

Sygn. akt: KIO 2227/12

**WYROK**

**z dnia 26 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 października 2012 r. przez **Combidata Poland Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 12, 81-777 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Al. Jerozolimskie 65/79, 00-679 Warszawa**

przy udziale **Comp S. A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

przy udziale **Sygnity S. A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację odpowiednich zapisów ogłoszenia oraz SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Al. Jerozolimskie 65/79, 00-679 Warszawa i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Combidata Poland Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 12, 81-777 Sopot** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Al. Jerozolimskie 65/79, 00-679 Warszawa** na rzecz **Combidata Poland Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 12, 81-777 Sopot** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Al. Jerozolimskie 65/79, 00-679 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Przeprowadzenie szkoleń dla pracowników JOPiS z aplikacji dziedzinowych SI POMOST*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 28 września 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2012 r. pod numerem 2012/S 190-312853.

Wykonawca Combidata Poland Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 12, 81-777 Sopot w dniu 12 października 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 3 ust. 3 ustawy Pzp,
- art. 30 ust. 4 ustawy Pzp,
- art. 36 ustawy Pzp,
- art. 6 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie niniejszego postępowania względnie:
- nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej również: „*SIWZ*”) na umożliwiające zachowanie zasady uczciwej konkurencji tj. wskazanie warunków dla posiadania odpowiedniej ilości osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał na następujące postanowienia SIWZ:

W Rozdziale 3.1 - Warunki udziału w postępowaniu, w punkcie 1 litera b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano wymagania dotyczące potencjału technicznego w zakresie koniecznych umiejętności trenerów: dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zespołem osobowym, który będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, posiadającym niżej wymienione kwalifikacje zawodowe, wykształcenie i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, w tym: dla części nr II zamówienia - b) trenerzy (co najmniej: 45 osób), posiadający co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT, wiedzę z obsługi oprogramowania OU POMOST oraz oprogramowania go zastępującego potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania.

W ocenie Odwołującego tak ustalone warunki wskazują jednoznacznie, że wykonawcą zamówienia może być wyłącznie producent oprogramowania OU POMOST - Sygnity SA z siedzibą w Warszawie bądź podmiot ściśle współpracujący z tym producentem. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie dopuścił możliwości wykonania zamówienia przez podmioty nie posiadające doświadczenia i trenerów posiadających aktualne certyfikaty Sygnity SA. Przede wszystkim znajomość oprogramowania zastępującego OU POMOST oznacza – według Odwołującego - wyłącznie znajomość oprogramowania OU POMOST, albowiem nie istnieje oprogramowania zastępujące, przy czym oprogramowanie zastępujące nie jest rozwiązaniem równorzędnym w rozumieniu art. 30 ust.4 ustawy Pzp. Ponadto budziło wątpliwości Odwołującego zawężenie wykonawców do tych, którzy dysponują zasobem trenerów posiadających aktualne certyfikaty producenta oprogramowania, Sygnity S.A. - producent OU POMOST (w tym także oprogramowania zastępującego) umieścił na swojej stronie internetowej dopiero 3 października 2012 r. (w dniu ukazania się ogłoszenia w Urzędowym Dzienniku Unii Europejskiej) zasady certyfikacji trenerów bez wskazania merytorycznego zakresu wiedzy koniecznej do uzyskania certyfikatu. Dodatkowo z tejże strony wynika, że egzamin pozwalający na uzyskanie certyfikatu odbyć miał się 19 listopada 2012 r. a zatem po terminie składania ofert. Zatem określone warunki certyfikacji uniemożliwiają potencjalnym wykonawcom, uzyskać wymagane umiejętności (pozyskać konieczną liczbę certyfikowanych trenerów) do dnia składania ofert. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający wymagał, aby informacja o ważności certyfikatu była zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania. Tymczasem na stronie internetowej Sygnity S. A. - producenta oprogramowania, nie istnieje żadna lista certyfikatów. Odwołujący usiłował ustalić, czy takowa lista ukaże się. W odpowiedzi uzyskał zapewnienie, że nie jest to możliwe z uwagi na zastrzeżenie posiadaczy certyfikatów dotyczące ochrony ich danych osobowych. W ten

sposób nie jest możliwe nawet pozyskania trenerów w celu wykazania posiadania odpowiedniej ilości osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zatem wyłącznie Sygnity S. A. i ściśle z nią współpracujący partnerzy mogą dysponować potencjałem osobowym wymaganym przez Zamawiającego. Ograniczenie to wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, a nawet istnienie „zmowy przetargowej” pomiędzy Zamawiającym a producentem oprogramowania. Ustalone wymagania w zakresie trenerów uprawnionych do przeprowadzenia szkoleń dla pracowników JOPiIS z aplikacji dziedzinowych SI POMOST wskazują na wyeliminowanie konkurencji na rynku.

Dla części nr III zamówienia: b) trenerzy (co najmniej: 10 osób), posiadający(a): co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT, wiedzę z obsługi oprogramowania TT-POMOC potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania. W tym wypadku, podobnie jak wyżej, istnieją wyraźne ograniczenie w możliwości uzyskania wymaganej ilości trenerów. Na stronie TOP - TEAM TT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ukazała się informacja o możliwości zgłoszeń do certyfikacji, jednakże nie określono zasad certyfikacji, co uniemożliwia przystąpienie do takiej certyfikacji. Zatem zaproszenie do składania zgłoszeń jest fikcyjne. Na stronie TOP - TEAM TT Sp. z o.o. istnieje wprawdzie Regulamin Oceny, który zawiera zasady przyznawania i ważności certyfikatu, jednakże tylko systemu POMOST. Ograniczenie to wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, a nawet istnienie „zmowy przetargowej” pomiędzy Zamawiającym a producentem oprogramowania. Ustalone wymagania w zakresie trenerów uprawnionych do przeprowadzenia szkoleń dla pracowników JOPiIS z aplikacji dziedzinowych SI POMOST wskazują na wyeliminowanie konkurencji na rynku.

Dla części nr IV zamówienia: b) trenerzy (co najmniej: 5 osób), posiadający(a): co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT, wiedzę z obsługi oprogramowania OPIEKA/RODZINY ZASTĘPCZE potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania. Producentem oprogramowania OPIEKA/RODZINY ZASTĘPCZE jest Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Spółka z o.o. w Koszalinie. Do daty składania odwołania brak było warunków certyfikacji, w tym także terminu egzaminów certyfikujących.

Podobnie jak w przypadku Sygnity S. A., i TOP - TEAM TT Sp. z o.o. na stronie Zakładu Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Spółka z o.o. producenta oprogramowania OPIEKA/RODZINY ZASTĘPCZE brak jest listy certyfikowanych trenerów umożliwiającej weryfikację potencjalnych osób wyznaczonych do realizacji szkoleń.

Ograniczenie to wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, a nawet istnienie „zmowy przetargowej” pomiędzy Zamawiającym a producentem oprogramowania. Ustalone wymagania w zakresie trenerów uprawnionych do przeprowadzenia szkoleń dla pracowników JOPiIS z aplikacji dziedzinowych SI POMOST wskazują na wyeliminowanie konkurencji na rynku.

Dla części nr V zamówienia - b) trenerzy (co najmniej: 10 osób), posiadający (a): co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT, wiedzę z obsługi oprogramowania HELIOS - POMOC SPOŁECZNA potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania. Producentem oprogramowania HELIOS - POMOC SPOŁECZNA jest INFO-R Spółka Jawna, K..... U....., K..... R..... z siedzibą w Pogórze (Skoczów). Na stronie tego producenta brak informacji o warunkach certyfikacji a także listy certyfikowanych trenerów. Ograniczenie to wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji, a nawet istnienie „zmowy przetargowej” pomiędzy Zamawiającym a producentem oprogramowania. Ustalone wymagania w zakresie trenerów uprawnionych do przeprowadzenia szkoleń dla pracowników JOPiIS z aplikacji dziedzinowych SI POMOST wskazują na wyeliminowanie konkurencji na rynku. W świetle art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (tzw. "zmowa przetargowa"). Nie ulega wątpliwości, iż działanie takie w świetle dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, nr 153, poz. 1503 ze zm.) jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Na rozprawie Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie - nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 15 października 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 18 października 2012 r. zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Comp S. A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego;
- Sygnity S. A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Comp S. A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (zwanego dalej: „Przystępującym Comp”) oraz wykonawcy Sygnity S. A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (zwanego dalej: „Przystępującym Sygnity”).

Ponadto Izba ustaliła, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej: „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

- Rozdział 3.1 - Warunki udziału w postępowaniu, w punkcie 1 litera b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano wymagania dotyczące potencjału technicznego w zakresie koniecznych umiejętności trenerów: dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. zespołem osobowym, który będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, posiadającym niżej wymienione kwalifikacje zawodowe, wykształcenie i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, w tym: dla części nr II zamówienia - b) trenerzy (co najmniej: 45 osób), posiadający co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT, wiedzę z obsługi oprogramowania OU POMOST oraz oprogramowania go zastępującego potwierdzoną certyfikatem wystawionym

przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania;

- dla części nr III zamówienia: b) trenerzy (co najmniej: 10 osób), posiadający(a): co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT, wiedzę z obsługi oprogramowania TT-POMOC potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania;

- dla części nr IV zamówienia: b) trenerzy (co najmniej: 5 osób), posiadający(a): co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT, wiedzę z obsługi oprogramowania OPIEKA/RODZINY ZASTĘPCZE potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania;

- dla części nr V zamówienia - b) trenerzy (co najmniej: 10 osób), posiadający (a): co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe, co najmniej 3 letnie doświadczenie w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT, wiedzę z obsługi oprogramowania HELIOS - POMOC SPOŁECZNA potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania.

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dołączył modyfikację SIWZ. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w następujący sposób:

W punkcie 3.1.1 ppkt 1 lit. B dla części U w lit. b) tiret 3 SIWZ z:

*„wiedzę z obsługi oprogramowania OU POMOST oraz oprogramowania go zastępującego potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania,”* na:

*„wiedzę z obsługi oprogramowania OU POMOST oraz oprogramowania go zastępującego potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania z zaznaczeniem jego rodzaju; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował osobami posiadającymi każdy rodzaj certyfikatu, tj. „instalacja i administracja”, „zadania powiatu”, „zadania gminy. Powyższy warunek musi być spełniony łącznie przez zespół trenerów, tj. nie jest wymagane że każdy trener musi posiadać certyfikaty wszystkich rodzajów.”*



W punkcie 3.1.1 ppkt 1 lit. B dla części III w lit. b) tiret 3 SIWZ z:

*„wiedzę z obsługi oprogramowania TT-POMOC oraz oprogramowania go zastępującego potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania,” na:*

*„wiedzę z obsługi oprogramowania TT-POMOC potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania z zaznaczeniem jego rodzaju; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował osobami posiadającymi każdy rodzaj certyfikatu, tj. „instalacja i administracja”, „zadania powiatu”, „zadania gminy”. Powyższy warunek musi być spełniony łącznie przez zespół trenerów, tj. nie jest wymagane że każdy trener musi posiadać certyfikaty wszystkich rodzajów.”*

W punkcie 3.1.1 ppkt 1 lit. B dla części IV w lit. b) tiret 3 SIWZ z:

*„wiedzę z obsługi oprogramowania OPIEKA/RODZINY ZASTĘPCZE oraz oprogramowania go zastępującego potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania,” na*

*„wiedzę z obsługi oprogramowania OPIEKA/RODZINY ZASTĘPCZE potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania z zaznaczeniem jego rodzaju; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował osobami posiadającymi każdy rodzaj certyfikatu, tj. „instalacja i administracja”, „zadania powiatu”, „zadania gminy”. Powyższy warunek musi być spełniony łącznie przez zespół trenerów, tj. nie jest wymagane że każdy trener musi posiadać certyfikaty wszystkich rodzajów.”*

W punkcie 3.1.1 ppkt 1 lit. B dla części V w lit. b) tiret 3 SIWZ z:

*„wiedzę z obsługi oprogramowania HELIOS - POMOC SPOŁECZNA oraz oprogramowania go zastępującego potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania,” na:*

*„wiedzę z obsługi oprogramowania HELIOS - POMOC SPOŁECZNA potwierdzoną certyfikatem wystawionym przez producenta ww. oprogramowania z zaznaczeniem jego rodzaju; informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował osobami posiadającymi każdy rodzaj certyfikatu, tj. „instalacja i administracja”, „zadania*

*gminy". Powyższy warunek musi być spełniony łącznie przez zespół trenerów, tj. nie jest wymagane że każdy trener musi posiadać certyfikaty wszystkich rodzajów."*

Wymóg dotyczący konieczności zamieszczenia - informacji o ważności certyfikatu - na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania nie został przez Zamawiającego zmieniony.

Zamawiający broniąc swojego stanowiska powołał się na umowy zawarte w dniu 22 marca 2012 r. z poszczególnymi producentami polegające na opracowaniu programu szkolenia dla pracowników Jednostek Organizacyjnych Pomocy i Integracji Społecznej z obsługi oprogramowania dziedzinowego i oprogramowania go zastępującego.

Izba rozpatrzyła zarzut odwołania dotyczący naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wobec kwestionowanych postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu.

Na wstępie Izba zauważa, że sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz adekwatny do przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika z przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ma prawo stawiania wymagań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednakże w pewnych granicach, tak aby dzięki nim mógł ustalić czy wykonawca m. in. dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, odnosząc swoje wymagania wyłącznie do konkretnego postępowania w ramach którego stawiany jest warunek. Powyższe granice wyznacza przedmiot zamówienia. Zamawiający ściśle związany jest przedmiotem i wartością zamówienia co wyraźnie wynika z art. 44 ust. 2 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, wedle którego: *„(...) minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia”*.

Ponadto opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza cel jakemu służy i do jakiego został powołany w

niniejszym postępowaniu, a który sprowadza się do wyłonienia rzetelnego oraz wiarygodnego wykonawcy zdolnego wykonać przedmiotowe zamówienie.

Niezależnie od ograniczeń zawartych w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający związany jest również treścią art. 7 ustawy Pzp. Stawiany warunek oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału nie może ograniczać konkurencji i prowadzić do złamania zasady równości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba biorąc pod uwagę treść uzasadnienia odwołania uznała, iż – biorąc pod uwagę, że Zamawiający przy kształtowaniu treści warunku związany jest również dyspozycją art. 7 ustawy Pzp – zatem zarzut został przez Odwołującego sprecyzowany – pomimo nie przywołania treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp – a poprzez kwestionowanie zasadności postawionego warunku jako ograniczającego konkurencję wykonawcom zamierzającym wziąć udział w niniejszym postępowaniu.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Izba ustaliła co następuje:

Nie ulega wątpliwości, że dokonany przez Zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału jest związany z przedmiotem zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że skoro Zamawiający zdecydował się na przeprowadzenie niniejszego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, to ponosi konsekwencje wyboru trybu – i argumentacja Zamawiającego, że uprawniony był do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki pozostaje w zakresie niniejszego sporu bez znaczenia.

Po drugie w ocenie Izby wymaganie Zamawiającego zawarte w pkt 3.1.1.B- aby *„informacja o ważności certyfikatu była zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania”* – ogranicza konkurencję w niniejszym postępowaniu.

Należy zauważyć, że wymóg w postaci konieczności zamieszczenia takiej informacji na stronie internetowej producenta nie jest wymogiem bezpośrednio skierowanym do wykonawcy, spełnienie tego wymogu nie jest uzależnione od wykonawcy, który zamierza przystąpić do postępowania. Izba zwraca uwagę, że przy tak skonstruowanym warunku, mogłaby zaistnieć sytuacja w której producent nie zamieszczając informacji na stronie – pomimo posiadania przez osobę ważnego certyfikatu – doprowadziłby do wykluczenia wykonawcy legitymującego się taką osobą w załączonym do ofercie wykazie. Ponadto taki wymóg stanowiłby – na etapie oceny ofert – trudności w ocenie złożonych ofert.

Zamawiający de facto dokonywałby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu o informację które nie pochodziłyby bezpośrednio od wykonawcy. W ocenie Izby wykonawca podejmując decyzję o przystąpieniu do postępowania ma wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W przypadku niewykazania spełnienia warunku sankcją jest wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – co oznacza, że wykonawca ma wykazać spełnienie warunku w oparciu o dokumenty i oświadczenia złożone w toku postępowania, nie zaś o informacje - zamieszczone przez inny podmiot (w tym przypadku producenta) – pochodzące od innego konkurencyjnego podmiotu. Argumentem przemawiającym za tym, że postanowienie: *„informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania”* może ograniczać konkurencję było to, że treść informacji zamieszczana przez producenta na stronach internetowych w żaden sposób nie była uzależniona od wykonawcy zamierzającego przystąpić do postępowania na *„Przeprowadzenie szkoleń dla pracowników JOPiIS z aplikacji dziedzinowych SI POMOST”*. Zatem w przypadku niezamieszczenia informacji dotyczącej ważności certyfikatu na stronie internetowej producenta, konsekwencje zaniechań producenta w tym przedmiocie ponosiłby wykonawca (niezależnie od treści umów zawartych z producentem i jego obowiązków) – co w ocenie Izby w świetle dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Po trzecie Izba zwróciła również uwagę, że w przypadku, gdyby osoba, posiadająca taki certyfikat producenta oprogramowania – wymagany przez Zamawiającego specyfikacją – w następnej kolejności nie wyraziła zgody na zamieszczenie informacji dotyczących jej danych osobowych – w takiej sytuacji – jak twierdził Zamawiający i Przystępujący Sygnity producent zamieściłby na stronie internetowej wyłącznie numer certyfikatu. Zamawiający zatem dokonując oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu mógłby mieć trudności z ustaleniem czy osoba wskazana w wykazie w rzeczywistości legitymuje się tym certyfikatem. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający dokonuje oceny złożonych ofert w oparciu o oświadczenia i dokumenty przedstawione przez wykonawcę, dlatego też Zamawiający powinien rozważyć wykreślenie postanowienia: *„informacja o ważności certyfikatu musi być zamieszczona na stronie internetowej producenta ww. oprogramowania”* a w następnej kolejności doprecyzowanie warunku i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Po czwarte – ograniczenie konkurencji w tym postępowaniu sprowadza się również do tego, że wykonawca starając się o uzyskanie - od producenta oprogramowania - wymaganego warunkiem certyfikatu zobowiązany jest już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia – nie mając jeszcze pewności czy uzyska przedmiotowe zamówienie

– do poniesienia stosownych kosztów. Jak wskazano za uzyskanie certyfikatu wykonawca zobowiązany był do uiszczenia producentowi Sygnity S. A. kwoty około 900 zł bez podatku VAT (za trzy poziomy certyfikacji). Biorąc pod uwagę treść postawionego warunku, - t.j. np. wykazania się czterdziestoma pięcioma trenerami posiadającymi taki certyfikat, jak również biorąc pod uwagę okoliczność, że na rynku nie występuje wielu fachowców posiadających taki certyfikat – zatem powyższe prowadziłyby do konieczności przystąpienia do procesu certyfikacji i poniesienia kosztów w wysokości około 900 zł na rzecz producenta. Tak przyjęta konstrukcja warunku, przy której z jednej strony wykonawca nie może pozyskać z rynku fachowców, z drugiej strony zobowiązany jest do poniesienia kosztów na rzecz producenta prowadzi do ograniczenia konkurencji, dlatego też Zamawiający powinien rozważyć zmianę postanowień specyfikacji analogicznie co do poszczególnych warunków w ten sposób, aby w nadmierny sposób nie narażać wykonawców na koszty wiążące się z przystąpieniem do tego postępowania. Ewentualnie rozważyć należy czy bardziej zasadnym byłoby obniżenie wymagań na etapie spełniania warunku udziału (zrównując warunek do wymogów, które należy spełnić chcąc przystąpić do procesu certyfikacji) w postaci np. – minimum trzyletniego doświadczenia w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT oraz minimum średniego wykształcenia - a wymaganie dotyczące wykazania się stosownym certyfikatem przenieść na etap podpisania umowy (już z wybranym wykonawcą).

Po piąte postawione warunki - jak i opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – są również nieprecyzyjne w swej treści (t.j. wymaganie posiadania co najmniej 3 letniego doświadczenia w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT), gdyż nie wskazują iloma szkoleniami – czy też może tylko jednym szkoleniem – należy wykazać w tym postępowaniu, i w jaki sposób Zamawiający zamierza powyższe zweryfikować.

Po szóste wątpliwości Izby budzi również to, że informacje dotyczące terminów szkoleń - posiadanego już przez Zamawiającego oprogramowania – zamieszczane były wyłącznie na stronie producenta. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający w taki sposób dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału i to on będąc gospodarzem tego postępowania jest za nie odpowiedzialny – niezależnie od zawartych w dniu 22 marca 2012 r. umów z poszczególnymi producentami – powinien informacje te (analogicznie jak to uczynił w przypadku szkoleń z zakresu OU POMOST) zamieścić na swojej stronie internetowej, aby wykonawcy mieli większy dostęp do tych informacji i aby zapobiegać w ten sposób sytuacjom, w której to producent nie dopuszcza, któregoś z wykonawców do procesu certyfikacji.

Analogicznie Zamawiający powinien zadbać, aby co do innych producentów zamieszczono stosowne informacje na stronie internetowej Zamawiającego – poprzez wskazanie wykonawcom terminów tych szkoleń. Ewentualnie rozważyć obniżenie wymagań na etapie spełniania warunku udziału (zrównując warunek do wymogów, które należy spełnić chcąc przystąpić do procesu certyfikacji) w postaci np. – minimum trzyletniego doświadczenia w prowadzeniu szkoleń z zakresu IT oraz minimum średniego wykształcenia.

Po siódme Zamawiający powinien zauważyć rozbieżności w treści postawionego warunku z wymaganiami producenta - w zakresie procesu certyfikacji jak również z informacjami zawartymi na stronie internetowej, które należy spełnić, chcąc przystąpić do niniejszego postępowania.

Ponadto – na marginesie Izba dodaje, iż - Zamawiający powinien w sposób precyzyjny skonstruować załączniki do SIWZ, tak aby w przyszłości zapobiegać sytuacjom, w których nie będzie możliwości zweryfikowania czy wskazana przez wykonawcę osoba posiada faktycznie certyfikat.

Zdaniem Izby, nie potwierdził się stawiany przez Odwołującego zarzut istnienia „zmowy przetargowej” i w konsekwencji naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, nr 153, poz.1503 ze zm.).

Na marginesie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a przywołane przez Odwołującego orzecznictwo odnosiło się do etapu oceny złożonych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na względzie Izba nakazuje Zamawiającemu modyfikację ww. postanowień ogłoszenia i SIWZ oraz uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami stosownie do wskazanych w uzasadnieniu wytycznych.

Zatem, konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego m. in. przepisów art. 7 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże z ograniczeniem ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....