

Sygn. akt: KIO 286/13

**WYROK**  
z dnia 22 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Bartczak-Żuraw

**Członkowie:** Barbara Bettman  
Katarzyna Brzeska

**Protokolant:** Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2013 r. przez **wykonawcę – Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3, 5**, przy udziale **wykonawcy – Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę – Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14**, 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., Nr 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5, 01-748 Warszawa (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Rozwój Platformy Usług Elektronicznych.” Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawę oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 30 stycznia 2013 r. pod numerem 2013/S 021-032591 (dalej „Ogłoszenie”).

W dniu 8 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (dalej „Odwołujący”) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na umieszczeniu w Ogłoszeniu następujących postanowień:

- 1) postanowienia pkt I.1) „Nazwa, adresy i punkty kontaktowe” w związku z pkt III.2.1) „Sytuacja podmiotowa wykonawców...” pkt 8 ppkt 1) i 5),
- 2) postanowienia pkt III.1.2) „Płatność dokonana będzie przelewem w terminie 30 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT”,
- 3) postanowienia pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” ppkt 1 oraz pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 3 w związku z pkt VI.3).3.,
- 4) postanowienia pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 3 „Dysponują lub będą dysponowali osobami ...” lit. a), b), d), e) i g) w zakresie sformułowania "lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy)",
- 5) postanowienia pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia” pkt 1,
- 6) postanowienia pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia” pkt 2,
- 7) postanowienia pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 1 w związku z pkt III.2.3)1,
- 8) postanowienia pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 1 lit. c).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 27 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 48 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wskazanie dwóch różnych adresów e-mail do kontaktu z Zamawiającym oraz poprzez ograniczenie sposobu wniesienia odwołania tylko do formy faksu lub drogą elektroniczną, bez możliwości zachowania formy pisemnej,
- 2) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób nie zapewniający należytej realizacji zamówienia oraz nie będący proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie równego traktowania wykonawców i zapewnienie możliwości weryfikowania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia - wobec czego wykonawcy mogą przedstawiać wiedzę i doświadczenie nie podlegające w praktyce weryfikacji,
- 4) naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nie związany z przedmiotem umowy oraz nie będący proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia,
- 5) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 48 ust. 2 pkt 10) ustawy Pzp poprzez niewystarczający i naruszający uczciwą konkurencję opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze ofert, oraz poprzez niewystarczające określenie kryteriów oraz sposobu (zasad) oceny ofert,

a także innych przepisów ustawy Pzp wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu: modyfikację zapisów Ogłoszenia w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu poprzez wykreślenie zapisów naruszających przepisy ustawy Pzp (w tym naruszających zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) bądź ich zmianę w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący żądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odnosząc się do terminu wniesienia odwołania, Odwołujący wskazywał, że Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 30 stycznia 2013 r. Zatem wniesienie odwołania do dnia 8 lutego 2013 r. oznacza, iż Odwołujący wniósł odwołanie w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazując na interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący podnosił, iż ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane wyżej niezgodne z prawem wymagania powodują, że Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty i tym samym utracić szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wskazane niezgodności Ogłoszenia z przepisami prawa prowadzą do ograniczenia równości podmiotów uczestniczących w postępowaniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy Pzp - może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, że po zapoznaniu się z Ogłoszeniem oraz ogłoszeniem opublikowanym na stronie Zamawiającego stwierdził, iż Zamawiający naruszył przepisy prawa, w związku z czym konieczne stało się wniesienie odwołania.

1. Postanowienia pkt I.1) „Nazwa, adresy i punkty kontaktowe” w związku z pkt III.2.1) „Sytuacja podmiotowa wykonawców...” pkt 8 ppkt 1) i 5) - wskazanie dwóch różnych adresów mailowych jako punktów kontaktowych, ograniczenia co do formy składania kopii odwołań

Zamawiający zgodnie z przepisem art. 48 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp zobowiązany jest podać w Ogłoszeniu nazwę i adres Zamawiającego, przy czym zgodnie ze wzorem formularza ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zobowiązany jest także podać adres e-mail. Należy zatem przyjąć, iż adres e-mail jest po prostu jednym z elementów adresu Zamawiającego, o którym mowa w ww. przepisie ustawy Pzp. Istotne jest jednak, iż Zamawiający może podać tylko jeden adres - a nie kilka adresów, które mogłyby służyć do kontaktów z wykonawcami. A jeśli nawet Zamawiający podaje kilka adresów, to adresy to muszą być traktowane jako adresy równoważne, co oznacza, że złożenie dokumentu, na którykolwiek adres jest dozwolone. Mając jednak na uwadze konstrukcję Ogłoszenia - zawsze wiodącym będzie adres wskazany w pkt I.1) Ogłoszenia, gdyż ten punkt Ogłoszenia ze swej istoty określa adresy (liczba mnoga!) oraz punkty kontaktowe. Oczywistym jest także, że Zamawiający nie może wskazać, iż odwołania można wносить tylko na jakiś inny adres, inny niż wskazany w pkt I.1) Ogłoszenia - tym miejscu Ogłoszenia, w którym zgodnie z obowiązującymi zasadami Zamawiający obowiązany jest podać „adresy i punkty kontaktowe”. Tymczasem Zamawiający w pkt III.2.1) pkt 8 ppkt 5) Ogłoszenia z

niewyjaśnionych przyczyn wskazał, iż odwołania można wnosić tylko i wyłącznie na inny adres - inny, niż wskazany w pkt I.1.) Ogłoszenia. Powyższe narusza przepis art. 48 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, gdyż Zamawiający podał dwa różne adresy, służące jako punkty kontaktowe. Przedmiotowe zapisy pkt III.2.1) pkt 8 ppkt 5) Ogłoszenia naruszają też regulację art. 27 ust. 3 ustawy Pzp. Co prawda ustawodawca przyznaje Zamawiającemu w art. 27 ust. 1 ustawy Pzp prawo wyboru formy kontaktu z wykonawcami: pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną - ale jednocześnie zastrzega, iż wybrany sposób przekazywania oświadczeń nie może ograniczać konkurencji i zawsze dopuszczalna jest forma pisemna (art. 27 ust. 3 ustawy Pzp). Zamawiający w pkt III.2.1) pkt 8 ppkt 5) Ogłoszenia naruszył powyższą regulację - gdyż wskazał, iż w przypadku wniesienia odwołania kopię należy wysłać faksem lub drogą elektroniczną, wyłączając tym samym możliwość złożenia kopii odwołania w formie pisemnej. W przypadku pozostawienia tego zapisu w Ogłoszeniu mogłoby dojść do sytuacji, w której odwołanie zostałoby odrzucone w przypadku, gdyby kopia odwołania została dostarczona Zamawiającemu w formie pisemnej, na dziennik podawczy - w sposób naruszający przedmiotowy zapis Ogłoszenia.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o wykreślenie w całości postanowienia pkt III.2.1) pkt 8 ppkt 5) Ogłoszenia oraz ujednoczenie adresów mailowych, na które wykonawcy przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje.

2. Pkt III.1.2) „Płatność dokonana będzie przelewem w terminie 30 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT” - niezgodność z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie podatku VAT od licencji i sprzedaży majątkowych praw autorskich.

Zapis przedmiotowego punktu Ogłoszenia powoduje, iż w przypadku wynagrodzenia dotyczącego udzielenie licencji lub przeniesienia majątkowych praw autorskich nie będzie możliwe odprowadzenie zgodnie z prawem podatku VAT od tych czynności. Otóż w przypadku podatku VAT zgodnie z przepisem art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.) (dalej „ustawa VAT”) obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi, z zastrzeżeniem ust. 2-21, art. 14 ust. 6, art. 20 i art. 21 ust. 1. Wyjątek od powyższej zasady generalnej dotyczy m. in. usług, o których mowa w art. 27 ust. 4 pkt 1 ustawy VAT, tj. usług sprzedaży praw lub udzielania licencji, sublicencji, przeniesienia lub cesji praw autorskich, patentów, praw do znaków fabrycznych, handlowych, oddania do używania wspólnego znaku towarowego albo wspólnego znaku towarowego gwarancyjnego, albo innych pokrewnych praw. Zgodnie z kolei z przepisem art. 19 ust. 13 pkt 9 ustawy VAT obowiązek podatkowy dla czynności udzielenia licencji/sublicencji czy przeniesienia majątkowych praw

autorskich powstaje z chwilą otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż z upływem terminu płatności określonego w umowie lub fakturze. Tym samym umowa musi w sposób konkretny określać ten termin płatności, w taki sposób, aby w dniu wystawienia faktury znana była data kalendarzowa płatności. Obecny zapis Ogłoszenia nie daje możliwości określenia daty płatności w dacie wystawienia faktury - gdyż termin płatności liczony jest od dnia dostarczenia faktury Zamawiającemu, który to dzień dostarczenia w dniu wystawienia faktury jest terminem przyszłym niepewnym - dostarczenie może mieć miejsce za 1, 2 czy wręcz 7 dni. Skutkiem powyższego wykonawca będący wystawcą faktury nie jest w stanie określić dnia powstania obowiązku podatkowego, co powoduje naruszenie przepisów prawa podatkowego.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił o dodanie w pkt III.1.2) Ogłoszenia zdania drugiego o następującej treści: "W przypadku, gdy płatność obejmuje wynagrodzenie za przeniesienie praw autorskich/udzielenie licencji, płatność dokonana będzie przelewem w terminie 21 dni od daty wystawienia faktury VAT, pod warunkiem, iż Wykonawca doręczy fakturę w terminie nie dłuższym niż 7 dni od dnia wystawienia tej faktury."

Odwołujący podkreślał, że skutkiem powyższej zmiany nie jest skrócenie terminu płatności, ale doprowadzenie do zgodności z prawem podatkowym zapisów przyszłej umowy. Powyższa zmiana nie doprowadzi bowiem do rzeczywistej zmiany terminu płatności wynagrodzenia.

3. Pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” ppkt 1 oraz pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 1 i 2 - zaniechanie skonkretyzowania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia do usług referencyjnych wykonanych na rzecz zamawiających mających siedzibę w krajach Unii Europejskiej i OECD.

Odwołujący zauważał, iż Zamawiający w dwóch miejscach Ogłoszenia określił warunki dla kwalifikacji technicznych:

- w pkt III.2.3) 1 - opisującym warunki udziału w postępowaniu - warunki posiadania wiedzy i doświadczenia,
- w pkt IV. 1.2) ppkt 1 i 2 - opisującym zasady oceny i klasyfikacji wykonawców, gdy warunki udziału spełniać będzie więcej niż 5 wykonawców.

Zdaniem Odwołującego warunki te zostały przez Zamawiającego opisane w sposób niedostateczny. Otóż Zamawiający zobowiązany jest tak formułować warunki udziału w postępowaniu, aby z jednej strony nie ograniczały konkurencji i zapewniały zachowanie

uczciwej konkurencji, z drugiej zaś - aby zapewnić równe traktowanie wykonawców. Słowem - Zamawiający zobowiązany jest tak formułować warunki udziału w postępowaniu, aby zachowane były obie zasady określone w art. 7 ustawy Pzp. Tymczasem obecne określenie warunków udziału w postępowaniu uniemożliwia weryfikację przedstawianych przez wykonawców Wykazów usług - co skutkuje w sposób oczywisty nierównym traktowaniem wykonawców. Weryfikacji tej nie będzie mógł dokonać ani sam Zamawiający, ani też pozostali uczestnicy postępowania. Jak wskazuje dotychczasowa praktyka postępowań o udzielanie zamówień publicznych, wykonawcy w celu wykazania się spełnianiem warunków podmiotowych lub też w celu uzyskania większej ilości punktów na listach kwalifikacyjnych umieszczają w Wykazach usług projekty wykonane na rzecz zamawiających mających siedziby w różnych egzotycznych miejscach świata. Problemem jest to, że nie istnieje praktycznie możliwość weryfikacji wykonania takich usług - czy to należytego ich wykonania, czy to wręcz zakresu usługi. Tymczasem tylko możliwość takiej weryfikacji zapewnia realizację zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego krytycznie ważne jest, aby usługi na rzecz Zamawiającego świadczyły podmioty, których kwalifikacje mogą być rzeczywiście sprawdzane - a zatem koniecznym jest, aby warunki postawione potencjalnemu wykonawcy umożliwiały tę rzeczywistość (a nie tylko formalną) możliwość weryfikacji posiadania wiedzy i doświadczenia przez takiego wykonawcę. Z kolei weryfikowalne są w praktyce tylko takie referencje, które zostały wykonane w krajach, w których przestrzegane są pewne podstawowe zasady demokratycznego państwa prawa. Takimi krajami są państwa będące członkami Unii Europejskiej lub też zrzeszone w OECD. Należy też podkreślić, iż przedmiotowe ograniczenie możliwości przedstawiania referencji w żaden sposób nie narusza zasady konieczności prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Niewątpliwie bowiem istnieje szereg wykonawców, którzy wykonali wskazane przez Zamawiającego usługi na rzecz podmiotów z UE czy OECD. A jednocześnie tylko tacy wykonawcy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia. Skoro bowiem poza Unią Europejską i krajami OECD *de facto* nie istnieją ubezpieczenia społeczne w formie funkcjonującej w Polsce, to i wykazanie się referencjami spoza tych państw nie ma żadnego znaczenia dla Zamawiającego, gdyż nie potwierdza posiadania wiedzy i doświadczenia koniecznego do świadczenia usług na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o dodanie w pkt VI.3) „Informacje dodatkowe” zdania o następującej treści:

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

- Pod pojęciem „wykonania lub rozbudowy systemu” Zamawiający rozumie wykonanie lub



rozbudowę systemu wykonane na rzecz zamawiającego mającego siedzibę na terenie jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD.

- Pod pojęciem „utrzymanie systemu informatycznego” Zamawiający rozumie utrzymanie systemu informatycznego świadczone na rzecz zamawiającego mającego siedzibę na terenie jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD.”

4. Pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 3 „Dysponują lub będą dysponowali osobami...” lit. a), b), d), e) i g) w zakresie sformułowania „lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy)” - określenie warunku udziału w sposób nieprecyzyjny

W pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 3 „Dysponują lub będą dysponowali osobami...” dla specjalistów określonych w lit. lit. a), b), d), e) i g) Zamawiający wymaga, aby specjaliści ci posiadali określone umiejętności, niezbędne dla uzyskania określonych certyfikatów. Zatem Zamawiający nie stawia warunku posiadania przez specjalistów określonych certyfikatów - co jest uznawane przez orzecznictwo KIO za niewłaściwe, ale wyraźnie wskazuje, że wymaga posiadania określonych umiejętności (a nie określonych certyfikatów). Takie zapisy Ogłoszenia należy ocenić jako prawidłowe, zmierzające do równego traktowania wykonawców, którzy oceniani będą przez pryzmat posiadania zespołu o określonych umiejętnościach, a nie - o określonych certyfikatach. Niewątpliwie też poziom umiejętności wymagany przez Zamawiającego od zespołu specjalistów, który będzie realizować przedmiot zamówienia jest powiązany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego. Zastrzeżenia Odwołującego budzi jednak sposób potwierdzenia posiadania przez ww. specjalistów wymaganych umiejętności. Otóż Zamawiający dopuszcza, aby posiadanie umiejętności było potwierdzane „innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy)”. Jest to z pewnością warunek nieostry i nieprecyzyjny. O ile bowiem certyfikat (niekoniecznie jakiś konkretny wskazany) z pewnością potwierdza posiadanie umiejętności, o tyle już inny dokument - niekoniecznie. Należy się bowiem zastanowić, jakie to mogą być inne dokumenty. Wydaje się, że obecne warunki ogłoszenia spełnia przykładowo potwierdzenie odbycia szkolenia, w trakcie którego powinno się nabyć przedmiotowe umiejętności. Cały problem jednak w tym, że „uczyć się”, czyli odbyć szkolenie, nie jest bynajmniej jednoznaczne z „nauczyć się”, czyli zdać egzamin i uzyskać dokument potwierdzający ten fakt. Podobnie ma się sytuacja w przypadku braku ograniczenia co do podmiotów, które mogłyby wystawić takie dokumenty „potwierdzające posiadanie umiejętności”. Zamawiający wykluczył co prawda, aby było to oświadczenie własne danego wykonawcy, ale przykładowo nie jest już wykluczone oświadczenie

podmiotu powiązanego z wykonawcą. Mając na uwadze dotychczasowe doświadczenie wykazywania w ramach zamówień na IT posiadania wymaganych umiejętności przez zespół dedykowany do wykonania umowy Odwołujący uważa, że obecne zapisy Ogłoszenia są niewystarczające, a poprzez ich nieprecyzyjność - możliwe będzie zaistnienie nadużyć w trakcie niniejszego postępowania. Konieczne zatem wydaje się takie dookreślenie sposobu potwierdzania posiadania wymaganych umiejętności, aby - przy zachowaniu równego traktowania wykonawców - jednocześnie możliwe było zachowanie uczciwej konkurencji. Uczciwej konkurencji - w rozumieniu, iż nie będzie możliwe przedstawienie wykazu osób posiadających co prawda jakieś tam dokumenty, ale jednocześnie - nie posiadających umiejętności wymaganych przez Zamawiającego. Umiejętności - co ważne - których posiadanie jest warunkiem *sine qua non* do należytego realizowania w przyszłości przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o skreślenie w dotychczasowej treści III.2.3 „Kwalifikacje techniczne” pkt 3 lit. a). b) d). e) i g) sformułowania:

„lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy)”

i wpisanie w to miejsce:

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

#### 5. Pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia” pkt 1 - nieprecyzyjne zapisy dotyczące oceny ofert w zakresie ceny.

W pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia” w pkt 1 Zamawiający określił jako kryterium oceny ofert - cenę, z wagą 40. Przy czym Zamawiający nie określił w sposób precyzyjny - co rozumieć będzie poprzez cenę.

Otóż przedmiot zamówienia - zgodnie z opisem dokonany przez Zamawiającego (pkt II.1.5) „Krótki opis przedmiotu zamówienia”) obejmuje usługi modyfikacji, rozbudowy oraz instruktażu, które Zamawiający oszacował na 6.500 punktów funkcyjnych oraz usługi utrzymania systemu informatycznego - które nie zostały włączone w ww. pulę punktów funkcyjnych. Z powyższego należy wnioskować, iż przedmiot zamówienia będzie obejmował świadczenie usług modyfikacji, rozbudowy oraz instruktażu, rozliczanych rzeczywiście wykonanymi punktami funkcyjnymi w przypadku zamówienia takich usług przez Zamawiającego oraz usługi utrzymania, które będą świadczone ciągle, przez cały okres

obowiązywania umowy, a które będą miały na celu należyte funkcjonowanie systemu informatycznego. Skoro jednak usługi utrzymania nie będą rozliczane w punktach funkcyjnych - gdyż ani Zamawiający nie wskazał, że zaliczają się do puli punktów funkcyjnych, ani też sama istota świadczenia tych usług nie umożliwi rozliczania ich poprzez punkty funkcyjne - należy przyjąć, iż w ofertach powinna zostać podana cena ryczałtowa za świadczenie usług utrzymania przez cały okres obowiązywania umowy. Tym samym w ofertach będą musiały być podane 2 ceny - za 1 punkt funkcyjny oraz ryczałt za utrzymanie. Tymczasem Zamawiający nie podał w Ogłoszeniu, w jaki sposób przeliczy te ceny, aby można było je porównać w trakcie oceny ofert. Aby możliwe było porównanie ofert w tym kryterium - przy podaniu 2 zupełnie różnych składników ceny, które się nie sumują w prosty sposób - możliwe jest zastosowanie 2 rozwiązań:

- 1) Zamawiający wskaże, iż cena punktu funkcyjnego zostanie przemnożona przez szacowaną ilość punktów funkcyjnych, tj. 6.500, a następnie dodana do ceny ryczałtowej za świadczenie usług utrzymania - zaś suma będzie podlegała ocenie,
- 2) Zamawiający rozbił kryterium cena na 2 podkryteria i wskaże, iż każda z nich ma przykładowo wagę po 20.

Ponadto zamawiający podał w pkt VI.3, iż termin realizacji umowy to 47 miesięcy lub do wyczerpania 6500 punktów funkcyjnych [...]. W świetle tej informacji trudno do określenia jest okres świadczenia usług utrzymania systemu, a tym samym ich cena.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o dodanie w pkt IV.2.1) pkt 1 następującej treści:

„przy czym cena zostanie obliczona w następujący sposób:  $cena = \text{cena za punkt funkcyjny} \times 6500 + \text{cena ryczałtowa za świadczenie usług utrzymania na okres pełnych 47 miesięcy}$ ”

Lub

„przy czym cena za punkt funkcyjny ma wagę 20, zaś cena ryczałtowa za świadczenie usług utrzymania w okresie pełnych 47 miesięcy ma wagę 20”.

#### 6. Pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia” pkt 2 - nieprecyzyjne zapisy dotyczące oceny ofert w zakresie koncepcji rozwoju Nowego Portalu Informatycznego.

W pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia” Zamawiający określił jako drugie kryterium oceny koncepcji rozwoju Nowego Portalu Informatycznego z wagą 60. Zamawiający nie określił w Ogłoszeniu żadnych dodatkowych postanowień dotyczących badania przez Zamawiającego przedmiotowej koncepcji rozwoju NPI.

Po pierwsze - nie jest wiadome, czy przedmiotowa koncepcja rozwoju NPI ma być częścią oferty, która podlega wymogom zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"), czy też - jest to próbka, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców (...). Brak powyższego rozróżnienia jest niezwykle istotny, a to chociażby ze względu na zakres badania takiej koncepcji rozwoju NPI oraz na kwestię, czy w przypadku, gdy koncepcja rozwoju NPI zawierać będzie błędy - możliwe będzie jej uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy. Zdaniem Odwołującego intencją Zamawiającego było, aby koncepcja rozwoju NPI nie podlegała uzupełnieniom, gdyż prowadziłyby to do nierównego traktowania wykonawców. Wykonawcy, którzy byliby wezwani do uzupełnienia koncepcji rozwoju NPI mieliby więcej czasu na jej przygotowanie oraz de facto - mieliby szansę przedłożenia całkowicie nowej, poprawionej koncepcji rozwoju NPI.

Po drugie - przy wskazywanym przez Odwołującego braku zapisów Ogłoszenia jako najkorzystniejsza może zostać wybrana oferta, do której w ogóle nie dołączono koncepcji rozwoju NPI, ale która miałaby odpowiednio niską cenę. W takiej sytuacji Zamawiający zmuszony byłby zawrzeć umowę z wykonawcą, który nie zostałby przez Zamawiającego zweryfikowany pod kątem merytorycznym. A zatem z takim wykonawcą, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Po trzecie zaś - przy obecnym brzmieniu Ogłoszenia Zamawiający nie będzie uprawniony odrzucić oferty, do której dołączono koncepcję rozwoju NPI sprzeczną z SIWZ. Przy braku bowiem wskazania, że koncepcja rozwoju NPI nie jest próbką w rozumieniu ww. rozporządzenia o dokumentach i że jest częścią oferty - mogą na etapie oceny ofert powstać słuszne wątpliwości, które co do charakteru koncepcji rozwoju NPI będą musiały z pewnością być rozstrzygane przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Powyższe braki Ogłoszenia naruszają zarówno zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o dodanie w pkt IV.2.1) pkt 2 zdania drugiego o następującej treści:

„Koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego stanowić będzie integralną część oferty, nie będzie podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego będzie sprawdzana pod kątem zgodności treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia będzie podlegać ocenie w zakresie wskazanych kryteriów.”

7. Pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 1 w związku z pkt III.2.3)1 - zaniechanie powiązania wykazu punktowanych usług z usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia oraz zaniechanie określenia warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w pkt IV.1.2) ppkt 1 przy wskazaniu usług z Wykazu usług, które będą brane pod uwagę w przypadku przyznawania wykonawcom punktów celem kwalifikacji do drugiego etapu wskazał jedynie, że należy się wykazać wykonaniem lub rozbudową systemu spełniającego wymagania określone w pkt III.2.3)1 o wartości 10.000.000 złotych brutto. Zdaniem Odwołującego powyższe wymagania nie są w sposób dostateczny powiązane z przedmiotem zamówienia oraz są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Każdy większy system informatyczny spełnia powyższe wymagania, niezależnie od tego - czego dotyczy. Zatem dodatkowe punkty (a w konsekwencji kwalifikację do drugiego etapu) mogą otrzymać wykonawcy, którzy wykonali co prawda wiele systemów informatycznych spełniających powyższe wymagania, jednakże nie posiadają wiedzy i doświadczenia, które uwiarygodniałoby, iż potrafią wykonać przedmiot niniejszego zamówienia. W szczególności - wykonawcy ci mogą zupełnie posiadać wiedzy o systemach związanych ze specyfiką działalności zamawiającego, nie znać rynku ubezpieczeń. Jest to o tyle nieracjonalne - że ustawodawca stworzył instytucję oceny spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia nie dla samej „sztuki”, nie dla wykazania się „jakimkolwiek” doświadczeniem. Ale stworzył ją po to, aby zamawiający mieli pewność, że zamówienie będą realizowały podmioty, które posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Wiedzę i doświadczenie odpowiednie - w rozumieniu normy prawnej określonej w art. 22 ust. 4 Ustawy, czyli takiej, która jest związana z przedmiotem zamówienia oraz która jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Obecne określenie przez Zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia narusza określony w art. 24 ust. 4 ustawy Pzp obowiązek powiązania warunków udziału z przedmiotem zamówienia oraz obowiązek określenia w sposób proporcjonalny.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosil o skreślenie dotychczasowej treści IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” w ppkt 1 treści:

„... obejmujących swoim zakresem wykonanie lub rozbudowę systemu (analiza, zaprojektowanie, wytworzenie oprogramowania i wdrożenie systemu informatycznego zwanego dalej „systemem”), spełniającego wymagania wskazane w sekcji III.2.3) pkt ogłoszenia”

i wpisanie w to miejsce:

„...obejmujących swoim zakresem wykonanie lub rozbudowę systemu (analiza, zaprojektowanie, wytworzenie oprogramowania i wdrożenie systemu informatycznego zwanego dalej „systemem”) w zakresie ubezpieczeń, spełniającego wymagania wskazane w sekcji III.2.3)pkt 1 ogłoszenia. ”

8. Pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 1 lit. c) - zaniechanie określenia maksymalnej ilości punktów możliwych do uzyskania.

Zamawiający określił, iż będzie przyznawał dodatkowe punkty za każde kolejne (ponad jedno minimalne) wykazanie się doświadczeniem większym niż minimalne warunki udziału w postępowaniu. Przy założeniu, że większa ilość wykonawców niż 5 spełnia warunki udziału w postępowaniu, jest to co do zasady zapis potrzebny. Jednakże zdaniem Odwołującego - błędne jest nieokreślenie przez Zamawiającego dla ppkt 1 maksymalnej możliwej do zdobycia ilości punktów. Zarzut jest tym bardziej zasadny - iż w przypadku przyznawania dodatkowych punktów określonych w ppkt 2 i ppkt 3 Zamawiający wprowadził maksymalną ilość punktów możliwą do uzyskania. Skoro zatem w analogicznym pkt 2, który także dotyczy wykazania się doświadczeniem, Zamawiający ustalił maksymalną ilość punktów możliwych do uzyskania odpowiadającą 15-tu dodatkowym zamówieniom - nie ma żadnego racjonalnego wytłumaczenia braku analogicznego zapisu w niniejszym postępowaniu. Brak takiego zapisu - przy jednoczesnym braku ograniczenia referencji do regionu UE i OECD - może prowadzić do sytuacji, w której do drugiego etapu zostaną zakwalifikowani wykonawcy, którzy utworzą konsorcja z firmami z krajów, w których wykonanie zamówień jest niemożliwe do zweryfikowania, zaś nie zostaną zakwalifikowane największe polskie czy europejskie firmy informatyczne. Takie różnicowanie zapisów w dwóch porównywalnych postępowaniach jest zdaniem Odwołującego naruszeniem zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o dodanie w pkt IV.1.2) pkt 1 lit. c) po słowach „Wykonawca otrzyma 10 pkt” następującego sformułowania: „ale nie więcej niż 150 punktów”.

Mając powyższe na uwadze zdaniem Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Kopia odwołania została przekazana 8 lutego 2013 r.

W dniu 8 lutego 2013 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania poprzez publikację na stronie internetowej.

W dniu 11 lutego 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (dalej „Przystępujący”), wnosząc o jego oddalenie. Ponadto wnosił o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie. Podnosił, iż postępowanie zostało wszczęte 28 stycznia 2013 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego. W tym samym dniu ogłoszenie zostało również przesłane do publikacji w TED, gdzie zamieszczone zostało 30 stycznia 2013 r. W ocenie Przystępującego w sytuacji, w której treść ogłoszenia była znana już w dniu 28 stycznia 2013 r. i w tym dniu doszło do wszczęcia postępowania, to do obliczania terminów na wniesienie odwołania powinien mieć zastosowanie przepis ogólny, tj. art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, nie zaś art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołanie bowiem dotyczy, jak wynika również z jego treści, ogłoszenia o wszczęciu postępowania zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego. Gdyby przyjąć zatem taką podstawę obliczania terminów do wniesienia odwołania, to termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 7 lutego 2013 r., podczas gdy Odwołujący wniósł odwołanie 8 lutego 2013 r.

W dniu 19 lutego 2013 r. na rozprawie Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której żądał oddalenia odwołania w całości. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż zapisy Ogłoszenia naruszają:

- 1) art. 27 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp poprzez wskazanie dwóch różnych adresów e-mail do kontaktu z Zamawiającym oraz poprzez ograniczenie sposobu wniesienia odwołania tylko do formy faksu lub drogą elektroniczną bez możliwości zachowania formy pisemnej;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób nie zapewniający należytej realizacji zamówienia oraz nie będący proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie równego traktowania wykonawców i zapewnienie możliwości weryfikowania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia- wobec czego wykonawcy mogą przedstawić wiedzę i doświadczenie nie podlegające w praktyce weryfikacji;
- 4) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nie związany z przedmiotem

umowy oraz nie będący proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia;

- 5) art. 7 ust. 1 i art. 48 ust. 2 pkt 10) ustawy Pzp poprzez niewystarczający i naruszający uczciwą konkurencję opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze ofert oraz poprzez niewystarczające określenie kryteriów oraz sposobu (zasad) oceny ofert.

Odwołujący domagał się nakazania zmiany Ogłoszenia.

Zamawiający nie zgadzał się z argumentacją Odwołującego z następujących względów,

#### I. Zarzut dotyczący pkt I.1) w zw. z pkt III.2.1) pkt 8 ppkt 1) i 5) Ogłoszenia

Zgodnie z pkt I.1) Ogłoszenia osobami do kontaktów są: M..... Ś....., M..... B..... - w zakresie określonym w Sekcji III.2.1) ust. 8 pkt 5. Zgodnie z pkt III.2.1) pkt 8 ppkt 1) Ogłoszenia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują faksem lub mailem w postaci skanu dokumentu z podpisem, z uwzględnieniem pkt. 2; adres Zamawiającego, na który Wykonawcy przekazują dokumenty: m.....b.....@zus.pl. Zgodnie z pkt III.2.1) pkt 8 ppkt 5) Ogłoszenia w przypadku wniesienia odwołania, odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu za pomocą faksu - wyłącznie na numer (22) 667-17-33/36 lub drogą elektroniczną - wyłącznie na adres m.....b.....@zus.pl.

Odwołujący wnosił o wykreślenie w całości postanowienia pkt III.2.1) pkt 8 ppkt 5) Ogłoszenia oraz ujednoczenie adresów mailowych, na które wykonawcy przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje.

Odwołujący nie wskazał, jakie przepisy prawa zostały naruszone przez wskazanie kilku adresów mailowych, w tym wyszczególnienie takiego, który służy wniesieniu odwołania. Zapisy te mają charakter informacyjny, a ich celem jest usprawnienie pracy Zamawiającego.

Jednocześnie przepis art. 180 ust 5 ustawy Pzp oraz przepis art. 189 ust 2 pkt 7 ustawy Pzp, wskazują, że nawet przesłanie na inny niż wskazany dla odwołań adres e-mail zamawiającego nie będzie stanowiło podstawy do odrzucenia odwołania.

Zarzut zaś, że Zamawiający nie dopuścił złożenia kopii odwołania w formie pisemnej - rozumianej jako forma papierowa (gdyż przepis art. 180 ust 5 nakazuje przekazanie jedynie kopii - nie zaś dokumentu w formie pisemnej tj. z oryginalnym podpisem) nie znajduje uzasadnienia w treści ogłoszenia. Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył możliwości złożenia pisma w jego siedzibie - zamieścił jedynie wskazówkę, że dla



przekazania kopii mailem - wskazuje wyłącznie dany adres mailowy, a dla przekazania kopii faxem - dany numer faxu.

Należy też zauważyć, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania, co potwierdza, że nie wystąpiły utrudnienia w dostępie do środków ochrony prawnej z powodu kwestionowanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu.

## II. Zarzut dotyczący pkt III.1.2) Ogłoszenia

Zgodnie z pkt III.1.2) Ogłoszenia płatności następować będą w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych - sekretariat Departamentu Zarządzania Systemami Informatycznymi w Warszawie ul. Szamocka 3,5, prawidłowo wystawionej faktury VAT, przelewem na rachunek Wykonawcy wskazany na fakturze.

Odwołujący wnosił o dodanie w pkt III.1.2) Ogłoszenia zdania drugiego o następującej treści: "W przypadku, gdy płatność obejmuje wynagrodzenie za przeniesienie praw autorskich/ udzielenie licencji, płatność dokonana będzie przelewem w terminie 21 dni od daty wystawienia faktury VAT. pod warunkiem, iż Wykonawca doręczy fakturę w terminie nie dłuższym niż 7 dnia od dnia wystawienia tej faktury".

Odwołujący argumentuje, iż zapisy zawarte w Ogłoszeniu są niezgodne z przepisami prawa podatkowego - ustawy VAT.

Po pierwsze dla porządku rozważań wskazać należy, że Odwołujący powołuje się na nieobowiązujący od dnia 1 stycznia 2010 r. przepis art. 27 ust 4 pkt 1 ustawy VAT. Ponadto błędnie interpretuje postanowienia art. 19 ust. 13 ustawy VAT oraz postanowienia Zamawiającego dotyczące zasad płatności.

Zamawiający określił, że dokona płatności w terminie 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury VAT. Natomiast przepis art. 19 ust. 13 ustawy VAT dotyczy jedynie momentu powstania obowiązku podatkowego, nie odnosi się natomiast do terminów zapłaty.

Obowiązek podatkowy z tytułu udzielenia licencji lub przeniesienia praw autorskich w odniesieniu do podatników powstaje w momencie otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż z upływem terminu płatności określonego w umowie lub na fakturze - z tytułu świadczenia sprzedaży praw lub udzielania licencji i sublicencji, przeniesienia lub cesji praw autorskich, patentów, praw do znaków fabrycznych, handlowych, oddania do używania wspólnego znaku towarowego albo wspólnego znaku towarowego gwarancyjnego, albo innych pokrewnych praw. Wskazanie więc na fakturze terminu płatności: 30 dni od dnia otrzymania faktury nie stanowi o sprzeczności zapisów.

Ponadto głównym przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi, a nie przeniesienie praw autorskich. Wykonawca na podstawie umów szczegółowych będzie świadczył usługi informatyczne, a w ich ramach będą przenoszone również prawa autorskie - przepis więc art. 19 ust. 13 ustawy VAT nie znajdzie zastosowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości niejednokrotnie wypowiedział się w sprawach usług kompleksowych. W wyroku w sprawie C-349/96 pomiędzy Card Protection Plan Ltd (CPP) a Commissioners of Customs and Excise (Wielka Brytania) ETS wskazał, że zgodnie z artykułem 2(1) VI Dyrektywy (obecnie z artykułem 2(1) Dyrektywy 2006/112/WE RADY z dnia 28.11.2006r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej), co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania VAT powinno być traktowane jako odrębne i niezależne. Jednocześnie jednak, w sytuacji gdy kilka świadczeń obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Zdaniem Trybunału z pojedynczą usługą w sensie ekonomicznym mamy do czynienia zwłaszcza wtedy, gdy jeden lub więcej elementów uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze. Usługa ma natomiast charakter usługi pomocniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, a jedynie prowadzi do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W przypadku świadczeń złożonych o zasadach opodatkowania usług pomocniczych decyduje zawsze charakter usługi zasadniczej. Należy również podkreślić, iż wszelkie szczegółowe kwestie dotyczące głównych warunków finansowych i warunków płatności, zgodne z prawem podatkowym, będą uregulowane w postanowieniach umownych. Zamawiający uważa, iż precyzyjne uregulowania w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu są zbędne.

### III. Zarzut dotyczący pkt III.2.3) ppkt 1 oraz pkt IV.1.2) ppkt 1 i 2 Ogłoszenia

Według Odwołującego warunki posiadania wiedzy i doświadczenia oraz zasady oceny i klasyfikacji wykonawców, w sytuacji gdy warunki udziału spełniać będzie więcej niż 5 wykonawców, zostały opisane w sposób niedostateczny, uniemożliwiając weryfikację wykonania takich usług - należytego wykonania czy ich zakresu w przypadku świadczenia ich na rzecz podmiotów mających siedzibę w różnych egzotycznych miejscach świata. Zdaniem Odwołującego tylko wykonawcy, którzy wykonali wskazane usługi na rzecz podmiotów z UE czy OECD dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż poza UE i OECD nie istnieją ubezpieczenia społeczne w formie funkcjonującej w Polsce. Zaproponowane przez Odwołującego definicje, aby wykonanie lub rozbudowa systemu oraz utrzymanie systemu informatycznego były wykonane na rzecz zamawiającego mającego siedzibę na terenie jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD jest nieuzasadnione.

Żądanie ograniczenia konkurencji - a do tego sprowadza się zarzut Odwołującego - nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Przychylenie się do żądania może ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w wykonywaniu usług podobnych, lecz wykonywane przez nich usługi zostały zrealizowane na rzecz podmiotu mającego siedzibę poza terytorium jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD. O doświadczeniu wykonawcy świadczy wielkość, stopień, złożoność usługi, a nie miejsce siedziby Zleceniodawcy. Element taki nie różnicuje w żaden sposób doświadczenia. W związku powyższym zaproponowany przez Odwołującego warunek naruszałby art. 22 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust 4 ustawy Pzp. Co do zasady warunek taki miałby charakter dyskryminacyjny a przez to nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w związku z sformułowanymi zapisami Ogłoszenia w obecnym kształcie nie ponosi żadnej szkody (jeżeli posiada doświadczenie na rzecz podmiotów z krajów UE i OECD, to może je wykazać), jak również nie został naruszony jego interes, który zasługiwałby na ochronę prawną.

#### IV. Zarzut dotyczący pkt III.2.3) pkt 3 lit. a), b), d), e) i g) Ogłoszenia

W pkt III.2,3 pkt 3 Ogłoszenia „warunki dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia...” dla specjalistów określonych w lit. a), b), d), e) i g) Zamawiający wymaga, aby specjaliści ci posiadali określone umiejętności, niezbędne dla uzyskania określonych certyfikatów. Zamawiający nie stawia warunku posiadania przez specjalistów określonych certyfikatów, ale wskazuje, że wymaga posiadania określonych umiejętności.

Zdaniem Odwołującego obecne zapisy Ogłoszenia są niewystarczające oraz nieprecyzyjne. Dlatego wnosi o modyfikację sformułowania tak, aby wpisać w dotychczasowe miejsce sformułowanie: "lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty wystawionymi przez podmioty realizującymi równoważne szkolenia (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy lub podmiotu powiązanego.)

Odwołujący kolejny raz domaga się zaostżenia warunku postawionego przez Zamawiającego, nie wskazując przy tym, jaką szkodę ponosi oraz jaki uszczerbek w jego interesie w związku z postawieniami zastosowanymi przez Zamawiającego wystąpił.

Należy podkreślić, że obecne brzmienie postanowień Ogłoszenia dopuszcza przedstawienie zarówno takich dokumentów, o jakich pisze Odwołujący, jak i innych, których

cechą jest jednakże potwierdzenie, że dana osoba posiada wymagane umiejętności. Próba określenia katalogu takich dokumentów przez Zamawiającego zawsze stwarzałyby ryzyko niesłusznej oceny. Jednocześnie nie dopuszczenie oświadczeń własnych wykonawcy minimalizuje ryzyko wystąpienia oświadczeń niemożliwych do weryfikacji.

#### V. Zarzut dotyczący pkt IV.2.1) pkt 1 Ogłoszenia

W pkt IV.2.1) pkt 1 Ogłoszenia Zamawiający określił 2 kryteria oceny ofert, z czego jednym z nich jest cena z wagą 40.

Odwołujący wnioskuje o dodanie w pkt VI.2.1) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu poniższego zapisu:

„Przy czym cena zostanie obliczona w następujący sposób: cena = cena za punkt funkcyjnyx6500+cena ryczałtowa za świadczenie usług utrzymania na okres pełnych 47 miesięcy”

lub

„Przy czym cena za punkt funkcyjny ma wagę 20, zaś cena ryczałtowa za świadczenie usług utrzymania w okresie pełnych 47 miesięcy ma wagę 20.”

Zgodnie z art. 48 ust 2 pkt 10 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać kryteria oceny ofert i ich znaczenie. Przepis ten ustanawia więc zakres obowiązku informacyjnego Zamawiającego w odniesieniu do kryteriów oceny ofert.

Natomiast na kolejnym etapie postępowania, kiedy zaproszonym wykonawcom zostanie przekazana SIWZ, Zamawiający będzie obowiązany określić również opis kryteriów i sposób oceny ofert (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp).

Tym samym zarzut jest przedwczesny i nie zasługuje na uwzględnienie. Żądanie Odwołującego sprecyzowania zasad oceny ofert w Ogłoszeniu nie znajduje oparcia w przepisach, jako że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie ma takiego obowiązku. Ponadto, żądanie Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie wykazał on żadnego naruszenia przepisów prawa powszechnie obowiązującego, jak też nie wykazał uszczerbku we własnym interesie.

#### VI. Zarzut dotyczący pkt IV.2.1) pkt 2 Ogłoszenia

Zgodnie z pkt IV.2.1) pkt 2 Ogłoszenia Zamawiający określił 2 kryteria oceny ofert, z czego jednym jest koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego, w tym: koncepcja rozwoju 0-30, jakość wykonanego zadania opisanego w koncepcji 0-30 z wagą 60.

Odwołujący wnosił o dodanie w pkt VI.2.1) pkt 2 Ogłoszenia zdania drugiego o następującej treści:

„Koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego stanowić będzie integralną część oferty, nie będzie podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. W pierwszej kolejności koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego będzie sprawdzane pod kątem zgodności treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia będzie podlegać ocenie w zakresie wskazanych kryteriów.”

Wymagany prawem zakres informacji dla zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w przypadku przetargu ograniczonego wyznaczają przepisy art. 48 ust. 2 ustawy Pzp oraz wzór ogłoszenia zgodny z rozporządzeniem wykonawczym Komisji nr 842/2011 z dnia 19 sierpnia 2011 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1564/2005. Na kolejnym etapie postępowania, kiedy zaproszonym wykonawcom zostanie przekazana SIWZ, Zamawiający będzie obowiązany określić opis kryteriów i sposób oceny ofert (art. 36 ust 1 pkt 13 ustawy Pzp).

Tym samym zarzut jest przedwczesny i nie zasługuje na uwzględnienie. Żądanie Odwołującego sprecyzowania zasad oceny ofert w Ogłoszeniu nie znajduje oparcia w przepisach, jako że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie ma takiego obowiązku.

#### VII. Zarzut dotyczący pkt IV.1.2) ppkt 1 w zw. z pkt III.2.3) 1 Ogłoszenia

Zgodnie z pkt IV.1.2) ppkt 1 Ogłoszenia "Zamawiający dokona oceny wniosków Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, według poniższej zasady.1. Doświadczenie Wykonawcy w realizacji zamówień o wartości brutto min. 10 000 000,00 PLN (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100) obejmujących swoim zakresem wykonanie lub rozbudowę systemu (analiza, zaprojektowanie, wytworzenie oprogramowania i wdrożenie systemu informatycznego zwanego dalej: „systemem”), spełniającego wymagania wskazane w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia”.

Według Odwołującego ww. wymagania nie są dostatecznie powiązane z przedmiotem zamówienia oraz są do niego nieproporcjonalne, gdyż dopuszczają wykonawców nie posiadających wiedzy o systemach związanych ze specyfiką działalności Zamawiającego, dopuszczają wykonawców, którzy nie znają rynku ubezpieczeń. Dlatego Odwołujący wnosił o modyfikację pkt IV.1.2) ppkt 1 Ogłoszenia poprzez wskazanie, iż:

"obejmujących swoim zakresem wykonanie lub rozbudowę systemu (analiza, zaprojektowanie, wytworzenie oprogramowania i wdrożenie systemu informatycznego zwanego dalej: „systemem”) w zakresie ubezpieczeń, spełniającego wymagania wskazane w sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia”.

Należy podkreślić, iż w istocie propozycja Odwołującego ogranicza konkurencję, jak też powoduje nierówne traktowanie wykonawców - w szczególności w porównaniu: Odwołujący - świadczący usługi w sektorze ubezpieczeń społecznych a pozostali wykonawcy.

Sama idea systemu informatycznego do obsługi procesów danego podmiotu nie różni się znacznie w poszczególnych sektorach, czy na poszczególnych rynkach. Zatem brak wykonania usługi w zakresie ubezpieczeń nie powoduje braku wystarczającej wiedzy fachowej do pracy z systemem Zamawiającego. Zaproponowany przez Odwołującego wymóg ograniczający możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust 4 ustawy Pzp, albowiem w sposób nieuzasadniony pozbawia potencjalnych wykonawców prawa do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednocześnie Odwołujący może wskazać własne doświadczenia z świadczenia usług na rzecz podmiotów działających w sektorze ubezpieczeń, gdyż mieszczą się one w granicach określonych w warunku, tym samym nie ponosi szkody przez naruszenie interesu zasługującego na ochronę prawną,

#### VIII. Zarzut dotyczący pkt IV.1.2) ppkt 1 lit. c) Ogłoszenia

Zamawiający wskazał, iż będzie przyznawał dodatkowe punkty za każde kolejne (ponad jedno minimalne) wykazanie się doświadczeniem większym niż minimalne warunki udziału w postępowaniu. Według Odwołującego błędne jest nieokreślenie dla ppkt 1 maksymalnej możliwej do zdobycia ilości punktów, tym bardziej, iż w przypadku przyznawania dodatkowych punktów określonych w ppkt 2 i 3 Zamawiający wprowadził maksymalną ilość punktów możliwą do uzyskania. Zdaniem Odwołującego takie działanie przy jednoczesnym braku ograniczenia referencji do regionu UE oraz OECD doprowadzić może do zakwalifikowania się wykonawców wykazujących się doświadczeniem niemożliwym do zweryfikowania, równocześnie uniemożliwiając zakwalifikowanie największych polskich czy europejskich firm informatycznych.

Odwołujący wnosi o dodanie w pkt IV.1.2) pkt 1 lit c) po słowach "wykonawca otrzyma 10 pkt" następującego sformułowania: "ale nie więcej niż 150 punktów".

Zdaniem Zamawiającego wprowadzenie ograniczenia w powyższym zakresie jest bezzasadne, ponadto Odwołujący nie wskazał jaki przepis prawa został lub mógłby zostać naruszony w sytuacji nie do określenia maksymalnego pułapu. Odwołujący w związku ze sformułowaniem kwestionowanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu w obecnym kształcie nie ponosi żadnej szkody, jak również nie został naruszony jego interes, który zasługiwałby na ochronę prawną.

Chybiony jest także argument odwołujący się do rynku polskiego czy europejskiego - zamówienie jest skierowane do wykonawców nie tylko działających na terenie Rzeczypospolitej Polskiej czy Europy.

Reasumując – zdaniem Zamawiającego - odwołanie w całości zasługuje na oddalenie.

W dniu 19 lutego 2013 r. na rozprawie pismo procesowe złożył także Odwołujący. W piśmie tym podtrzymał żądania, wnioski i argumenty odwołania i podnosi, co następuje:

1. Wniosek o odrzucenie odwołania wniesionego przez Odwołującego.

Odwołujący wnosil o nieuwzględnienie wniosku o odrzucenie odwołania oraz o rozpatrzenie odwołania na rozprawie. Wskazywał, iż jak sam Przystępujący przyznaje - w art. 182 ustawy Pzp ustawodawca sformułował przepis ogólny w ust. 1 oraz przepis szczególny w ust. 2. Oczywistym jest, iż zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* - przepis szczególny zawsze ma zastosowanie w miejsce przepisu ogólnego. Skoro zatem ustawodawca przewidział dla odwołań wnoszonych wobec treści ogłoszenia szczególne określenie początku biegu terminu - tj. jako początek biegu terminu wskazał „dzień publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej”, to tylko od tego dnia należy liczyć termin na wniesienie odwołania wobec treści Ogłoszenia. I nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia, czy Zamawiający umieścił wcześniej ogłoszenie na swojej stronie internetowej (czy też upublicznił w inny sposób) - a to ze względu właśnie na ustanowienie przez ustawodawcę normy szczególnej w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Kwestia powyższa wydaje się oczywista i poprawność działania Odwołującego wynika wprost z brzmienia przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp - jednak na poparcie swojego stanowisko Odwołujący przywoływał pogląd Krajowej Izby Odwoławczej wyrażony w wyroku z dnia 14 maja 2012 r., KIO 887/12: „Zgodnie z art 182 ust 2 pkt 1 Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej. Spójnik „lub” użyty przez ustawodawcę

w przywołanym przepisie nie powoduje, że termin ten może być liczony od tego, że zdarzeń, które nastąpiło wcześniej. Izba wyraża pogląd, że to dzień publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wyznacza najwcześniejszy dopuszczalny początek biegu terminu na wnoszenia odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym określa początek biegu terminu na przesłanie zamawiającemu kopii odwołania." Stanowisko to dotyczy co prawda SIWZ, a nie ogłoszenia - ale wobec brzmienia przedmiotowego przepisu, jak najbardziej uzasadnia stanowisko Odwołującego.

Dodatkowo wskazywano na kilka innych orzeczeń KIO dotyczących przedmiotowej kwestii:

KIO 1465/10: „W przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na wartość zamówienia, przekraczającą kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, termin 10 - dniowy na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia i postanowień siwz, zgodnie z art. 182 ust 2 pkt 1 Pzp, należy liczyć od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. tj. od dnia 2 lipca 2010 r. Termin ten upłynął w dniu 12 lipca 2010 r."

KIO 1795/11: „Izba podnosi, że zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień SIWZ, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Wskazana podstawa prawna i czasookres na wniesienie odwołania jest właściwym w przedmiotowym stanie faktycznym."

KIO 298/12: „Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,"

Odwołujący podkreślał, iż ustawodawca celowo sformułował w art. 182 ust. 2 ustawy Pzp przepis szczególny - mając na uwadze obowiązek równego traktowania wykonawców. O ile bowiem można wymagać od wykonawców, którzy mają zamiar brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, iż będą na bieżąco śledzili publikacje, w TED - to jednak trudno od nich wymagać, aby na bieżąco śledzili strony internetowe dziesiątek czy setek zamawiających, którzy mogą wszcząć postępowania. Tylko poprzez określenie początku biegu terminu od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ustawodawca mógł zapewnić realizację nadrzędnej zasady równego traktowania wykonawców. A zatem nie tylko wykładania literalna, ale także wykładnia



celowościowa przepisu art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wskazuje, iż Odwołujący wniosek odwołanie z zachowaniem terminów ustawowych.

## 2. Zaniechania przez Zamawiającego określenia odpowiednich do przedmiotu zamówienia warunków udziału

Odwołujący podnosi w swoim odwołaniu zarzuty zaniechania przez Zamawiającego postawienia odpowiednich do przedmiotu zamówienia warunków udziału. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Odwołującemu przysługuje w tym zakresie interes. Wskazuje na to chociażby doktryna prawa zamówień publicznych: „Po pierwsze, protestujący może żądać nie tylko określonych zmian warunków naruszających jego interesy lecz także odpowiedniego ich uzupełnienia z powołaniem się na „zaniechanie” ze strony zamawiającego.” (Ryszard Szostak, Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Krakowie, Kraków 2005, s. 50). Gdyby odmówić wykonawcom uprawnienia do domagania się uzupełnienia opisu warunków udziału, prowadziłoby to do sytuacji, w której nie podlegałyby żadnej kontroli zaniechania zamawiających, w tym także zaniechania nieumyślne - gdy wykonawca być może nie uświadamiał sobie, iż postawił zbyt szerokie warunki udziału. Takie warunki udziału, które następnie nie gwarantują należytego wykonania zamówienia, gdyż dopuszczają do udziału w postępowaniu wykonawców bez umiejętności wykonania takiego zamówienia.

Jednym z takich zaniechań Zamawiającego jest brak wskazania, iż usługi referencyjne oraz usługi budowy i rozwoju systemu mogły dotyczyć doświadczenia w zakresie ubezpieczeń pozyskanego na terenie Unii Europejskiej lub krajów OECD. Z jednej strony warunek taki nie zawęży w sposób niedozwolony konkurencji, gdyż ilość takich projektów jest *de facto* nieograniczona, ze względu na ilość państw, jakie zaproponował Odwołujący. Przedmiotową kwestią zajmowała się także Krajowa Izba Odwoławcza, która wyroku z 5 października 2010 r., KIO 2017/10 stwierdziła, iż dopuszczalne jest ograniczenie doświadczenia w realizacji usług na rzecz jednostek sektora finansów publicznych wskazanych w art. 9 pkt 1 (za wyjątkiem sądów i trybunałów), 2, 5, 7, 8, 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (...). Wskazać tutaj należy, iż taki warunek ograniczał dopuszczalne doświadczenie wyłącznie do terytorium Polski, a i tak został uznany za dopuszczalny przez KIO: „Izba stwierdziła, iż doświadczenie z art. 9 ust. 1 pkt 1, 2, 5, 7, 8 i 9 ustawy o finansach publicznych obejmuje w istocie bardzo szeroki zakres podmiotów, wykonaniem usług na rzecz których wykonawcy mogą się legitymować, gdyż obejmuje: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa z wyłączeniem sądów i trybunałów; jednostki samorządu

terytorialnego oraz ich związki; agencje wykonawcze; państwowe fundusze celowe; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego oraz Narodowy Fundusz Zdrowia. Tak więc dotyczy także innych podmiotów niż te, które zostały objęte przedmiotem zamówienia w punkcie 4 OPZ "Opis podmiotowy i przedmiotowy" (str. 4- 5 OPZ), obejmując Ministerstwa i Urzędy Centralne [faktycznie 46 jednostek administracji rządowej]. Wykonawcy mogą więc wykazać się doświadczeniem w realizacji usług na rzecz szerszego kręgu podmiotów niż ten, który będzie objęty obecnym zamówieniem."

Skoro zatem ograniczenie doświadczenia można ograniczyć do jednostek sektora finansów publicznych na terenie Polski, to tym bardziej zasadne są żądania Odwołującego.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, braki formalne odwołania zostały usunięte w terminie oraz uiszczono od niego wpis. Zgłoszony w przystąpieniu wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. jako wniesionego po upływie terminu na wniesienie odwołania, nie był przez Przystępującego podtrzymywany w toku postępowania przed Izbą. Niezależnie od powyższego Izba podziela w tym zakresie stanowisko i argumentację prezentowane przez Odwołującego w piśmie procesowym z 19 lutego 2013 r., uznając, iż zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu liczyć należy od jego publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosząc się do przesłanek materialno-prawnych wniesienia odwołania opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba zauważa, że celem postępowania odwoławczego przed Izbą jest sanowanie naruszeń ustawy Pzp negatywnie wpływających na interes danego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie, względnie możliwość poniesienia, szkody. Postępowanie odwoławcze zmierza zatem do zniwelowania takich naruszeń ustawy Pzp, w wyniku których dany wykonawca nie ma możliwości uzyskania zamówienia objętego postępowaniem lub też możliwość ta została ograniczona/utrudniona, co skutkuje powstaniem u niego szkody (także potencjalnej). Co do zasady zatem w wyniku postępowania odwoławczego winno nastąpić rozszerzenie możliwości pozyskania

zamówienia, a nie jej zawężenie poprzez ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Celem postępowania odwoławczego nie jest także dopasowywanie postępowania, w tym przewidywanych warunków w nim udziału, do oczekiwań wykonawcy, w szczególności, aby zapewnić mu możliwość złożenia oferty na bardziej dogodnych warunkach poprzez limitowanie liczby potencjalnych konkurentów. Tym samym, choć rację należy przyznać Odwołującemu, iż sam fakt, że może on złożyć wniosek w oparciu o kwestionowane przez siebie postanowienia Ogłoszenia, nie pozbawia go co do zasady możliwości wniesienia odwołania wobec treści takich postanowień, jednak konsekwencją uwzględnienia odwołania winna być likwidacja ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, którzy mogą złożyć wniosek z realną możliwością na uzyskanie zamówienia, a nie dalsze jego zawężenie. Tymczasem sposób, w jaki sformułowana jest zasadnicza część zarzutów odwołania wyraźnie wskazuje na odmienny cel działań Odwołującego. Dąży on bowiem do zmniejszenia liczby wykonawców, którzy mogliby złożyć wniosek, a następnie uzyskać kwalifikację do dalszego etapu postępowania, proponując zaostrenie postawionych przez Zamawiającego warunków. Stanowisko Odwołującego jakoby wnoszący odwołanie mógł żądać "uzupełnienia" opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez jego zaostrenie budzi wątpliwości w świetle ustawy Pzp. Dokonując uszczegółowienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ograniczony jest przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jak również musi uwzględnić zasady wynikające z art. 7 ustawy Pzp. Opis musi zatem pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia tj. nie można dokonywać opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w oderwaniu od tegoż przedmiotu, np. żądając doświadczenia całkowicie nieadekwatnego. Musi być też proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przy czym pojęcie to należy odnosić do zakazu ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ustawa Pzp co do zasady ustala zatem maksymalny pułap ewentualnych żądań zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie wyznaczają natomiast poziomu minimalnego. W świetle art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu podlega kontroli wykonawców tylko w zakresie określenia wymagań nadmiernych czy pozostających bez związku z przedmiotem zamówienia. Celem postępowania odwoławczego nie jest też doszukiwanie się jakichkolwiek wadliwości w postępowaniu, o ile ich walor i znaczenie pozostaje bez istotnego wpływu na możliwość uzyskania zamówienia czy poniesienia szkody. Takie nieprawidłowości nie podlegają korekcie w postępowaniu odwoławczym.

Uwzględniając powyższe, odnosząc się do poszczególnych zarzutów stwierdzić należy, co następuje.

1. Zarzut dotyczący postanowienia pkt I.1) „Nazwa, adresy i punkty kontaktowe” w związku z pkt III.2.1) „Sytuacja podmiotowa wykonawców...” pkt 8 ppkt 1) i 5) - wskazanie dwóch różnych adresów mailowych jako punktów kontaktowych, ograniczenia co do formy składania kopii odwołań

W ocenie Izby wbrew stanowisku Odwołującego z art. 48 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i wzoru ogłoszenia publikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie sposób wywieść wniosku, aby Zamawiający był zobowiązany podać jedynie jeden adres e-mail lub też, aby niedopuszczalnym było precyzowanie dla celów informacyjnych lub technicznych innych adresów, na które kierować należy określone pisma do Zamawiającego (w tym kopię odwołania). Z powyższych regulacji nie wynika również, aby to adres mailowy stanowiący jak sam Odwołujący przyznał element adresu Zamawiającego uznać za wiodący w zakresie przekazywania informacji, oświadczeń i dokumentów w postępowaniu. Należy podkreślić, iż pkt III.2.1. pkt 8 dotyczy właśnie formy przekazywania informacji, oświadczeń i dokumentów w postępowaniu, dopuszczając formę faksową i elektroniczną, z zastrzeżeniem przypadków podanych w ppkt 2, kiedy to forma pisemna ma charakter obligatoryjny. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby w oparciu o treść pkt III.2.1. pkt 8 ppkt 5 przyjęć należało wyłączenie przez Zamawiającego możliwości posłużenia się formą pisemną dla przekazania kopii odwołania. W ocenie Izby brzmienie powyższego postanowienia precyzuje jedynie zasady złożenia kopii odwołania faksem i drogą elektroniczną, przy czym postanowienie to ma wymiar wyłącznie techniczny i usprawniający pracę Zamawiającego. Oznacza to zatem, że Odwołujący może zawsze skorzystać z formy pisemnej dla przekazywanego Zamawiającemu dokumentu (tu: kopii odwołania). Ponadto jakiegokolwiek ograniczenie formy pisemnej jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi regulacjami ustawy Pzp (art. 27 ust. 3 zdanie drugie: "zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie") pozostawałoby bez wpływu na faktyczny zakres uprawnień wykonawcy. Izba nie podziela także obaw Odwołującego, iż złożenie kopii odwołania w sposób inny niż określony przez Zamawiającego obarczone byłoby ryzykiem jego odrzucenia na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż przepis ten ma charakter obligatoryjny, a istnienie przesłanek dla odrzucenia odwołania badane jest przez Izbę z urzędu. Art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp przewiduje konieczność odrzucenia odwołania, gdy odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia

za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (tj. faksem lub drogą elektroniczną). Przepis ten reguluje zatem w szczególności sposób przesłania kopii odwołania. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że z uwagi na brzmienie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp nawet przekazanie kopii odwołania na inny niż wskazany dla odwołań mail Zamawiającego nie będzie stanowiło podstawy do odrzucenia odwołania. Zamawiający nie naruszył zatem art. 27 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż w żaden sposób nie wyłączył zastosowania formy pisemnej dla przekazania kopii odwołania. Ponadto biorąc pod uwagę powyżej przedstawione rozważania co do konieczności spełnienia przez Odwołującego przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp sposób określenia przez Zamawiającego adresu e-mail w tym dla przekazania kopii odwołania pozostaje bez wpływu na możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody, gdyż forma pisemna dla oświadczeń, wniosków, zawiadomień, informacji przekazywanych przez Zamawiającego i wykonawców jest dopuszczalna w każdym przypadku na mocy bezwzględnie obowiązującego przepisu prawa. Podobnie zasady przesłania kopii odwołania uregulowane są ustawowo w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, który dopuszcza każdą formę przekazania kopii odwołania, która zapewnia zamawiającemu możliwość zapoznania się z jego treścią. Taką formą jest niewątpliwie forma pisemna.

2. Zarzut dotyczący pkt III.1.2) „Płatność dokonana będzie przelewem w terminie 30 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT” - niezgodność z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa w zakresie podatku VAT od licencji i sprzedaży majątkowych praw autorskich.

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Izba podziela w tym zakresie argumentację przywołaną w odpowiedzi na odwołanie. Ponadto nie sposób zgodzić się z argumentacją, iż pkt III.1.2) Ogłoszenia, zgodnie z którym płatności następować będą w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych - sekretariat Departamentu Zarządzania Systemami Informatycznymi w Warszawie ul. Szamocka 3,5, prawidłowo wystawionej faktury VAT, przelewem na rachunek Wykonawcy wskazany na fakturze, jest niezgodny z ustawą VAT. Sporne postanowienie ustala bowiem termin płatności faktury, podczas gdy przepis art. 19 ust. 13 ustawy VAT dotyczy jedynie momentu powstania obowiązku podatkowego, nie odnosi się natomiast do terminów zapłaty. Obowiązek podatkowy z tytułu udzielenia licencji lub przeniesienia praw autorskich w odniesieniu podatników powstaje w momencie otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż z upływem terminu płatności określonego w umowie lub na fakturze - z tytułu świadczenia sprzedaży praw lub udzielania licencji i sublicencji, przeniesienia lub cesji praw autorskich, patentów, praw do znaków fabrycznych, handlowych, oddania do użytkowania

wspólnego znaku towarowego albo wspólnego znaku towarowego gwarancyjnego, albo innych pokrewnych praw. Izba podziela zatem stanowisko Zamawiającego, iż wskazanie terminu płatności na fakturze: 30 dni od dnia otrzymania faktury nie stanowi o sprzeczności ww. zapisów. Odwołujący nie wykazał, aby przepisy ustawy VAT nakazywały podanie terminu płatności datą kalendarzową. Odwołujący nie przedstawił także żadnej kontrargumentacji dla stanowiska Zamawiającego, iż głównym przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi, a nie przeniesienie praw autorskich. Wykonawca na podstawie umów szczegółowych będzie świadczył usługi informatyczne, a w ich ramach będą przenoszone również prawa autorskie - przepis art. 19 ust 13 ustawy VAT nie znajdzie więc zastosowania. Odwołujący nie wykazywał, iż wbrew powyższemu stanowisku niezbędne będzie odrębne rozliczanie przeniesienia praw autorskich. Uznać zatem należy, iż zarzut się nie potwierdził.

3. Zarzut dotyczący pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” ppkt 1 oraz pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 1 i 2 - zaniechanie skonkretyzowania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia do usług referencyjnych wykonanych na rzecz zamawiających mających siedzibę w krajach Unii Europejskiej i OECD.

Zdaniem Izby zarzut jest niezasadny. Słusznie zauważa Zamawiający, iż żądanie ograniczenia konkurencji - a do tego sprowadza się zarzut Odwołującego - nie znajduje oparcia w przepisach prawa, w tym w przywoływanym art. 7 ust. 1 czy art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Przychylenie się do żądania może ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w wykonywaniu usług podobnych, lecz wykonywane przez nich usługi zostały zrealizowane na rzecz podmiotu mającego siedzibę poza terytorium jednego z państw Unii Europejskiej lub OECD. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż o doświadczeniu wykonawcy świadczy wielkość, stopień, złożoność usługi, a nie miejsce siedziby zleceniodawcy. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał też, aby specyfika zamówienia uzasadniała takie ograniczenie, podobnie zresztą, aby istotnie fakt przynależności do Unii Europejskiej czy OECD wpływał na możliwość łatwiejszej weryfikacji wykonanych zamówień lub zbieżność systemów ubezpieczeń społecznych (członkami OECD są przecież nie tylko kraje europejskie, ale np. Meksyk, Australia, Nowa Zelandia, Korea Południowa). Odwołujący nie może także opierać uzasadnienia zarzutu na potencjalnych trudnościach z weryfikacją wykazanego doświadczenia, gdy dotyczyć ono będzie podmiotów z krajów uznawanych przez niego za "egzotyczne". Element taki nie różnicuje bowiem w żaden sposób doświadczenia, nie odnosi się do proporcjonalności czy związania z przedmiotem zamówienia. W związku powyższym zaproponowany przez

Odwołującego warunek naruszałby art. 22 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust 4 ustawy Pzp. Co do zasady warunek taki miałby bowiem charakter dyskryminacyjny, a przez to i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Ponadto słusznie zauważa Zamawiający, że Odwołujący w związku ze sformułowaniem kwestionowanych zapisów Ogłoszenia w obecnym kształcie nie ponosi żadnej szkody (jeżeli posiada doświadczenie na rzecz podmiotów z krajów UE i OECD, to może je wykazać), jak również nie został naruszony jego interes, który zasługiwałby na ochronę prawną.

4. Pkt III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” pkt 3 „Dysponują lub będą dysponowali osobami...” lit. a), b), d), e) i g) w zakresie sformułowania „lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy)” - określenie warunku udziału w sposób nieprecyzyjny

Izba uznała zarzut za niezasadny. Należy podkreślić, iż pkt III.2.3) pkt 3 Ogłoszenia dotyczy wymagań odnośnie kwalifikacji osób zdolnych do wykonania zamówienia określonych w lit. a), b), d), e) i g) (potencjał kadrowy). Zamawiający wymaga, aby specjaliści ci posiadali określone umiejętności, niezbędne dla uzyskania określonych certyfikatów. Zamawiający nie stawia warunku posiadania przez specjalistów określonych certyfikatów, ale wskazuje, że wymaga posiadania określonych umiejętności potwierdzonych certyfikatami lub innymi dokumentami potwierdzającymi takie umiejętności jak wymienione dokumenty (tj. certyfikaty), przy czym wyłącza z zakresu możliwych dokumentów oświadczenia własne wykonawcy. Inne dokumenty, na które można powołać się przy wykazywaniu spełniania warunku, muszą zatem pochodzić od osób trzecich, przy czym Zamawiający nie ograniczył ich charakteru. Wykonawcy mogą zatem jako potencjał kadrowy wskazać osoby dysponujące stosownym certyfikatem lub też legitymujące się innym dokumentem, który potwierdza taki zakres umiejętności, jaki wynika z certyfikatu. Tym samym ciężar dowodu, że dokumenty potwierdzają taki sam zakres umiejętności spoczywał będzie na wykonawcy. Zgodnie z pkt III.2.3) pkt 3 ppkt 3 na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie potencjału kadrowego Zamawiający wymaga przedstawienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, gdzie należy podać w odniesieniu do każdej osoby informacje umożliwiające potwierdzenie spełniania warunku udziału, w tym na potwierdzenie doświadczenia przy realizacji zamówienia w zakresie jak w pkt 1, nazwę projektu i datę rozpoczęcia i zakończenia realizacji tego projektu, jak również informację o podstawie dysponowania każdą z osób. Zamawiający oczekuje zatem takiego przedstawienia mu w wykazie informacji o posiadanych umiejętnościach, aby weryfikacja warunku była przez niego możliwa. Zdaniem Odwołującego obecne zapisy Ogłoszenia są

niewystarczające oraz nieprecyzyjne. Dlatego wnosił o modyfikację sformułowania tak, aby wpisać w dotychczasowe miejsce sformułowanie: "lub innymi równoważnymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty wystawionymi przez podmioty realizującymi równoważne szkolenia (wykluczone oświadczenia własne wykonawcy lub podmiotu powiązanego.)" Nie kwestionuje zatem samego żądania Zamawiającego, aby wymagane umiejętności były potwierdzone określonymi dokumentami (np. certyfikatami lub innymi dokumentami). Kwestionuje natomiast zbyt szeroki zakres dopuszczonych "innych dokumentów potwierdzających takie umiejętności jak wymienione dokumenty", domagając się ich ograniczenia do równoważnych dokumentów wystawionych przez podmioty realizujące równoważne szkolenia, przy czym wyłącza nie tylko oświadczenia własne wykonawcy, lecz także podmiotu powiązanego. Słusznie zatem Zamawiający zauważa, że Odwołujący kolejny raz domaga się zaostżenia warunku postawionego przez Zamawiającego, nie wskazując przy tym, jaką szkodę ponosi oraz jaki uszczerbek w jego interesie w związku z postanowieniami zastosowanymi przez Zamawiającego wystąpił. Obecne brzmienie postanowień Ogłoszenia dopuszcza przedstawienie zarówno takich dokumentów, na jakie wskazuje Odwołujący, jak i innych, których cechą jest jednakże potwierdzenie, że dana osoba posiada wymagane umiejętności. Odwołujący nie wykazuje również, z jakich względów wyłącznie dokumenty wystawione przez podmioty realizujące równoważne szkolenia i to nie powiązane z wykonawcą miałyby w należyty sposób realizować cel, jakim jest potwierdzenie dysponowania osobami o określonych umiejętnościach. De facto zadośćuczynienie żądaniu Odwołującego sprowadzałoby się do dopuszczenia wyłącznie dokumentów o charakterze certyfikatów szkoleniowych, przy czym Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego wywodu, z jakich względów innego typu dokumenty choć potwierdzające wymagany zakres umiejętności uznać należy jednak za niewystarczające. Samo potencjalne ryzyko nadużyć ze strony wykonawców nie może być w tej mierze wystarczającą argumentacją dla postulowanej zmiany. Ponadto w ocenie Izby proponowane przez Odwołującego brzmienie kwestionowanego postanowienia jest nieprecyzyjne i nieostre, wprowadzając pojęcie równoważnych dokumentów i równoważnych szkoleń, bez równoczesnego podania zasad uznawania dokumentów i szkoleń za równoważne.

5. Zarzut dotyczący pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia” pkt 1 - nieprecyzyjne zapisy dotyczące oceny ofert w zakresie ceny.

6. Zarzut dotyczący pkt IV.2.1) „Kryteria udzielenia zamówienia” pkt 2 - nieprecyzyjne zapisy dotyczące oceny ofert w zakresie koncepcji rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego.



Zarzuty powyższe Izba uznaje za niezasadne. Zgodnie z art. 48 ust 2 pkt 10 ustawy Pzp ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać kryteria oceny ofert i ich znaczenie. Przepis ten ustanawia wykonywany zakres obowiązku informacyjnego Zamawiającego w odniesieniu do kryteriów oceny ofert, który to zakres w ocenie Izby został przez Zamawiającego zrealizowany (poprzez podanie kryterium cena - waga 40, koncepcja rozwoju Nowego Portalu Informacyjnego w tym: koncepcja rozwoju 0-30, jakość wykonanego zadania opisanego w koncepcji 0-30, waga 60). Izba podziela opinię Zamawiającego, iż na kolejnym etapie postępowania, kiedy zaproszonym wykonawcom zostanie przekazana SIWZ Zamawiający będzie zobowiązany określić również opis kryteriów i sposób oceny ofert, zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 13 ustawy Pzp. Ponadto w ocenie Izby proponowany przez Odwołującego zakres modyfikacji w istotny sposób wkracza w sferę kognicji Zamawiającego w odniesieniu do kształtowania warunków prowadzonego przez niego postępowania w zakresie kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny, bez przywołania stosowanych regulacji ustawy Pzp, które Odwołującego do takich działań by upoważniały.

Izba podziela także stanowisko, iż Odwołujący nie wykazał uszczerbku we własnym interesie na skutek ograniczenia się przez Zamawiającego do podania na obecnym etapie postępowania kryterium cena i określenia jego wagi, bez szczegółowego opisu kryteriów. Regulacje w tym zakresie muszą zostać zawarte w SIWZ, a wobec ich treści wykonawcom przysługiwać będą środki ochrony prawnej.

7. Zarzut dotyczący pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 1 w związku z pkt III.2.3)1 - zaniechanie powiązania wykazu punktowanych usług z usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia oraz zaniechanie określenia warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zarzut powyższy Izba uznaje za bezzasadny. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż w istocie propozycja Odwołującego ogranicza konkurencję, wyłączając w sposób nieuzasadniony podmioty posiadające doświadczenie zbieżne z oczekiwanym przez Zamawiającego, ale nabyte w innych sektorach. Ponadto obecne brzmienie kwestionowanego postanowienia w żaden sposób nie narusza interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż spośród posiadanych przez siebie realizacji może wykazać się szerszą ich gamą. Nie jest zatem obarczony również ryzykiem poniesienia szkody. Rację należy także przyznać Zamawiającemu, gdy twierdzi, że proponowany zapis powoduje nierówne traktowanie wykonawców - w szczególności w porównaniu z doświadczeniem posiadanym przez Odwołującego, który świadczy usługi w sektorze ubezpieczeń społecznych i pozostałymi wykonawcami. Odwołujący nie wykazał bowiem ani

w odwołaniu ani w toku postępowania przed Izba, iż jedynie posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie systemów informatycznych realizowanych w sektorze ubezpieczeń pozwala na uznanie, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia. Nie wykazał zatem, aby postawiony warunek oceniany przez Odwołującego jako zbyt szeroki istotnie naruszał zasadę proporcjonalności i związku z przedmiotem zamówienia, tj. aby koniecznym było jego powiązanie z sektorem ubezpieczeń. Odwołujący nie przedstawił na powyższe twierdzenie żadnych dowodów. Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż sama idea systemu informatycznego do obsługi procesów danego podmiotu nie różni się znacznie w poszczególnych sektorach, czy na poszczególnych rynkach. Odwołujący nie zdołał wykazać, aby podmioty realizujące systemy informatyczne w innych sektorach np. bankowym, systemy podatkowe, nie były w stanie prawidłowo zrealizować zamówienia. Zatem brak wykonania usługi w zakresie ubezpieczeń nie może być uznany za równorzędny z brakiem wystarczającej wiedzy fachowej do pracy z systemem Zamawiającego. Ponadto należy zauważyć, że żądanie modyfikacji przedstawione przez Odwołującego odnosi się do sektora ubezpieczeń, który obejmuje nie tylko ubezpieczenia społeczne, lecz również ubezpieczenia komercyjne (np. majątkowe), które nie są powiązane przedmiotowo z zakresem zadań Zamawiającego ani przedmiotem zamówienia. Propozycja Odwołującego dopuszczałaby zatem realizacje na rzecz podmiotów z sektora ubezpieczeniowego, natomiast wyłączała np. zamówienia wykonywane na rzecz administracji publicznej o stopniu skomplikowania często nieporównywalnym z zamówieniami dla podmiotów komercyjnych. Zaproponowany przez Odwołującego wymóg ograniczający możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne stanowiłby zatem naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust 4 ustawy Pzp, albowiem w sposób nieuzasadniony pozbawia potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia prawa do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

8. Zarzut dotyczący pkt IV.1.2) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału” ppkt 1 lit. c) - zaniechanie określenia maksymalnej ilości punktów możliwych do uzyskania.

Zarzut powyższy należy uznać za niezasadny. Słusznie zauważał Zamawiający, że Odwołujący nie podał, jaki przepis został przez Zamawiającego naruszony poprzez zaniechanie podania w pkt IV 1.2. ppkt 1 lit. c Ogłoszenia maksymalnej do uzyskania dodatkowej punktacji. Odwołujący ograniczył się do ogólnego wskazania art. 7 ustawy Pzp, z powołaniem się na spójność regulacji z postanowieniami ppkt 2 i 3, gdzie maksymalna liczba możliwych do uzyskania punktów została określona. Powołał także, iż brak takiego zapisu - przy jednoczesnym braku ograniczenia referencji do regionu UE i OECD - może prowadzić do sytuacji, w której do drugiego etapu zostaną zakwalifikowani wykonawcy,

którzy utworzą konsorcja z firmami z krajów, w których wykonanie zamówień jest niemożliwe do zweryfikowania, zaś nie zostaną zakwalifikowane największe polskie czy europejskie firmy informatyczne. Izba zauważa, iż samo podanie art. 7 ustawy Pzp jako podstawy dla dokonania zmian w treści Ogłoszenia należy uznać za niewystarczające. Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Po stronie Zamawiającego musi istnieć zatem określony ustawowy obowiązek, który został naruszony. Tymczasem Odwołujący nie podaje żadnego przepisu ustawy Pzp, który nakazywałby Zamawiającemu ustalenie takiej maksymalnej punktacji. Odwołuje się do racjonalności, logiki działań Zamawiającego, jednak powyższy aspekt czynności/zaniechań Zamawiającego nie podlega ocenie w toku postępowania odwoławczego, a w szczególności nie może stać się podstawą dla wniesienia odwołania. Za chybiony uznać należy także argument o możliwości zajścia sytuacji, w której do drugiego etapu zostaną zakwalifikowani wykonawcy, którzy utworzą konsorcja z firmami z krajów, w których wykonanie zamówień jest niemożliwe do zweryfikowania, zaś nie zostaną zakwalifikowane największe polskie czy europejskie firmy informatyczne. Abstrahując od jego de facto niemerytorycznego charakteru, przedmiotowe zamówienie nie jest skierowane wyłącznie do podmiotów działających na rynku polskim czy europejskim, zaś Zamawiający nie może kształtować warunków udziału w postępowaniu w oparciu o antycypowane przez Odwołującego trudności z późniejszą oceną złożonych wniosków. Ponadto słusznie zauważał Zamawiający, iż Odwołujący w związku ze sformułowaniem kwestionowanych zapisów Ogłoszenia w obecnym kształcie nie ponosi żadnej szkody, jak również nie został naruszony jego interes, który zasługiwałby na ochronę prawną. Może on bowiem wskazać dowolną ilość własnych realizacji.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób nie zapewniający należytej realizacji zamówienia oraz nie będący proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia nie został przez Odwołującego uzasadniony w odwołaniu i nie był podtrzymywany w toku postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe nie potwierdziły się podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia ustawy Pzp.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....