześniej od końca lipca 2015 r. Zamawiający podniósł, że dokument referencyjny

wystawiony przez Getin Noble Bank S.A. w dniu 10 maja 2016 r., jest informacją o należyтым wykonywaniu zamówienia przez Clouware a nie dokumentem, który określa zakres doświadczenia wykonawcy. Taką rolę ustawodawca w rozporządzeniu ws. dokumentów przypisał wykazowi, a ten nie budzi żadnych wątpliwości. Clouware wykazał, iż realizuje projekt obejmujący modyfikację systemu monitorowania środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług opartego min. na Red Hat Enterprise Linux Server 6.7 w tym na wersji Beta.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że literalne brzmienie sformułowania użyte przez Clouware „w tym” oznacza, iż obok jakiegoś komponentu występuje inny. Skoro definiowane jest oprogramowanie Red Hat Enterprise Linux Server 6.7 w tym wersja Beta oznacza to, iż wykonawca wykorzystuje w ramach realizacji usługi Red Hat Enterprise Linux Server 6.7 jak również Red Hat Enterprise Linux Server 6.7 wersja Beta.

Dokument wystawiony przez Getin Noble Bank S.A. nie przesądza o wyłączności stosowania danej wersji oprogramowania w odniesieniu do Red Hat Enterprise Linux Server 6.7. Tym samym w ocenie zamawiającego zarzut odwołującego jest nietrafiony. Zarzut odwołującego, w ocenie zamawiającego, w tym zakresie nie może zostać uwzględniony, gdyż prowadziłoby to do konieczności unieważnienia postępowania. Odwołujący wdrożył oprogramowanie Red Hat Enterprise Linux Server 6.7 w Narodowym Banku Polskim w listopadzie 2015 r. Zamawiający posiadał wiedzę, iż wersja 6.7 pojawiła się w obiegu 22 lipca 2015 r. Tym samym zgodnie z rozumowaniem odwołującego warunek jest niemożliwy do spełnienia.

Nadto zamawiający wskazał, że w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.3 postawił wymóg dysponowania potencjałem kadrowym w sposób następujący:

Wykonawca musi wykazać, że dysponuje co najmniej 3 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w następującym zakresie:

- a) doświadczenie rozumiane jako posiadanie przez każdą z tych osób co najmniej 12 miesięcznego doświadczenia w jednym przedsięwzięciu obejmującym świadczenie usług wdrożeniowych oraz modyfikacji systemów monitorowania środowiska informatycznego opartych na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM;
- b) kwalifikacje zawodowe, rozumiane jako umiejętności w zakresie administracji i implementacji systemów i narzędzi potwierdzone certyfikatem ukończenia szkoleń lub innym równoważnym dokumentem wystawionym przez producenta oprogramowania lub przez autoryzowanego dystrybutora producenta oprogramowania zgodnie z poniższą listą:
 - AIX (wersja 7.1) co najmniej 2 osoby,
 - Red Hat Enterprise Linux Server (wersja 6.7 lub wyższa) co najmniej 1 osoba,
 - IBM DB2 (wersja 10.0 lub wyższa) co najmniej 1 osoba,
 - IBM Tivoli Monitoring for Implementers (wersja 6.2 lub wyższa) co najmniej 2 osoby,

- IBM Tivoli Netcool/OMNibus Installation and Configuration (wersja 73 lub wyższa) co najmniej 2 osoby,
- IBM Tivoli Netcool/OMNibus Administration and Maintenance (wersja 7.3 lub wyższa) co najmniej 2 osoby.

W ofercie wykonawca Cloudware złożył wykaz osób, który nie wskazywał nazwy i adresu podmiotu na rzecz, którego zamówienie było realizowane a także informacji, iż wykazane osoby posiadają co najmniej 12 miesięczne doświadczenie w jednym przedsięwzięciu. W związku z czym zamawiający w dniu 29 lipca br. wezwał wykonawcę Cloudware do uzupełnienia dokumentu w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. W dniu 3 sierpnia br. wykonawca Cloudware uzupełnił dokument o żądane przez zamawiającego informacje, mając na względzie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w wyniku którego zamawiający został zobowiązany do przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert. Badając ofertę wykonawcy Cloudware zamawiający zauważył, iż sformułowanie użyte przez tego wykonawcę jest nieprecyzyjne i w dniu 26 października br. wezwał w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia w modyfikacji systemów monitorowania środowiska informatycznego opartych na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia na formularzu przewidzianym dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie określił formy, w jakiej mają być złożone wyjaśnienia tym samym sposób przekazania wyjaśnień należy uznać za prawidłowy.

Jednocześnie odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż wykonawca Cloudware w nieprawidłowy sposób dokonał uzupełnienia informacji w wykazie poprzez zmianę w przypadku Panów A. D. i D. P. IBM Certified System Administrator AIX 7 na IBM Certified System Administrator AIX 7.1 oraz w przypadku Panów M. K. i M. B. IBM Certified Deployment Professional Tivoli Monitoring v. 63 i IBM Certified Deployment Professional Tivoli Monitoring v. 6.2.2 na IBM Tivoli Monitoring for Implementers (wersja 62 lub wyższa). Zamawiający wskazał iż przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca Cloudware wykazał Panów A. D., D. . M. R. i M. B. na etapie składanej oferty, a więc 23 maja 2016 r. Od tego momentu odwołujący mógł powziąć informacje o nieprawidłowym wykazaniu potencjału osobowego przez wykonawcę Cloudware. Pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 20 czerwca br. Na decyzję zamawiającego odwołanie złożył odwołujący Ingrifo. W odwołaniu podniósł on zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień:

W treści odwołania wskazał, iż osoby wykazane w wykazie osób nie spełniają wymogu doświadczenia 12 miesięcznego, nie wskazano na rzecz jakiego podmiotu usługi były wykonane.

W odwołaniu z dnia 30 czerwca 2016 r. nie pojawił się zarzut niewykazania przez Cloudware spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a jedynie zarzut zaniechania wyjaśnienia ww. elementów wykazu. Zamawiający uczynił zadość żądaniom odwołującego i 29 lipca br. wezwał Cloudware do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w treści odwołania. Co więcej otrzymał dokumenty, które wątpliwości odwołującego rozwiewają. Zakres zarzutu sformułowanego na etapie pierwszego odwołania wyznacza potencjalną możliwość formułowania dalszych żądań, ale tylko w zakresie w jakim nie było możliwe podniesienie zarzutów na wcześniejszym etapie postępowania. Skoro informacje będące podstawą wniesienia odwołania z dnia 14 listopada 2016 r. były znane już w dniu 20 czerwca 2016 r. to termin na wniesienie odwołania w tym zakresie upłynął w dniu 30 czerwca 2016 r.

Jednocześnie zamawiający wyjaśnia, iż w dniu 26 października br zwrócił się do wykonawcy Cloudware o wyjaśnienie czy w zakresie prac wykonywanych przez osoby wymienione w wykazie osób mieściło się również wykonywanie modyfikacji systemów monitorowania środowiska informatycznego opartych na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM. Wykonawca potwierdził ten fakt składając stosowne oświadczenie. Ponadto w wyjaśnieniach wykonawcy znalazła się informacja odnośnie Panów:

A. D. i D. P. - IBM Certified System Administrator AIX 7,1 oraz M. R. i M. B. TBM Tivoli Monitoring for Tmplementers wersja 6.3 i odpowiednio 6.2.2.

Faktem jest, iż zamawiający w tym zakresie nie wzywał wykonawcy ani do uzupełnień ani też do wyjaśnień. Jednak podstawą wykluczenia wykonawcy w postępowaniu jest niewykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału. A wykonawca spełnienie to wykazał. Żaden z przepisów ustawy nie zabrania uzupełniania dokumentów i brania pod uwagę okoliczności wskazywanych przez wykonawcę, którego dokumenty dotyczą. Doktryna zamówieniowa na gruncie obowiązywania Dyrektywy 18/WE/2004 a także polskich przepisów ją implementujących wypracowała pogląd o jednokrotnym uzupełnianiu danego dokumentu, jednak w danym zakresie. Wykaz osób był uzupełniany przez wykonawcę raz w dniu 3 sierpnia 2016 r. w zakresie 12 miesięcy doświadczenia danej osoby oraz miejsca i adresu podmiotu dla którego usługa była wykonywana. Następnie w dniu 26 października 2016 r. zamawiający zażądał wyjaśnień w zakresie wykonywania modyfikacji systemów monitorowania środowiska informatycznego. Również kwestia ta została wyjaśniona przez wykonawcę. Przy okazji wyjaśnień skorygował dane dotyczące oprogramowania. W zakresie wprowadzania modyfikacji jak również doświadczenia w danym oprogramowaniu zamawiający nie korzystał z uprawnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy wobec czego odwołujący wadliwie sformułował zarzut. Pomijając fakt, iż został on zgłoszony po terminie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania oraz dowody załączone do odwołania oraz przedłożone przez odwołującego i przystępującego na rozprawie.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Modyfikacja siwz z dnia 29 kwietnia 2016r. nadała rozdziałowi VIII w ust. 2 pkt. 2.2. następujące brzmienie. Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że posiada wiedzę i doświadczenie polegające na należywym wykonaniu/wykonywaniu w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 zamówienia (umowy), którego przedmiot obejmował następujący zakres: wykonanie w okresie co najmniej 12 miesięcy lub wykonywanie przez okres co najmniej 12 miesięcy przed dniem składania ofert-usług modyfikacji systemu monitorowania informacji środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług opartego n.w. (łącznie) oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM, a wartość zamówienia (w ww. zakresie przez okres 12 miesięcy) wynosiła co najmniej 300 000,00 zł. brutto:

AIX 7.1, Red Hat Enterprise Linux Server 6.7, Apache http Server, ActiveMQ, DB2, Tivoli Integrated Portal, Tivoli Common Reporting, Omnibus WEGGUI, IBM Tivoli Netcool Omnibus, iTCAM for Transactions.

W przypadku gdy wartość zamówienia (umowy) wyrażona jest w innej walucie niż w złotych polskich, zamawiający dokona przeliczenia wartości wykonanego zamówienia w innej walucie na złote polskie – na podstawie średniego kursu złotego w stosunku do walut obcych określonego w Tabeli Kursów NBP, obowiązującego w dniu zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zamawiający zmienił także wymagania dotyczące osób zdolnych do wykonania zamówienia i wykonawca musiał wykazać się dysponowaniem co najmniej 3 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi doświadczenie i kwalifikacje zawodowe w następującym zakresie: a) doświadczenie rozumiane jako posiadanie przez każdą z tych osób co najmniej 12 miesięcznego doświadczenia w jednym przedsięwzięciu obejmującym świadczenie usług wdrożeniowych oraz modyfikacji systemów i narzędzi środowiska informatycznego oparty na oprogramowaniu wykorzystywanym z ZSM, b) kwalifikacje zawodowe rozumiane jako umiejętności w zakresie administracji i implementacji systemów i narzędzi potwierdzone certyfikatem ukończenia szkoleń lub innym równoważnym dokumentem wystawionym przez producenta oprogramowania lub przez autoryzowanego dystrybutora producenta oprogramowania zgodnie z poniższą listą:

AIX (wersja 7.1) co najmniej 2 osoby,

Red Hat Enterprise Linux Server (wersja 6.7 lub wyższa) co najmniej 1 osoba,

IBM DB2 (wersja 10.0 lub wyższa) co najmniej 1 osoba,

IBM Tivoli Monitoring for Implementers (wersja 6.2 lub wyższa) co najmniej 2 osoby,

IBM Tivoli Netcool/Omnibus Installation and Configuration (wersja 7.3 lub wyższa) co najmniej 2 osoby, IBM Tivoli Netcool/Omnibus Administration and Maintenance (wersja 7.3 lub wyższa) co najmniej 2 osoby.

Z wyjaśnień treści siwz z dnia 29 kwietnia 2016r. w odpowiedzi na pytanie nr 2 o treści „Czy zamawiający dopuszcza wykorzystywanie licencji bez aktywnego kontraktu serwisowego producenta oprogramowania?”, zamawiający odpowiedział „Tak, zamawiający dopuszcza wykorzystywanie licencji bez aktywnego kontraktu serwisowego producenta oprogramowania z ograniczeniem do środowisk i prac testowych”.

Na str. 13 oferty przystępującego znajduje się wykaz usług, gdzie wskazano na wdrożenie kompleksowego systemu monitoringu infrastruktury informatycznej opartego na usługach SOA o wartości powyżej 1 795 000zł. na rzecz T-Systems Polska sp. z o.o. wdrożenie w okresie 28.10.2013 – 28.07.2014 i utrzymanie w okresie 2014-2018. Z referencji i wykazu nie wynika jakie oprogramowanie było przedmiotem wdrożenia i utrzymania. Na str. 16 – 21 znajduje się wykaz osób, gdzie w kwalifikacjach zawodowych dla p. A. D. wskazano IBM Certificated System Administrator AIX 7 i Red Hat Enterprise Linux 7, dla p. D. P. IBM Certificated System Administrator AIX 7, dla M. R. IBM Certified Deployment Professional Tivoli Monitoring v. 6.3, dla M. B. IBM Certified Deployment Professional Tivoli Monitoring v. 6.2.2. i IBM Tivoli Netcool/Omnibus v. 7.4, IBM Certified Deployment Professional Tivoli Netcool/Omnibus v. 7.4.

W dniu 3 czerwca 2016r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy i podanie informacji nt. usług modyfikacji systemu monitorowania środowiska informatycznego oraz wdrożenia monitorowania usług opartego na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt. 2.2.. Przystępujący wyjaśnił, że usługi zaprojektowania, wykonania i wdrożenia narzędzi monitorowania testy, dokumentację i szkolenia zrealizował za kwotę 1 190 250zł., a usługi utrzymania i asysty technicznej za 603 750zł., zaś usługi dotyczyły monitorowania i wdrożenia monitorowania usług opartego łącznie na oprogramowaniu AIX 7.1, Red Hat Enterprise Linux Server 6.7, Apache http Server, ActiveMQ, DB2, Tivoli Integrated Portal, Tivoli Common Reporting, Omnibus WEGGUI, IBM Tivoli Netcool Omnibus, iTCAM for Transactions. W załączeniu przedłożył nową referencję firmy T-Systems z dnia 20 maja 2016r. potwierdzającą te informacje.

W dniu 20 czerwca 2016r. zamawiający wybrał ofertę przystępującego.

Odwołujący w dniu 30 czerwca 2016r. wniósł odwołanie, kwestionując doświadczenie przystępującego z uwagi na to, że wdrożenie i modyfikacja trwały 9, a nie wymagane 12 miesięcy oraz dotyczyły technologii Red Hat Enterprise Linux Server 6.5, a nie wymaganej wv. 6.7, która stała się dostępna od 22 lipca 2015r., nadto odwołujący przy wykazie osób zakwestionował, że przystępujący nie określił podmiotu, dla którego usługa została

wykonana, a także nie wskazał jednego trwającego co najmniej 12 miesięcy projektu, w którym zostało wykorzystane oprogramowanie obecnie wykorzystywane w ZSM, a zamawiający w tym zakresie nie wzywał przystępującego do wyjaśnień.

W dniu 12 lipca 2016r. Izba umorzyła postępowania na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W dniu 29 lipca 2016r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wykazu usług wraz z dowodami wskazując, że wdrożenie i modyfikacja trwały 9, a nie wymagane 12 miesięcy oraz dotyczyły technologii Red Hat Enterprise Linux Server 6.5, a nie wymaganej wv. 6.7, która stała się dostępna od lipca 2015r. oraz wykazu osób zawierających informację o nazwie i adresie podmiotu, dla którego zostało wykonane przedsięwzięcie oraz wykazanie, że przystępujący dysponuje osobami, które posiadają co najmniej 12 miesięczne doświadczenie we wskazanym w wykazie zakresie.

Zamawiający skierował także do Newind i odwołującego wezwania do uzupełnienia wykazu usług z uwagi na złożone oświadczenia o okresie monitorowania usług opartych na oprogramowaniu Red Hat Enterprise Linux Server 6.7 tj. od 26 lutego 2014r. (odwołujący) i od 4 grudnia 2014r. (Newind) podczas, gdy wersja 6.7. pojawiła się w lipcu 2015r., a do tego czasu funkcjonowała wersja 6.5. Odwołujący odpowiedział, że zamawiający wymagał 12 miesięcznego świadczenia usługi opartej o określone komponenty, ale nie wymagał, aby wszystkie komponenty były wykorzystywane przez okres 12 miesięcy. Wykonawca Newind objął swoje wyjaśnienia niepodważoną tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd można jedynie wskazać, że z informacji tych wynika, że rozumiał warunek jako wymóg 12 miesięcznego świadczenia usługi na określonych komponentach, przy czym wykorzystanie komponentów w wymaganej wersji mogło być krótsze.

W dniu 3 sierpnia 2016r. zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa przystępujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego oświadczył, że zgodnie z informacją na stronie producenta oprogramowanie Red Hat Enterprise Linux Server v. 6.7 beta zostało wydane w dniu 5 maja 2016r. Przystępujący złożył nowy wykaz, w którym wykazał realizację projektu obejmującego modyfikacje systemu środowiska informatycznego i wdrożenie monitorowania opartego na oprogramowaniu wykorzystywanym z ZSM, w tym m. in. Red Hat Enterprise Linux Server 6.5, Red Hat Enterprise Linux Server 6.6 I Red Hat Enterprise Linux Server 6.7. (w tym wersja beta), o wartości powyżej 300 000zł. Dla Getin Noble Bank SA od 1 lipca 2014r. do nadal. Dołączyło wydruk strony internetowej redhat.com, na której znajduje się informacja, że Red Hat Enterprise Linux Server 6.7. Beta już dostępna i data 5 maja 2016r.

Złożono uzupełniony wykaz osób, gdzie dla poszczególnych osób wskazano adres zleceniodawcy, u którego nabywano doświadczenie – Getin Noble Bank oraz okres jego zdobywania. Wobec następczego odtajnienia pisma z dnia 3 sierpnia 2016r. i jego załączników, Izba podała powyższe ustalenia jako jawne.

W dniu 26 sierpnia 2016r. zamawiający ponownie wybrał ofertę przystępującego.

W dniu 5 września 2016r. odwołujący wniósł kolejne odwołanie przy czym ponowił zarzuty podniesione w pierwszym odwołaniu dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje oraz podniósł zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów przystępującego złożonych wraz z pismem z 3 sierpnia 2016r.

W wyroku z dnia 20 września 2016r. w sprawie sygn. akt KIO 1646/16 Izba nakazała odtajnienie dokumentów załączonych do pisma przystępującego z 3 sierpnia 2016r. oraz nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie badania i oceny ofert.

W dniu 26 października 2016r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy w zakresie wykazu osób i oczekiwał wyjaśnienia, które osoby posiadają doświadczenie w modyfikacji systemów monitorowania środowiska informatycznego opartych na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM.

Przystępujący w dniu 28 października 2016r. nie udzielił wyjaśnień ale złożył nowy wykaz, który od poprzednich różni się tym, że przy każdym pracowniku dodano zdanie „W ramach niniejszego projektu wykonywane były prace polegające na modyfikacji systemów monitorowania środowiska informatycznego opartego na oprogramowaniu wykorzystywanym w ZSM.”

W dniu 4 listopada 2016r. zamawiający ponownie wybrał ofertę przystępującego.

Z dowodu dołączonego do odwołania wynika, że datą dostępności redhat-data wydania poprawki dla RHEL 6.7. jest 22 lipca 2015r.

Z dowodu przedłożonego na rozprawie przez odwołującego wynika, że było zadane pytanie „Co wersja beta oznacza w Red Hat Enterprise Linux i jak podnieść wersję beta do nie beta lub ogólnie dostępnej (GA) wersji, czy to może być uważana wersja na produkcji, czy mogę zaktualizować z wersji RED HAT Enterprise Linux Beta do GA wydania?, czy Red Hat przewiduje wsparcie dla oprogramowania w RHN (<https://rhn.redhat.com>) Beta kanał?, Chcę uczestniczyć w QA, czy możliwa jest pomoc w teście naprawczym, czy tylko robicie QA wewnętrzne?, na to pytanie ktoś odpowiedział „Komunikaty dla wersji Beta są zrobione tylko dla celów testowych. Red Hat zapewnia komunikaty wersji Beta i korekty wersji Beta kanału w RHN/ To nie jest oficjalnie wspierany kanał i te komunikaty nie mogą być uważane dla środowiska produkcyjnego. (...) Aktualizacja do lub z jakiegokolwiek wersji Beta z Red Hat Enterprise Linux nie jest wspierana aktualizacją ścieżki. Red HAT Enterprise Linux nie może być bezpośrednio aktualizowana do lub z na nie Beta/GA Red Hat Enterprise Linux wersję.

Z wydruku ze strony Red HAT wynika, że producent polega wersję 6.7. beta przedsiębiorcom w celu zabezpieczenia inwestycji istniejącej infrastrukturze ponadto wskazywał na podwyższenie poziomu bezpieczeństwa, stabilności oraz zarządzania

systemami/możliwość monitoringu, a także ma umożliwiać firmom implementację najnowszych innowacji Linuxa przez środowiska fizyczne, wirtualne oraz zastosowanie chmury.

Z wydruku pliku konfiguracyjnego nie sposób ustalić okoliczności twierdzonych przez przystępującego, gdyż z tego wydruku nie wynika, że zmiana jednej linii kodu powoduje upgrade do wersji stabilnej.

Z informacji Getin Noble Bank SA z dnia 28 listopada 2016r. wynika, że przystępujący zaktualizował funkcjonujące w Banku oprogramowanie Red Hat Enterprise Linux Server z wersji 6.7 beta do wersji 6.7.

Izba dowody w zakresie interpretacji warunku wiedzy i doświadczenia, w tym wersji beta tak ze strony odwołującego jak i przystępującego oceniła jako zbędne dla rozstrzygnięcia, gdyż w ocenie Izby dla rozstrzygnięcia sprawy konieczne jest ustalenie brzmienia warunku i stwierdzenie, czy brzmienie to odnosiło się w jakikolwiek sposób do wersji beta oprogramowania. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy przesądza o tym, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu zrozumieli postawiony warunek jednakowo, że 12 miesięczny okres odnosi się do usługi monitorowania i, że w ramach tej usługi mają być wykorzystywane wskazane przez zamawiającego komponenty, ale, że z tak postawionego warunku nie wynika, żeby każdy wymieniony przez zamawiającego komponent miał być wykorzystywany przez cały okres 12 miesięcy świadczenia usługi. Co więcej pośrednio potwierdza to dokonana przez zamawiającego modyfikacja treści siwz, gdyż pierwotne brzmienie warunku nie wymieniało komponentów systemu ZSM, zatem okres 12 miesięczny odnosił się do usługi monitorowania systemu, a nie do momentu wdrożenia wskazanych po zmianie komponentów. Ponadto z tegoż warunku, co słusznie podnosił zamawiający nie wynika zakaz odwoływania się do wersji beta, czy innych rodzajów wersji danego oprogramowania, gdyby wolą zamawiającego było aby zaprezentowano mu wszystkie komponenty przez cały czas trwania usługi w konkretnej, wersji np. ostatecznej, to w ocenie Izby takie postanowienie powinno wprost z postawionego warunku wynikać. Dlatego Izba nie uznała za mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia dowody odwołującego i przystępującego, co do wsparcia producenta dla oprogramowania w wersji beta, pominęła także twierdzenia odnoszące się do faz produkcyjnych oprogramowania, uznając, że nie służą one wykazania istotnych okoliczności sprawy. Na podstawie zaś zgromadzonego materiału dowodowego Izba ustaliła, że bezsporne jest, iż oprogramowanie Red Hat Enterprise Linux wersja 6.7 w wersji ostatecznej zostało wydane w dniu 22 lipca 2016r. Izba ustaliła także, że zamawiający wymagał świadczenia usługi monitorowania przez okres 12 miesięcy, ale nie ustanowił takiego wymogu dla poszczególnych komponentów, a dla komponentów nie określił fazy produkcyjnej oprogramowania, z której ma pochodzić wdrożone czy zmodyfikowane oprogramowanie.

Izba ustaliła, że przystępujący Cloudware dopiero na wezwanie zamawiającego z dnia 29 lipca 2016r. wskazał na swoje doświadczenie na rzecz Getin Noble Bank i objął je tajemnicą przedsiębiorstwa, zatem zamawiający pierwszego wyboru przystępującego dokonał w oparciu o inne doświadczenie, zaś przy drugim wyborze odwołujący nie znał treści uzupełnionego wykazu i referencji, zatem nie mógł w tym zakresie formułować zarzutów.

Izba ustaliła nadto, że przystępujący na podstawie uzupełnionego wykazu wykazał, że realizował przez okres 12 miesięcy usługę monitorowania w tym wdrożenia i modyfikacji systemu i ta usługa od 1 sierpnia 2015r. była realizowana z zastosowaniem oprogramowania Red Hat Enterprise Linux wersja 6.7, a na podstawie poświadczenia firmy Getin Noble Bank, że usługa była świadczona należycie. Izba oceniła, że ten materiał dowodowy pozwala na ustalenie, że przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z treścią siwz w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Oceniając materiał dowodowy w zakresie potencjału kadrowego Izba ustaliła, że dla rozstrzygnięcia istotne znaczenie mają złożony do oferty wykaz, wykaz złożony w ramach uzupełnienia z dnia 3 sierpnia 2016r., wykaz złożony na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w dniu 26 października 2016r. oraz dowody przystępującego przedłożone na rozprawie tj.:

Z certyfikatu administratora certyfikowanego systemu IBM – AIX 7 wynika, że jest prowadzona taka certyfikacja i, że wymaga ona zdania 1 testu. Z testu C4040-221: AIX 7 Administration wynika, że test ten poprzedzają różne kursy i m. in. kurs Power Systems dla AIX II: AIX wdrożenie i administracja wskazuje, że kurs ten jest oparty na AIX 7.1 operującym na poziomie Power 7 zarządzanym przez HMC wersja 7.

Certyfikat eksperta ds. certyfikowanych wdrożeń IBM-Tivoli Monitoring v 6.3 wymaga zdania 1 testu. Test ten odbywa się po kursie Tivoli Monitoring 6.3 IBM dla wdrożeniowców. Kursant podczas kursu dowiadyuje się jak wdrażać Tivoli Monitoring wersja 6.3 IBM.

Na podstawie tak określonego materiału dowodowego Izba ustaliła, że wszystkie wykazy dotyczą tego samego potencjału kadrowego tj. tych samych osób i od samego początku w pierwotnym wykazie były wskazane nazwy certyfikatów, jakie posiadają panowie M. B., A. D., D. P. i M. R. . Zamawiający wzywał przystępującego do uzupełnienia wykazu o dane podmiotu, w którym uzyskiwali oni doświadczenia, a także o wskazanie tego okresu, tak aby zostało wykazane, że nabywali doświadczenie przez okres minimum 12 miesięcy w zakresie budowy, wdrożenia i modyfikacji systemu monitorowania. Przystępujący wykaz w dacie 3 sierpnia 2016r. uzupełnił podając informacje o podmiocie, u którego nabyte było doświadczenia i w każdym przypadku był to Getin Noble Bank, oraz o wskazanie, że nabyto co najmniej minimalny okres doświadczenia w budowie i wdrożeniu oprogramowania. Przystępujący w wykazie osób nie podał, że nabyte doświadczenie odnosiło się również do modyfikowania systemu. Jednocześnie zamawiający z wykazu usług i załączonej do niego

referencji uzyskał wiedzę, że przystępujący świadczył usługę na rzecz Getin Noble Bank usługę monitorowania obejmującą budowę, wdrożenie i modyfikacje systemu monitorowania. Zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień, czy doświadczenie wskazanych osób obejmuje także modyfikowanie systemu i zamiast wyjaśnień otrzymał wykaz uzupełniony o potwierdzenie doświadczenia w modyfikacjach. Tak zgromadzony materiał dowodowy Izba oceniła, jako spójny, wiarygodny i nie podważony dowodami przeciwnymi ze strony odwołującego. Izba stwierdziła, że odwołujący uzyskał pełną informację o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania dopiero w dacie trzeciego wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyż choć odwołujący znał wykaz osób załączony do oferty i w tym zakresie zarzuty, jakie wykrył, sformułował. W rzeczywistości wiedzę o możliwości sformułowania zarzutu dotyczącego braku wykazania 12 miesięcznego doświadczenia w wykonywaniu modyfikacji odwołujący uzyskał z wezwania zamawiającego do wyjaśnień z dnia 26 października 2016r. Odwołujący zaś przed terminem trzeciego wyboru nie wiedział w jaki sposób i w jakim zakresie został uzupełniony wykaz osób na wezwanie zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2016r., i czy były jakieś zmiany w zakresie podanych certyfikatów, gdyż był on objęty tajemnicą przedsiębiorstwa uchyloną dopiero w skutek wyroku Izby z dnia 30 września 2016r. W pierwotnym odwołaniu odwołujący kwestionował w ogóle brak wykazania okresu nabytego doświadczenia, a więc tak w zakresie wdrożenia jak i modyfikacji i znał jedynie wezwanie zamawiającego z dnia 29 lipca 2016r., które również dotyczyło uzupełnienia o okres nabywanego doświadczenia tak w budowie, wdrożeniu jak i w modyfikacji. W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że zarzut ten nie jest spóźniony, gdyż brak co do czasookresu nabytego doświadczenia w pełnym zakresie wymaganym przez zamawiającego był wskazany w pierwszym odwołaniu, ale dopiero znajomość drugiego wykazu pozwoliła odwołującemu na ocenę, że brak jest w dalszym ciągu informacji o czasookresie nabycia doświadczenia w modyfikacji. Termin ten zatem otwierał się dopiero przy trzecim wyborze oferty najkorzystniejszej, gdyż dopiero wówczas odwołujący miał wiedzę, co do zawartości wykazu uzupełnionego w dniu 3 sierpnia 2016r., jak i mógł dokonywać oceny prawidłowości czynności zamawiającego przez pryzmat pozostałych złożonych w tym terminie dokumentów. Izba oceniła także, że zamawiający miał prawo wnioskować o treści uzupełnionego w dniu 3 sierpnia 2016r. wykazu osób na podstawie pozostałych złożonych dokumentów, mógł wyciągnąć logiczny wniosek, że skoro pracownicy przystępującego nabywali doświadczenie wymagane przez zamawiającego w ramach kontraktu zawartego przez przystępującego z Getin Noble Bank, to prawdopodobne jest, że nabywali je w zakresie przedmiotowym tego kontraktu. Skoro kontrakt ten obejmował modyfikacje, to prawdopodobne było, że pracownicy przystępującego w takim zakresie też doświadczenie nabyli, oczywiście rację ma odwołujący, że nie było pewne, czy przystępujący realizował tylko to zlecenie z wykazu usług na rzecz Getin Noble Bank, czy osoby wskazane w

potencjale kadrowym nabyli je na tym konkretnym kontrakcie, ani to czy każda z tych osób nabyła to doświadczenie w taki sam sposób. Jednak w ocenie Izby były to wątpliwości związane ze dokumentami na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te były już w ramach jednokrotnego uzupełnienia złożone i zamawiający miał prawo poczynić pewne ustalenia na podstawie całokształtu zgromadzonego materiału. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że istniały jakiegokolwiek dowody na to, że pracownicy przystępującego nabywali doświadczenie na innych kontraktach przystępującego w Getin Noble Bank, czy że nabywali je w mniejszym zakresie niż zakres wykonanej usługi. Zamawiający natomiast podjął ustalenia, które musiałyby prowadzić do wniosku, że generalnie możliwe jest ustalenie spełnienia warunku potencjału kadrowego na podstawie zgromadzonych dokumentów, ale dokumenty te budzą wątpliwości. Tym samym w ocenie Izby zamawiający nie mógł nie naruszając zasady równego traktowania wykonawców, wykluczyć przystępującego z powodu braku literalnego wskazania w wykazie osób na nabycie doświadczenia w zakresie modyfikacji systemu monitorowania. Zamawiający bowiem miał poszlaki, które pozwalały mu na ustalenie, że przystępujący spełnia warunek udziału w zakresie potencjału kadrowego. W ocenie Izby odstąpienie od instytucji wyjaśnień z art. 26 ust. 4 ustawy z obawy przed potencjalnym zarzutem obejścia zasady jednokrotności wzywania byłoby ze strony zamawiającego przejawem rażącego formalizmu i nie dawałoby się pogodzić z zasadą równego traktowania z art. 7 ust. 1 ustawy. Izba pragnie podkreślić, że choć w całości popiera i jest zwolennikiem zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy, to jednak ta zasada jest zasadą wypracowaną w orzecznictwie i musi stosowana tak aby nie prowadzić do naruszenia ustawowej zasady równego traktowania. Zamawiający zatem w ocenie Izby prawidłowo zastosował art. 26 ust. 4 ustawy, zaś złożony przez przystępującego trzeci wykaz stanowi jedynie potwierdzenie ustaleń zamawiającego dokonanych na podstawie już złożonych dokumentów i jest wyjaśnieniem, choć w szczególnej formie. W świetle tych ustaleń Izba ustaliła, że przystępujący wykazał, że jego potencjał kadrowy spełnia wymóg posiadania doświadczenia w modyfikacji systemu monitorowania.

Odnosnie certyfikatów, to Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał wątpliwości, że nazwy certyfikatów przedstawione przez przystępującego w wykazie osób odpowiadają wymaganym przez zamawiającego w siwz uprawnieniom. Odwołujący nie przedstawił na okoliczność przeciwną jakichkolwiek dowodów poza własnymi twierdzeniami zawartymi w odwołaniu. Twierdzenia te są oparte wyłącznie o brak dosłownej zgodności pomiędzy uprawnieniami wskazanymi przez zamawiającego w siwz, a certyfikatami podanymi przez przystępującego. Przystępujący przedstawił natomiast materiał dowodowy na podstawie którego Izba była w stanie ocenić, że zamawiający prawidłowo zbadał ofertę przystępującego, gdyż rzeczywiście uprawnienia, certyfikaty, testy i kursy w spornym

zakresie posługują się różnym nazewnictwem, zatem Izba dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego, że nazwa certyfikatu nie musi odpowiadać nazwie uprawnień, aby potwierdzać te uprawnienia. Izba w świetle zgromadzonego materiału dowodowego nie dała wiary natomiast twierdzeniom odwołującego uznając je za gołosłowne.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie zawiera braków formalnych o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić wnioski o odrzucenie odwołania.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt. 3, 4 i 5 stanowi, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;

Odwołujący sformułował zarzut dotyczący oferty przystępującego w zakresie warunku doświadczenia jako zarzut zaniechania prawidłowego badania tej oferty, a więc nie jest to zarzut skierowany wobec SIWZ. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba jest związana granicami zarzutów, a nie granicami argumentacji procesowej. Odwołujący wbrew stanowisku zamawiającego nie twierdzi w zarzucie, iż warunek był niemożliwy do spełnienia, gdyż domaga się wyboru własnej oferty, a nie unieważnienia postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Odwołujący natomiast podnosi w ramach argumentacji (pkt. 3.3.), że nie możliwe było wdrożenie systemu w wersji 6.7 w okresie 12 miesięcy przed upływem terminu składania ofert bowiem wersja ta nie była jeszcze dostępna.

W ocenie Izby, o tym jak odwołujący rozumiał warunek postawiony przez zamawiającego, co do możliwości jego spełnienia świadczą złożone przez jego wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego, tym samym nie ma racji zamawiający i przystępujący, że odwołujący uważał warunek za niemożliwy do spełnienia. Stąd też zarzut przede wszystkim zarzut został prawidłowo postawiony i odnosi się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem nie jest spóźniony i może podlegać rozpoznaniu.

Co do pozostałych zarzutów, to Izba zwraca uwagę na treść art. 180 ustęp 1 ustawy zgodnie, z którym kognicja Izby dotyczy czynności i zaniechań zamawiającego. W ocenie Izby nie zachodzi w niniejszej sprawie tożsamość czynności zamawiającego.

Obecnie kwestionowana czynność jest to czynność ponownego wyboru oferty przystępującego na skutek ponowionej oceny ofert. Oferta przystępującego była wybierana w oparciu o inne dokumenty niż w przypadku pierwszego odwołania, tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, że zachodzą te same okoliczności co we wcześniejszych odwołaniach. Pierwotnie przedmiotem zarzutu w odwołaniu z dnia 30 czerwca 2016r. był brak wskazania okresu nabywania doświadczenia tak w zakresie wdrożenia jak i modyfikacji, obecnie zaś wyłącznie modyfikacji, gdyż na skutek uzupełnienia wykazu osób zmieniły się okoliczności stanowiące podstawę odwołania. Nie było także podstaw do przyjęcia, że dokonane przez zamawiającego czynności zostały wykonane zgodnie z wyrokiem Izby, gdyż Odwołujący odtajnienia dokumentów nie kwestionuje a Izba w szczegółowych wymaganiach w zakresie ponowienia czynności badania i oceny ofert nie formułowała. Nie można także uznać, że czynności zamawiającego wykonane na skutek uwzględnienia żądań pierwszego odwołania odwołującego zostały wykonane zgodnie z tym żądaniem, gdyż odwołujący żądania dotyczące badania wykazu osób odnosił do całości 12 miesięcznego doświadczenia, a zamawiający badając wykaz pierwotny i uzupełniony doszedł przy wyborze z dnia 14 listopada 2016r. do przekonania, że dysponuje dowodami potwierdzającymi spełnienia warunku potencjału osobowego. Odwołujący w pierwszym odwołaniu nie żądał oceny uzupełnionego wykazu i to właśnie ta ocena jest nową czynnością nie związaną z uwzględnieniem żądań odwołującego. W tym stanie rzeczy Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie może zostać odrzucone w oparciu, o którąkolwiek z podstaw wskazywanych przez przystępującego i zamawiającego.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku stwierdzenia ewentualnych naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy, co wypełnia przesłankę dopuszczalności rozpoznania odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

W ocenie Izby podnoszone przez przystępującego i zamawiającego zarzuty w tym zakresie są niezasadne. Opierają się one bowiem na założeniu, że skoro odwołujący uważa warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia za niemożliwy do spełnienia, to w rzeczywistości dąży do unieważnienia postępowania pozbawiając się szansy na uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby jednak nawet gdyby uznać, że rzeczywiście odwołujący uważa warunek za niemożliwy do spełnienia, co w ocenie Izby nie znajduje odzwierciedlenia ani w zarzutach, ani w żądaniach odwołania, to Izba wzięła pod uwagę, że samo podniesienie takiego zarzutu nie przesądza jeszcze o braku interesu w uzyskaniu zamówienia. Jak

słusznie podnosił odwołujący wyrok Izby wiąże strony postępowania i uczestnika jedynie w takim zakresie w jakim Izba rozstrzygnęła zarzuty, zatem nie przesądza o losach oferty odwołującego, co do której poprawność czynności czy ewentualne zaniechania nie są przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu. Ponadto odwołujący nie ma pewności rozstrzygnięcia Izby w zakresie tego zarzutu, a sformułował dodatkowe dotyczące potencjału kadrowego, uwzględnienie któregośkolwiek z nich przez Izbę i oddalenie zarzutu dotyczącego potencjału wiedzy i doświadczenia dawałoby odwołującemu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę w ocenie Izby odwołujący wnosząc odwołanie wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Cloudware oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie wymaganego doświadczenia oraz dysponowania określonymi osobami)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. W myśl art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Izba zwraca uwagę, że przepis art. 89 ust.1 pkt 5 należy interpretować łącznie z art. 24 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ustawodawca rozróżnia odrzucenie oferty i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Przepis z art. 89 ust.1 pkt 5 dotyczy możliwości odrzucenia oferty w postępowaniu wieloetapowym, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrębnie ocenę złożonych ofert. W takim postępowaniu wykonawca, który nie spełni warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu i nie zostaje zaproszony do składania ofert, a gdyby mimo to ofertę złożył to taka oferta podlega na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy odrzuceniu. Dlatego też uregulowanie z art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy należy zastosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty w postępowaniu wieloetapowym.

Przepisu tego nie stosuje się wobec tego do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, gdyż jest to postępowanie jednoetapowe i tutaj wykluczenie wykonawcy powoduje z mocy prawa uznanie złożonej oferty za odrzuconą. Tym samym w postępowaniu jednoetapowym w przypadku niespełniania warunków podmiotowych, zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania i nie orzeka (jeśli nie zaistnieją samodzielne podstawy do odrzucenia) o odrzuceniu oferty. Również w tej sytuacji kwestionowaniu przez wykonawców

w odwołaniu, może podlegać tylko wykluczenie z postępowania, gdyż w przypadku uchylecia czynności o wykluczeniu wykonawcy, złożona oferta, z mocy prawa przestaje być oferta odrzucona.

Biorąc pod uwagę, że Izba ustaliła, iż przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu tak w zakresie wiedzy i doświadczenia jak i potencjału kadrowego, Izba uznała, że zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy wobec oferty przystępującego. Nie ziściła się bowiem w odniesieniu do przystępującego dyspozycja tegoż przepisu, a zatem zamawiający nie miał podstaw do zastosowania sankcji w postaci wykluczenia przystępującego z postępowania.

Zarzut ewentualny wobec pkt 2.1 naruszenia przez zamawiającego § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie. rodzaju dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej rozp. ws. dokumentów) przez zaniechanie jego zastosowania w zakresie całości doświadczenia wskazanego przez Cloudware,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie. rodzaju dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, stanowi, że w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Przepis ten ma charakter dyspozytywny. W razie wątpliwości zamawiający może skorzystać z art. 26 ust. 4 ustawy i zwrócić się o wyjaśnienia do wykonawcy, albo skorzystać z wyjaśnień bezpośrednio u zamawiającego referencyjnego. W przedmiotowej sprawie jak wynika z ustaleń Izba zamawiający skorzystał z art. 26 ust. 4 ustawy, co było w ocenie Izby prawidłowe i w przedmiotowym stanie faktycznym wystarczające dla usunięcia wątpliwości zamawiającego. Izba nie znalazła podstaw do zastosowania tegoż przepisu rozporządzenia do dokumentów przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż w tym zakresie w rzeczywistości sporne w ramach postępowania odwoławczego było rozumienie warunku, a nie wystawione dokumenty, a odwołujący swoich twierdzeń, co do potencjalnego przygotowania referencji Getin Noble Bank wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania w żaden sposób nawet nie próbował uprawdopodobnić. W tym stanie rzeczy Izba nie

znalazła podstaw do przyjęcia, że przepis § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów miał w niniejszej sprawie zastosowanie i zastosowanie go było obowiązkiem zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: