

WYROK
z dnia 27 grudnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**
 Małgorzata Rakowska
 Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2012 roku przez NextiraOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Chmielnej 85/87, 00-805 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szamockiej 3, 5, 01-748 Warszawa,

przy udziale Wykonawców:

- Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy alei Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa,
- Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy alei Jerozolimskich 56c, 00-803 Warszawa,

- ATM Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Grochowskiej 21a, 04-186 Warszawa,

- Ventus Communications Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Swobodnej 12, 60-391 Poznań

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

oraz

przy udziale Wykonawców:

- Trecom Sp. z o.o. S.K. A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Mokotowskiej 4/6, 00-641 Warszawa,
- Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szturmowej 2A, 02-678 Warszawa,
- ZETO RZESZÓW Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Rejtana 55, 35-326 Rzeszów

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę NextiraOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Chmielnej 85/87, 00-805 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NextiraOne Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Chmielnej 85/87, 00-805 Warszawa 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie przy ulicy Szamockiej 3, 5, 01-748 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na *dostawę i wdrożenie przełączników sieciowych LAN w Terenowych Jednostkach Organizacyjnych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 230-378777.

6 grudnia 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”), wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 22 ust. 4 ustawy przez dokonanie opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co spowodowało naruszenie interesu Odwołującego się, ponieważ Odwołujący zamierza ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej zmiany treści ogłoszenia i sformułowanie go w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w szczególności przez wprowadzenie maksymalnego limitu punktów, które Wykonawca może uzyskać zgodnie z Sekcją II ust. 3 pkt 1) i 2) ogłoszenia, nie wyższego, niż łącznie 50 punktów .

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sekcji II ust. 2 ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu zawarła następujące wymaganie *Zamawiający spośród Wykonawców, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu wyłoni Wykonawców, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,*

wykonali co najmniej jedną umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto).

Jak natomiast wynika z sekcji II ust. 3 pkt 1) i pkt 2) ogłoszenia, Wykonawca, który spełni ww. warunek otrzyma 1 pkt. Za każdy kolejny pełen 1 000 000 PLN (brutto) dot. dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN w ramach tej samej umowy, Wykonawca otrzyma dodatkowo -1 pkt.

Każda kolejna umowa spełniająca ww. warunek, którą wykaże Wykonawca będzie oceniona zgodnie z niżej opisanym kryterium przyznawania punktów, tj. za umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto) oraz minimum 2 letni okres gwarancji Wykonawca otrzyma - 5 pkt, za każdy kolejny pełen 1 000 000 PLN (brutto) dot. dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN w ramach tej samej umowy Wykonawca otrzyma dodatkowo 1 pkt.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem sekcji II ust. 4 ogłoszenia, do złożenia ofert Zamawiający zaprosi 5 wykonawców, którzy otrzymają największą liczbę punktów. Odwołujący wskazał, że w przedstawionych zasadach klasyfikacji wykonawców, Zamawiający nie wprowadził jakiegokolwiek górnej granicy punktacji. Zamawiający nie zdefiniował też jakichkolwiek innych warunków, których stopień spełnienia byłby oceniany zgodnie z art. 51 ust. 2 ustawy. Jedynym kryterium klasyfikującym wykonawców jest więc wartość wykonanej umowy lub umów.

Odwołujący wskazał skutki opisanego powyżej mechanizmu: skutek postawienia omawianego warunku oraz opisanych wyżej zasad jego oceny, w przedmiotowym postępowaniu preferowani są wykonawcy, którzy wykonali wdrożenia o bardzo dużej wartości, co - w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego - prowadzi do zaproszenia do złożenia ofert wykonawców, którzy wykazali wykonanie wdrożeń o wartości i skali znacząco większej od przedmiotowego zamówienia, a więc nieadekwatnej i nieproporcjonalnej do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosi, że obowiązek sformułowania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, oznacza, że Zamawiający powinien warunki te zdefiniować tak, by w żadnym z trybów (a w szczególności w trybie podstawowym, jakim jest tryb przetargu ograniczonego),

nie był preferowany podmiot, który jest w stanie wykazać doświadczenie w realizacji zamówień o wartości i wielkości wielokrotnie wyższej, niż wartość przedmiotu zamówienia, a więc doświadczenie nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a przy tym obiektywnie niepotrzebne Zamawiającemu, bowiem nadmierne w stosunku do skali projektu, który faktycznie ma być zrealizowany. Tymczasem opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który w przetargu ograniczonym jednoznacznie promuje wyłącznie wartość wykonanych wdrożeń, niezależnie od tego, czy jest ona porównywalna do wartości przedmiotu zamówienia, czy też jest od niego wielokrotnie większa, prowadzi do skutku w postaci eliminacji z postępowania wykonawców, którzy w toku bieżącej działalności realizują należycie projekty o niższej wartości, ale odpowiadające wartością i skalą przedmiotowi zamówienia. Drugi, bardzo istotny skutek omawianego mechanizmu polega na tym, że jeżeli istnieje na rynku podmiot, który wykonał nadzwyczaj duże zamówienie lub zamówienia (np. o skali niespotykanej w warunkach europejskich), to w łatwy sposób może on zdecydować o losach całego postępowania, udostępniając swoje doświadczenie czterem podmiotom, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy. W takiej sytuacji realna konkurencja w postępowaniu de facto nie istnieje, ponieważ wykonawcy, którzy nie chcą wejść w porozumienie ze wspomnianym podmiotem, nie są w stanie przedstawić w wykazie wykonanych dostaw zamówień, które mogą zapewnić zaproszenie do składania ofert, wystąpienie tego skutku jest okolicznością, którą Zamawiający niewątpliwie powinien mieć na uwadze formułując opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu, nie tylko z uwagi na konieczność zapewnienia zgodności tego opisu z przepisami prawa zamówień publicznych, lecz także ze względu na dbałość o należyte dysponowanie środkami publicznymi i dyscyplinę finansów publicznych.

Przewidziana przez Zamawiającego ocena warunków udziału w postępowaniu może doprowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, a więc warunki te oraz sposób ich oceny, zostały zdefiniowane w sposób sprzeczny z art. 7 ust. 1 ustawy. Zarzut, który stawia Odwołujący w tym wypadku jest następujący - mechanizm przewidziany przez Zamawiającego ułatwia, czy wręcz prowokuje zawarcie przez Wykonawców porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. nr 50 poz. 331 ze zmianami), dalej zwanej „uokik” i popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej zwanej uznk).

Argument, który wielokrotnie w zbliżonych sytuacjach był podnoszony przez Zamawiających w celu obrony przed podobnymi zarzutami, jest taki, że przecież na obecnym etapie

postępowania nie wiadomo jeszcze, czy omawiany mechanizm zostanie w nieuczciwy sposób wykorzystany przez wykonawców i czy wykonawcy wejdą w porozumienie zakazane na gruncie przepisów uokik, a nawet jeżeli tak będzie, to Zamawiający posiada instrumenty, którymi może się bronić, jak np. odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Spodziewając się podobnej argumentacji ze strony Zamawiającego, Odwołujący stwierdza, że jest ona w omawianym przypadku chybiona, ponieważ: Zamawiający ma obowiązek prowadzenia postępowania w sposób „zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji” (art. 7 ust. 1 ustawy), co oznacza, że powinien wykluczyć wszelkie elementy, które umożliwiają zachowania niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, a nie powinien wprowadzać warunków, które mogą ułatwiać wykonawcom zachowania niekonkurencyjne; Zamawiający ma nie tyle przypuszczenie, co w zasadzie pewność, że dojdzie do sytuacji, w której w grupie wykonawców zaproszonych do składania ofert znajdą się podmioty dysponujące „użyczonym” w trybie art. 26 ust. 2b ustawy doświadczeniem, polegającym na wykonaniu wdrożeń o niespotykanej dużej skali. Zamawiający prowadził już bowiem postępowanie o bardzo zbliżonym przedmiocie i skali, w którym wprowadził zasady kwalifikacji wykonawców oparte na tej samej zasadzie, co kwestionowana w niniejszym odwołaniu. W postępowaniu tym wpłynęły 24 wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pochodzące od większości liczących się polskich i międzynarodowych firm zajmujących się wdrożeniami tego rodzaju rozwiązań informatycznych, przy czym firmy takie, jak: Asseco Systems, ATM Systemy informatyczne, ComArch, Hewlett - Packard Polska, PTK Centertel, Telekomunikacja Polska (a zatem czołowe polskie firmy specjalizujące się w podobnych projektach), otrzymały między 51 a 310 punktów. Pierwszych pięć miejsc zostało natomiast zajętych przez: Trecom - 2821 punktów, Unizeto Technologies - 2814 punktów, Zeto Rzeszów - 2814 punktów, Centrum Informatyki Zeto - 2814 punktów oraz Logon - 2814 punktów. Powyżej wskazane różnice w punktacji były spowodowane tym, iż pięciu najwyższej ocenionych Wykonawców przedstawiło w wykazach wykonanych dostaw dokładnie te same projekty, o bardzo dużej wartości, powołując się na doświadczenie udostępnione w trybie art. 26 ust. 2b ustawy. Każda z pierwszych pięciu firm powołała się na następujące referencje wystawione przez: China Mobile - dot. zamówienia o wartości 131.476.000,00 zł China Telecom - dot. zamówienia o wartości 184.693.000,00 zł China Telecom - dot. zamówienia o wartości 626.080.000,00 zł China Unicom - dot. zamówienia o wartości 563.472.000,00 zł China Unicom - dot. zamówienia o wartości 1.314.768.000,00 zł (kwoty przeliczone wg kursu 1USD = 3,1304 PLN wg tabeli 167/A/NBP z 27 sierpnia 2010 r.). W prowadzonym poprzednio postępowaniu, oferty zostały ostatecznie złożone przez trzech wykonawców:

Trecom, który zaoferował cenę 41.125.788,81 zł brutto, Zeto-Rzeszów, które zaoferowało cenę 55.161.720,49 zł brutto oraz Logon, który zaoferował cenę 43.882.227,20 zł brutto. Odwołujący, będący partnerem Cisco Systems o najwyższym poziomie partnerstwa, stwierdza, że ceny zaoferowane przez Zeto - Rzeszów za urządzenia Cisco Systems były znacząco zawyżone w stosunku do cen rynkowych. Takie same urządzenia, w tej samej konfiguracji i z tym samym pakietem usług, oraz kalkulując rynkową marżę, można było zaoferować za cenę o kilka milionów złotych tańszą. Oznacza to, że gdyby oferty obejmowały rynkowe ceny, to Zamawiający zapłaciłby cenę znacząco niższą, niż faktycznie uzyskana w wyniku przetargu; Zamawiający, w ocenie Odwołującego, ma więc wiedzę, że w przedmiotowym postępowaniu z bardzo dużym prawdopodobieństwem może dojść do ograniczenia konkurencji i z bardzo dużym prawdopodobieństwem szansy na złożenie oferty mogą zostać pozbawione czołowe polskie firmy informatyczne, które w rzeczywistości posiadają nie budzącą wątpliwości realną zdolność do wykonania przedmiotowego zamówienia. Wprowadzony przez Zamawiającego i kwestionowany w niniejszym odwołaniu mechanizm oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powoduje więc, że w postępowaniu dojdzie do nieuzasadnionej jakimikolwiek potrzebami Zamawiającego eliminacji z postępowania grupy wykonawców, co w świetle konsekwentnej linii orzeczniczej Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych oraz Sądu Najwyższego, przesądza o dyskryminacyjnym charakterze postępowania.

Odwołujący nie przesądza, czy w prowadzonym poprzednio postępowaniu doszło do zмовy cenowej pomiędzy wykonawcami, którzy zostali zaproszeni do składania ofert. Niewątpliwie można wskazać okoliczności, które mogą sugerować taką zмовę - zdaniem Odwołującego, są to przede wszystkim: (a) fakt, iż pięciu Wykonawców posłużyło się tym samym „doświadczeniem” użyczonym przez ten sam podmiot, co wskazuje na porozumienie pomiędzy nimi, (b) fakt, iż tylko trzech z pięciu wykonawców zaproszonych złożyło oferty, co znów wskazuje na działanie w porozumieniu i brak zamiaru rzeczywistego konkurowania przez co najmniej dwóch spośród składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, (c) fakt, iż ceny ofert odbiegają od cen rynkowych na niekorzyść Zamawiającego, w szczególności cena oferty opartej o urządzenia Cisco Systems została w ocenie Odwołującego znacząco zawyżona w stosunku do możliwej do zaoferowania. Odwołujący nie dysponuje jednak żadnym dowodem, który przesądziłby, że istotnie między wspomnianymi wyżej Wykonawcami zostało zawarte porozumienie i że jego celem było ustalenie i zawyżenie cen w przetargu. Kwestia ta była badana przez KIO po złożeniu wniosków, przy czym wówczas Izba nie uwzględniła odwołania opartego na zarzucie naruszenia konkurencji, prezentując pogląd, iż nie jest kompetentna do orzekania, czy

złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem de facto odmawiając zajęcia merytorycznego stanowiska ze względów formalnych (wyrok z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. KIO 14/11). Należy jednak podkreślić, że krytyczne w przedmiotowej sytuacji nie jest to, czy w poprzednio prowadzonym postępowaniu doszło faktycznie do zawarcia zmowy i do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Kluczowe jest to, że kwestionowany mechanizm oceny wniosków umożliwia jej zawarcie i umożliwia sytuację, w której grupa Wykonawców, działając w oparciu o to samo doświadczenie, które zostało użyte w poprzednim postępowaniu, doprowadzi do wyeliminowania grupy podmiotów, które są w stanie wykonać zamówienie, a tym samym wyłączy w praktyce realną konkurencję na etapie składania ofert. Wprowadzenie takiego mechanizmu nie jest przy tym uzasadnione jakimikolwiek potrzebami Zamawiającego. Trudno bowiem zakładać, by Zamawiający był istotnie zainteresowany zaproszeniem do składania ofert wykonawców, którym „udostępniono doświadczenie” polegające na wykonaniu w Chinach wdrożeń o wartości ponad miliarda złotych, zamiast wykonawców, którzy w Polsce i Europie faktycznie realizują własnymi siłami wdrożenia o wartości odpowiadającej przedmiotowi zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, kwestionowany mechanizm jest nawet nie tyle nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, lecz wprost sprzeczny z jego interesem oraz zasadą racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi. Znając realia rynkowe oraz znając ceny uzyskane w przywołanym powyżej poprzednio prowadzonym postępowaniu, Zamawiający powinien bowiem przewidywać, że ceny, które uzyska w razie powtórzenia się opisanej powyżej sytuacji, będą znacząco wyższe, niż w wypadku realnej konkurencji cenowej między wykonawcami. Niewątpliwie przebieg prowadzonego poprzednio postępowania pokazał jasno, że omawiany mechanizm oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegający na punktowaniu wartości zrealizowanych umów „w nieskończoność”, bez ustawienia granicy na poziomie adekwatnym do wartości przedmiotu zamówienia, prowadzi do wyeliminowania faktycznej konkurencji i skutkuje zawyżeniem cen. Powtarzanie tego samego scenariusza w przedmiotowym postępowaniu jest więc dla Zamawiającego niekorzystne i nie powinno mieć miejsca.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 grudnia 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy– *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający na rozprawie złożył pismo procesowe zawierające stanowisko Zamawiającego, w którym Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 22 ust. 4 ustawy – *Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia* przez dokonanie opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie*

uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej zmiany treści ogłoszenia i sformułowanie go w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w szczególności przez wprowadzenie maksymalnego limitu punktów, które Wykonawca może uzyskać zgodnie z Sekcją II ust. 3 pkt 1) i 2) ogłoszenia, nie wyższego, niż łącznie 50 punktów .

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustaw o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postępowaniu jest konkretyzowany przez Zamawiających w indywidualnych uwarunkowaniach danego postępowania i powinien on być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do tego przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy). Na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu nieograniczona liczba podmiotów decyduje czy ma wolę i będzie ubiegać się o zamówienie. Skonkretyzowany na potrzeby danego zamówienia opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu niewątpliwie stanowi kluczową i szczególną rolę, bowiem to on określa krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie. Określenie przez Zamawiającego opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi zostać dokonane w poszanowaniu równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego a istotą zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego jest wyłonienie wykonawców, na podstawie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu warunków, którzy to wykonawcy w najwyższym stopniu spełniają warunki podmiotowe postawione przez Zamawiającego, i którzy w efekcie tej oceny zostaną zaproszeni do składania ofert (art. 48 ust. 1 pkt 6 ustawy *Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 47, zawiera co najmniej: (...) warunki udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków, a także znaczenie tych warunków*; art. 51 ust. 1 *Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20*) .

Izba ustaliła, że Zamawiający w sposób następujący ukształtował opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu - w zakresie podstawowym tj. umożliwiającym dokonanie

Zamawiającemu oceny „spełnia – nie spełnia” (warunek wejścia) oraz w zakresie umożliwiającym Zamawiającemu dokonanie oceny „punktowej” (warunek oceniany):

- Sekcja III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 230-378777 – *Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełnić niżej wymieniony warunek udziału w postępowaniu: Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto). Umowa na podstawie której dokonana była dostawa i wdrożenie, musi obejmować także minimum 2 letni okres gwarancji (dopuszcza się 2 letni okres gwarancji w trakcie realizacji)* warunek wejścia,
- Sekcja IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu – *Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów (...) Zamawiający spośród Wykonawców, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu wyłoni Wykonawców, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedną umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto). Umowa na podstawie której dokonana była dostawa i wdrożenie, musi obejmować także minimum 2 letni okres gwarancji (dopuszcza się 2 letni okres gwarancji w trakcie realizacji).* 3. *Wyliczenie oceny spełnienia warunku będzie przeprowadzone w następujący sposób: 1) Wykonawca, który spełni ww. warunek otrzyma 1 pkt. Za każdy kolejny pełen 1 000 000 PLN (brutto) dot. dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN w ramach tej samej umowy, Wykonawca otrzyma dodatkowo -1 pkt. Każda kolejna umowa spełniająca ww. warunek, którą wykaże Wykonawca będzie oceniona zgodnie z niżej opisanym kryterium przyznawania punktów, tj. za umowę obejmującą swoim zakresem dostawę i wdrożenie urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN, do minimum 200 lokalizacji, na łączną wartość dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach rozwiązań LAN i/lub WAN nie mniejszą niż 5 000 000 PLN (brutto) oraz minimum 2 letni okres gwarancji Wykonawca otrzyma - 5 pkt, za każdy kolejny pełen 1 000 000 PLN (brutto) dot. dostawy i wdrożenia urządzeń sieciowych w ramach*

rozwiązań LAN i/lub WAN w ramach tej samej umowy Wykonawca otrzyma dodatkowo 1 pkt.

Izba wskazuje, że dokonanie opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu niezmiennie pozostaje uprawnieniem Zamawiającego, w szczególności w zakresie decyzji jakie warunki uznaje za wystarczające dla zabezpieczenia prawidłowości wykonania jego zamówienia. Obowiązek wynikający z art. 22 ust. 4 ustawy tj. proporcjonalności do przedmiotu zamówienia oraz związania z przedmiotem zamówienia dokonanego przez Zamawiającego opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu uwzględnia się kształtując zarówno warunek wyjścia jak i część, która podlega ocenie (warunek oceniany). W przypadku warunku wyjścia odniesienie zasady proporcjonalności do przedmiotu zamówienia i związania z przedmiotem zamówienia w rozpoznawanej sprawie jest oczywiste i nie budzi wątpliwości, że tak ukształtowany przez Zamawiającego opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie jest nieproporcjonalny i nie jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia, co nie było sporne między Stronami. Spór zasadził się w zakresie tej części opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, która podlega ocenie i dotyczy tego, że ta część jest *nadmierna i nieadekwatna do przedmiotu zamówienia*. Niezbędne w tym miejscu jest odniesienie się do przesłanki proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, bo do takiej odnosi się ustawodawca w art. 22 ust. 4 ustawy. Celem oceny sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, którzy w najwyższym stopniu spełnili wymagania określone przez Zamawiającego, czyli z istoty samego trybu przetargu ograniczonego dochodzi do oceny wykonawców i w wyniku tej oceny sporządzenia rankingu. Tym samym, oczywistym jest, że ocena taka musi być dokonana na podstawie znaczenia (art. 51 ust. 1 ustawy) jakie zostało przypisane przez Zamawiającego i prowadzić do faktycznej oceny wykonawców przy ich zastosowaniu – oczywiste jest, że jedni wykonawcy będą w wyższym stopniu (lepiej) spełniać oceniane warunki, a inni – gorzej.. Odniesienia przesłanki proporcjonalności w opisie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu podlegającego ocenie należy upatrywać w podstawowym zakresie tego wymagania. W tym wypadku wyjściowy opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu podlegający ocenie odpowiada warunkowi wejścia, czyli temu, którego wykonawca musi wykazać spełnienie aby nie zostać wykluczonym z postępowania. Tym samym, jest on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, wręcz można powiedzieć, że jest dużo mniejszy kilkakrotnie mniejszy w stosunku do wymagania jakie określił Zamawiający w opisie sposobu oceny spełnienia warunku a szacunkowej wartości zamówienia wynoszącej 40 460 743,68 zł netto.

Przyznawanie punktów przez Zamawiającego w liczbie 5 za każdą kolejną wykazaną umowę przy założeniu spełnienia wymagań podstawowych oraz przyznawanie po 1 punkcie za wykazanie spełnienia wymagania kwotowego powyżej 5 milionów za każdy kolejnym 1 milion złotych brutto, uwzględniając szacunkową wartość zamówienia, nie stanowi w ocenie Izby naruszenia przepisu art. 22 ust. 4 ustawy przez nieproporcjonalne i niezwiązane z przedmiotem zamówienia określenie opisu sposobu oceny spełnienia warunku. Należy zaznaczyć, że w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. nr 226 poz. 1817) (dalej: rozporządzenie) w § 1 pkt 1 ppkt 3 prawodawca *W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, (...), których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust 2 ustawy zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.* Jednoznacznie prawodawca określa elementy jakie mają być podane przez wykonawców, co w ocenie Izby wskazuje również na to, że wartość wykonanych dostaw, usług może stanowić element podlegający ocenie w zakresie spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, ponieważ jest on w pełni weryfikowalny na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. Uwzględniając powyższe, należy zaznaczyć, że celem oceny wykonawców w przetargu ograniczonym jest utworzenie listy, która w efekcie oddaje faktyczne doświadczenie wykonawców składających wnioski, dlatego też tworzenie pułapu, granicy do jakiej będą przyznawane punkty (w tym przypadku wnioskowane przez Odwołującego 50 punktów) mogłoby prowadzić do niezrealizowania podstawowego celu weryfikacji wykonawców. Nie istnieje ustawowy obowiązek ograniczenia punktowego jakie zostaje wskazane przez Zamawiającego a Odwołujący nie udowodnił, że tak skonstruowany przez Zamawiającego system oceny wykonawców narusza zasadę uczciwej konkurencji. Niezasadnym jest w ocenie Izby argument Odwołującego, jakoby możliwość skorzystania przez wykonawców składających wnioski z regulacji art. 26 ust. 2b ustawy tj. polegania przez wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów doprowadzi do naruszenia konkurencji w związku z ukształtowanym warunkiem punktowym. Izba wskazuje, że idea art. 26 ust. 2b ustawy jest otwarcie konkurencji pomiędzy wykonawcami, tym samym nie jest zasadne czynienie zarzutu z tego, że wykonawcy potencjalnie składający wnioski będą polegać na doświadczeniu innych podmiotów. W orzecznictwie sądów okręgowych kształtuje się obecnie jednolita linia orzecznicza, która przyjmuje za prawidłowe wykazywanie się wykonawcy składającego wniosek o udzielenie zamówienia w zakresie warunku podlegającego punktacji wiedzą i doświadczeniem podmiotów, na których wiedzy i doświadczeniu wykonawca będzie polegać. Należy zaznaczyć, że możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu nie sprowadza się jedynie do czynności wykazania spełnienia warunku czyli fizycznego złożenia dokumentów wraz z wnioskiem – poleganie na wiedzy i doświadczeniu ma być realne w trakcie realizacji zamówienia, udział podmiotu, który wspomaga wykonawcę swoją wiedzą i doświadczeniem ma być faktyczny. To na Zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowej weryfikacji wniosków, ciężar dowodu dysponowania niezbędnymi zasobami w okresie korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia spoczywa na wykonawcy (art. 14 ustawy w zw. z art. 6 kc).

Opis sposobu oceny spełnia warunków udziału w postępowaniu nie został przez Izbę zakwalifikowany jako naruszający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy. Izba wskazuje, że zarzuty odwołania opierają się wyłącznie na spekulacjach i przypuszczeniach Odwołującego, należy tutaj wskazać chociażby dla przykładu twierdzenie *Przewidziana przez Zamawiającego ocena warunków udziału w postępowaniu może doprowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu*. Izba wskazuje że Odwołujący podnosząc takie zarzuty winien na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy przedstawić dowody na potwierdzenie zgłaszanych zarzutów – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na

osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). To na Odwołującym, który twierdził, że działanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 ustawy ciążył obowiązek wykazania, że opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia tym samym narusza zasadę konkurencyjności. Natomiast argumentacja przedstawiona przez Odwołującego skupiła się *de facto* na wykazywaniu powiązań gospodarczych pomiędzy różnymi podmiotami funkcjonującymi na rynku. Wskazać należy, że relacje gospodarcze poszczególnych podmiotów, które mają swoje miejsce zupełnie poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą stanowić uzasadnienia dla naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, bowiem z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych mamy do czynienia w sytuacji, gdy Zamawiający dokona czynności lub zaniecha czynności wbrew obowiązkom lub zakazom zawartym w ustawie. W sytuacji wnoszenia odwołania dotyczącego treści ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z treścią art. 192 ust.2 ustawy Odwołujący winien w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, że działanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy i to w stopniu który może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podniósł również, że określony przez Zamawiającego sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu *może doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (...)* a więc warunki te oraz sposób ich oceny, zostały zdefiniowane w sposób sprzeczny z art. 7 ust. 1 ustawy (...) mechanizm przewidziany przez Zamawiającego ułatwia, czy wręcz prowokuje zawarcie przez Wykonawców porozumienia ograniczającego konkurencję, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. nr 50 poz. 331 ze zmianami), dalej zwanej „uokik” i popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej zwanej uznk). W zakresie tak skonstruowanego zarzutu Izba wskazuje, że na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niesposób jest mówić o zaistnieniu przesłanek z art. 3. ust. 1 uznk oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: