

WYROK
z dnia 4 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 lutego 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2015 r. przez **wykonawcę MEDCORE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Wielospecjalistyczny im. Dr Ludwika Błażka z siedzibą w Inowrocławiu, ul. Poznańska 97**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania na świadczenie usług dotyczących obsługi systemu informatycznego w Szpitalu Wielospecjalistycznym w Inowrocławiu wszczętego ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień publicznych w dniu 16 stycznia 2015r. za numerem 2015-6723 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy

2. kosztami postępowania obciąża Szpital Wielospecjalistyczny im. Dr Ludwika Błażka z siedzibą w Inowrocławiu, ul. Poznańska 97 i :

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę MEDCORE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19a** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od **Szpitala Wielospecjalistycznego im. Dr Ludwika Błażka z siedzibą w Inowrocławiu, ul. Poznańska 97** na rzecz **wykonawcy MEDCORE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19a** kwotę 11 067 zł. 00 gr (słownie : jedenaście sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i zastępstwa prawnego.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 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 Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług dotyczących obsługi systemu informatycznego w Szpitalu Wielospecjalistycznym w Inowrocławiu zostało wszczęte przez zamawiającego Szpital Wielospecjalistyczny w Inowrocławiu, ul. Poznańska 97 ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień publicznych w dniu 16 stycznia 2015r. za numerem 2015-6723. W dniu 21 stycznia 2015r. odwołanie na treść ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) wniósł wykonawca MEDCORE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19a (dalej odwołujący). Odwołanie zostało podpisane przez Prezesa zarządu powołanego zgodnie z nr 5/2014 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników MEDCORE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 30 grudnia 2014r i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana faksem i drogą elektroniczną w dniu 21 stycznia 2015r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) w zw. z § 1 ust 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231, dalej „rozporządzenie”), poprzez wprowadzenie wymogu załączenia do oferty, w celu dokonania przez zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt V.3 siwz) dokumentów potwierdzających, że wykonawca dysponuje osobami posiadającymi:

- a) aktualne certyfikaty InfoMedica w zakresie instalowania, wdrażania, serwisowania oraz szkolenia końcowych użytkowników dla posiadanego przez zamawiającego Oprogramowaniem Aplikacyjnym ERP przynajmniej w zakresie: Finanse-Księgowość; Kadry-Place; Gospodarka Materiałowa; Środki Trwałe i Wyposażenie (pkt VI 2.1.a siwz),
- b) aktualne certyfikaty InfoMedica lub nowszej wersji AMMS w zakresie instalowania, wdrażania, serwisowania oraz szkolenia końcowych użytkowników dla posiadanego przez zamawiającego Oprogramowania Aplikacyjnego HIS przynajmniej w zakresie: Ruch Chorych, Przychodnia, Rozliczenia, Blok Operacyjny, Medyczny Portal Informacyjny, Archiwum Dokumentacji Medycznej (pkt VI 2.1.b siwz),
- c) przynajmniej trzema osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie ochrony informacji niejawnych w systemach i sieciach teleinformatycznych wymagane przepisami art 52 ust. 4 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010r. o ochronie informacji niejawnych

3

(Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228) szkolenia przeprowadzone przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (pkt VI 2.1.c siwz),

- d) przynajmniej trzema osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie obsługi urządzeń typu firewall poświadczone certyfikatami (pkt VI 2.1.d siwz),
- e) przynajmniej trzema osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie obsługi urządzeń typu router poświadczone certyfikatami (pkt VI 2.1.e siwz),
- f) przynajmniej trzema osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie konfigurowania i administrowania sieciami IP poświadczone certyfikatami (pkt VI 2.1. f siwz),
- g) przynajmniej dwoma osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie obsługi i nadzoru okablowania sieci komputerowej poświadczone certyfikatami (pkt VI 2.1.g siwz),
- h) przynajmniej trzema osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie administrowania serwerami Microsoft Windows Server 2003/2008/2012. Wykonawca złoży dokument potwierdzający kwalifikacje tych osób (pkt VI 2.1.h siwz),
- i) przynajmniej dwoma osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie administrowania systemami LINUX poświadczone certyfikatami (pkt VI 2.1.i siwz),
- j) przynajmniej jedną osobą posiadającą wiedzę i doświadczenie w zakresie obsługi informatycznej opartej o standardy ITIL. Wykonawca złoży dokument potwierdzający kwalifikacje tej osoby (pkt VI 2.1.j siwz),
- k) dokumentem poświadczającym status autoryzowanego instalatora producenta okablowania strukturalnego (pkt VI 2.1.k siwz).

w sytuacji gdy przepisy prawa nie wskazują podstawy do żądania takich dokumentów,

2. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

3. naruszenie przepisu art. 25 ustawy przez żądanie przez zamawiającego dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w postaci obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadanie przez osoby będące w dyspozycji wykonawcy certyfikatów, o których mowa na poprzedniej stronie niniejszego odwołania,

4. przepisu art. 22 ust 4 ustawy przez sformułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez wykreślenie z tego opisu

żądania od wykonawcy załączenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca dysponuje osobami posiadającymi wskazane w zarzutach certyfikaty i dokumenty,

2) zasądzenie zwrotu kosztów postępowania, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest przedsiębiorstwem, które w zakresie swojej działalności zajmuje się realizacją usług, które są przedmiotem zamówienia. Co więcej przez ostatnie 10 lat realizowała usługi, których dotyczy przetarg ogłoszony przez zamawiającego. Obecne warunki przetargu ogłoszonego przez zamawiającą uniemożliwiają odwołującemu, pomimo że przez 10 lat świadczył te usługi w sposób należyty i w związku z tym posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie, złożenie oferty (odwołujący nie jest w stanie złożyć dokumentów bezpodstawnie żądanych przez zamawiającego). Zamawiający od wielu lat posiada te same systemy, nie nabył żadnych nowych, a obecnie zmienia wymagania odnośnie osób, które mają wykonywać zamówienie poprzez żądanie posiadania certyfikatów. Jednocześnie zamawiający sam potwierdza, że odwołujący posiada odpowiednie kwalifikacje współpracując z nią nieprzerwanie od 10 lat. Kontynuowanie postępowania z naruszeniem przepisów prawa doprowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego, ponieważ zostanie pozbawiony szansy na złożenie najkorzystniejszej oferty, uzyskanie zamówienia i w konsekwencji na uzyskanie dochodu z tego tytułu.

W pkt V.3 siwz zamawiający wskazał, że będzie dokonywał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów dołączonych do oferty, które wymienione zostały w pkt VI siwz. Z kolei w pkt VI 2.1. a — k siwz. Zamawiający wskazał, iż w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty określone dokumenty potwierdzające, że dysponuje osobami posiadającymi aktualne certyfikaty w tym certyfikaty InfoMedica lub nowszej wersji AMMS. Odwołujący wskazał, iż ww. wymóg dotyczy obowiązku wykazania się przez wykonawców, iż dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca powinien więc, zgodnie z art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy, wykazać, iż osoby (którymi będzie posługiwał się w wykonaniu zamówienia) posiadają odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, wymagane przez zamawiającego. Zamawiający zaś, powinien w sposób precyzyjny określić, jakie wymagania wobec tych osób stawia i jakie informacje (których przekazania od wykonawcy żąda) pozwolą mu na zweryfikowanie swoich potrzeb, w tym zakresie. Zamawiający tego nie uczynił. Zobowiązał wykonawców do dostarczenia dokumentów potwierdzających posiadanie przez pracowników (lub inne osoby przy pomocy, których wykonawca będzie realizował zamówienie) bliżej nieokreślonych certyfikatów. Wykonawca nie jest w stanie załączyć przedmiotowych dokumentów ponieważ nie ma możliwości, aby ustalić jakie certyfikaty (przede wszystkim przez kogo wydane) mają być w dyspozycji jego pracowników (lub innych

5

osób przy pomocy, których będzie realizował zamówienie). Pracownicy odwołującego posiadają wieloletnie doświadczenie w realizacji usług będących przedmiotem zamówienia. Nie ma w Polsce niezależnej instytucji, która certyfikowałaby przedmiotowe usługi. W żadnym miejscu siwz zamawiający nie wskazał do jakich norm (w zakresie wiedzy i doświadczenia) przedmiotowe certyfikaty mają odnosić się tak aby wykonawca mógł wykazać, że dysponuje osobami, które posiadają taką wiedzę i doświadczenie. Takie ukształtowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w postępowaniu narusza przepis art 7 ust 1 pzp (odwołujący powołał wyrok KIO z 8.12.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1362/08).

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że żądanie dokumentów potwierdzających dysponowaniem osobami posiadającymi bliżej nieokreślone certyfikaty narusza przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (DZ.U.2013.231, dalej „rozporządzenie”). Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług kontroli jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do

wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. W celu weryfikacji spełnienia przez wykonawcę warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może więc żądać tylko dokumentów i oświadczeń określonych ściśle w przepisach prawa. Tak Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 24 kwietnia 2006 r., (sygn. akt: UZP/ZO/0-1103/06). Dokumenty potwierdzające, że osoby przy pomocy których wykonawca będzie realizował zamówienie, posiadają certyfikaty nie mieści się w katalogu dokumentów, które może żądać zamawiający. Odnosnie osób, którymi wykonawca ma zamiar realizować zamówienie rozporządzenie dopuszcza jedynie (poza oświadczeniem o uprawnieniach wynikających z przepisów prawa) przedstawienie wykazu osób z odpowiednimi informacjami. Dokumenty, które żąda zamawiający bez wątpienia takim wykazem nie są. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że z żądanych przez zamawiającego certyfikatów nie będą wynikały informacje dotyczące „kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia” ponieważ zamawiający nie tylko nie określił kto jest uprawniony do wydania przedmiotowych certyfikatów, ale również co precyzyjnie mają one potwierdzać. Wskazał, że w załączniku nr 5 do siwz zamawiający zamieścił wzór „wykaz osób”. Wykaz ten jest standardowy i wykonawcy muszą w nim zamieścić informacje dotyczące osób, które będą bezpośrednio brały udział przy realizacji zamówienia tj. ich dane personalne, wykształcenie, lata doświadczenia oraz opis doświadczenia. W wykazie tym nie ma mowy o

6

dokumentach, o których mowa w pkt VI siwz (obowiązku dysponowania certyfikatami). Oznacza to, iż zamawiający żąda dokumentów, o których mowa w pkt VI siwz niezależnie od przedstawienia wykazu osób. Wykaz osób jest dokumentem, który może żądać zamawiający na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów. Pozostałych dokumentów zamawiający żądać nie może i z tego tytułu czynność zamawiającego w tym zakresie powinna zostać powtórzona i zamawiający powinien zmodyfikować siwz oraz ogłoszenie o zamówieniu.

Podkreślił, iż potencjalny wykonawca, w tym odwołujący — może posiadać odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie oraz może dysponować osobami kompetentnymi do wykonania zamówienia (na które zamawiający ogłosił przetarg), jednakże — brak dokumentu odnośnie, którego zamawiający nie określił kto ma go wystawić i jakie umiejętności ma on dokładnie potwierdzać — pozbawia takich wykonawców możliwości złożenia oferty. Odnosnie certyfikatów InfoMedica lub nowszej wersji AMMS odwołujący zwrócił uwagę, iż poza tym, że przepisy prawa nie dają podstaw do żądanie tego typu dokumentu, to przypuszczać można, że zamawiająca chciałaby aby był to certyfikat wydany przez producenta oprogramowania spółkę Asseco Poland S.A. (spółka wydaje certyfikaty o takiej nazwie). Odwołujący podkreślił, że spółka ta zajmuje się również wdrażaniem swojego oprogramowania (oprogramowania InfoMedica) i przypuszczalnie może być jednym z konkurentów startującym w niniejszym postępowaniu. Żądanie w postępowaniu od wykonawców złożenia certyfikatu InfoMedica powoduje, że to jeden z konkurentów decyduje kto oprócz niego może ubiegać się o zamówienie. Podmiot certyfikujący (w tym przypadku jeden z potencjalnych wykonawców) może oczywiście w każdej chwili swój certyfikat cofnąć i tym samym wyeliminować z postępowania wykonawców, którzy mogliby potencjalnie uzyskać zamówienie. W tej sytuacji żądanie dokumentów potwierdzających dysponowanie przedmiotowymi certyfikatami nie tylko samo w sobie pozbawione jest podstawy prawnej jako żądanie dokumentu, który nie został wymieniony w katalogu enumeratywnie wskazanym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 2013, ale również w ocenie odwołującego narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy). Odwołujący oświadczył, że wdraża i obsługuje oprogramowanie InfoMedica w wielu szpitalach na terytorium całej Polski, jednakże żądanie przedstawienia certyfikatów InfoMedica powoduje, że pomimo szerokich kompetencji odwołującego, w tym zakresie, jest on pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie.

Również oprogramowanie AMMS jest kolejnym produktem spółki Asseco. Jednakże jest to produkt odrębny od programu InfoMedica i stworzony jest w oparciu o inne rozwiązania informatyczne (inną technologię wytworzenia). Uprawniona jest teza, że osoba posiadająca doświadczenie we wdrażaniu oprogramowania InfoMedica nie posiada doświadczenia w oprogramowaniu AMMS ponieważ są one zupełnie odrębne. Odwołujący posiada

7

doświadczenie zarówno we wdrażaniu i obsłudze oprogramowania InfoMedica jak również oprogramowania AMMS i dostrzega znaczne różnice w tych produktach, jednakże żądanie przedstawienia certyfikatów InfoMedica lub nowszej wersji AMMS powoduje, że jest on pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie. Zamawiający, że nie posiada w swojej dyspozycji oprogramowania AMMS (odwołujący wie o tym, bo prowadzi dotychczasową obsługę informatyczną zamawiającej i wie jakie oprogramowanie zostało przez szpital zakupione). Oczywiście nie może być przesądzone, że oprogramowanie AMMS zostanie w ogóle nabyte przez zamawiającego ponieważ jego ewentualny zakup mógłby zostać dokonany dopiero po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego (wartość oprogramowania jest znaczna). Na rynku są programy, które realizują tożsame funkcje co oprogramowanie AMMS. W związku z tym chociażby z teoretycznego punktu widzenia nie jest (a przynajmniej nie powinno być) przesądzone, że oprogramowanie AMMS zostanie nabyte. W związku z tym żądanie certyfikatów na oprogramowanie, które nie jest w dyspozycji zamawiającego jest naruszeniem przepisu art. 22 ust. 4 ustawy przez opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie odwołującego zastanawia fakt, że w obecnym przetargu zamawiający, z jednej strony zażąda certyfikatów wystawionych przez producenta oprogramowania, z drugiej obecnie już przesądza, że w przyszłości nabędzie jego kolejne oprogramowanie (winnym wypadku nie żądałby certyfikatu na oprogramowanie, którego nie posiada).

Odwołujący wskazał również, że zamawiający nie posiada modułów oprogramowania InfoMedica takich jak Medyczny Portal Informacyjny, Archiwum Dokumentacji Medycznej. W związku z tym żądanie aby pracownicy posiadali certyfikaty, w tym zakresie, jest także naruszeniem przepisu art. 22 ust. 4 ustawy.

Odnosnie pozostałych certyfikatów żądanych przez zamawiającego odwołujący podniósł, że w tym zakresie, z tożsamych powodów, które zostały przedstawione w pierwszej części pisma, brak jest podstawy prawnej do żądania tych dokumentów.

Odwołujący oświadczył, że dysponuje osobami, które posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie jednakże niekoniecznie posiadają one certyfikaty zwłaszcza, że z siwz nie wynika jakie to mają być certyfikaty. Podobnie w zakresie dalszych punktów siwz zamawiający wskazał, że osoby, które mają wykonywać usługę powinny posiadać kwalifikacje potwierdzone dokumentami. Żądanie przedłożenia takich dokumentów, które będą potwierdzały kwalifikację potwierdzone innymi dokumentami nie znajduje oparcia w przepisach prawnych zwłaszcza, że zamawiający nie wskazał o jakie dokumenty konkretnie wnosi (przy tym rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów wprost wskazuje jakich dokumentów zamawiający może żądać). Trudno żeby wykonawca potwierdzał, że osoby mają kompetencje potwierdzone dokumentami skoro zamawiający nie określił o jakie

8

dokumenty chodzi i co ważniejsze jakie konkretnie umiejętności takie dokumenty mają potwierdzać.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający żąda od wykonawców aby osoby, które będą wykonywały zamówienia, dysponowały certyfikatami na oprogramowanie LINUX. Po pierwsze, jest to oprogramowanie open source i co do zasady żaden podmiot nie jest uprawniony do wydawania tego typu certyfikatów. Po drugie, i co, w ocenie odwołującego, ważniejsze również tego oprogramowania zamawiająca nie posiada w swoich zasobach i nie będzie ono obsługiwane w ramach zamówienia, o czym przekonuje sama zamawiająca, która w załączniku numer 2 do siwz wskazała jakie posiada oprogramowanie i system LINUX nie został w nim ujęty. Oznacza to, iż również w zakresie tego wymogu zamawiający naruszył przepis art. 22 ust. 4 ustawy.

Odnosnie żądania przedłożenia dokumentu potwierdzającego dysponowanie osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w zakresie ochrony informacji niejawnych odwołujący zauważył, że wprowadzenie tego wymogu również narusza przepis art 22 ust 4 ustawy ponieważ szpitale, co do zasady, nie dysponuje informacjami niejawnymi, o których mowa w art. 5 ustawy 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2010 r. nr 182, poz. 1228 ze zm.). Dodatkowo nawet gdyby hipotetycznie taka informacja została u zamawiającego wytworzona lub taką informacją dysponował, to nie ma żadnego uzasadnienia aby prawo do zapoznania się z tą informacją miały osoby realizujące przedmiot zamówienia, którego dotyczy postępowanie o udzielenie zamówienia o numerze M-4/2015 ogłoszone przez zamawiającego.

W punkcie siwz dotyczącym wymagań stawianych osobom przy pomocy, których wykonawca będzie realizował umowę pojawia się dodatkowo żądanie przedstawienia dokumentu poświadczającego status autoryzowanego instalatora producenta okablowania strukturalnego. Treść tego postanowienia sugerowałoby, że taki status powinien posiadać podmiot ubiegający się o zamówienie, jednakże został on zamieszczony w rozdziale dotyczącym osób przy pomocy, których wykonawca będzie realizował zamówienie i w związku z tym to osoba powinna taki status posiadać. Z tego względu wykonawca nie jest w stanie złożyć takiego dokumentu ponieważ żadna osoba fizyczna nie posiada i nie może posiadać takiego „statusu” (może mieć ewentualnie umiejętności, doświadczenie, ale nie „status”).

Odwolujący podkreślił, że zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Na poparcie swoich twierdzeń odwołał się do orzecznictwa np. wyroku KIO z dnia 20.12.2012 r. (sygn. akt: KIO 2716/12), wyroku KIO z dnia 24 kwietnia 2013 r. (KIO 830/13 oraz KIO 844/13), wyroku KIO z dnia 5 czerwca 2014 r. (KIO 938/14).

9

Reasumując odwołujący podniósł, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu sporządzony przez zamawiającego jest niezgodny z przepisami prawa i bezpodstawnie wymaga od wykonawców złożenia dokumentów, które nie są przewidziane w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów. Ponadto, zamawiający niezasadnie ogranicza krąg podmiotów, które mogą spełnić warunki określone w zamówieniu poprzez jednoczesne zaniechanie wskazania kryteriów oceny tych wymogów (swiz nie wskazuje bowiem, jakie uprawnienia wiążą się z certyfikatami). Zamawiający uniemożliwia tym samym złożenie oferty wykonawcom, których pracownicy (lub inne osoby przy pomocy, których będzie realizował zamówienie) nieposiadającym bliżej nieokreślonego certyfikatu co stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W dniu 21 stycznia 2015r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wniesieniu odwołania zamieszczając jego treść.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Na podstawie powyższego ustaliła, że wymagania zamawiającego określone w sekcji III.3 ogłoszenia o zamówieniu - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków pkt.III.3.4 Osoby zdolne do wykonania zamówienia oraz rozdział VI. 2 siwz odpowiadają zacytowanym w pkt 1 petium wniosku wymogom zamawiającego.

Dodatkowo w sekcji III.4) ogłoszenia o zamówieniu - Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy w pkt III.4.1) znajduje się informacja nie mająca swojego odpowiednika w treści siwz, że w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu należy przedłożyć:

- Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

10

Izba dopuściła dowody przedłożone przez odwołującego na rozprawie:

Z protokołu zakończenia nadzoru nad systemem informatycznym z dnia 30 stycznia

2015r. wynika, że odwołujący należycie wykonywał usługi wynikające z umowy nr 15/UP/2012 i administrowany przez niego system Infomedica jest w pełni sprawny. Z protokołu realizacji usług w miesiącu styczniu 2015r. wynika, że odwołujący wykonał świadczenie usług zgodnie z umową usługi te obejmowały m. in. administrowanie oprogramowaniem Infomedica, w tym instalowaniem aktualizacji oprogramowania, a także administrowanie serwerami sieciowymi, obsługę eksploatacyjną sieci strukturalnej w tym instalowanie i konfigurowanie urządzeń aktywnych sieci oraz nadzór i monitoring poszczególnych segmentów sieci. Korespondencję pomiędzy zamawiającym Infocomp i odwołującym w świetle informacji podanej przez zamawiającego, że Infocomp świadczy dla niego usługi na podstawie umowy okresowej, Izba uznała za wykraczające poza zarzuty odwołania, albowiem Izba nie posiada kompetencji do rozpoznawania zarzutów na czynności lub zaniechania zamawiającego innym postępowaniu niż to, w którym zostało wniesione odwołanie. Zatem ewentualne nieprawidłowości związane z zawarciem umowy okresowej nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Izba uznała za nie służący udowodnieniu zarzutów odwołania dowód w postaci ogłoszenia Infocomp o naborze na stanowisko specjalisty ds. zastosowań informatyki, albowiem z dokumentu tego nie wynika, że nabór dotyczy stanowisk związanych z wykonywaniem usługi na rzecz zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z § 1 ust 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231, dalej „rozporządzenie”), poprzez wprowadzenie wymogu załączenia do oferty, w celu dokonania przez zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt V.2 siwz) dokumentów potwierdzających, że wykonawca dysponuje osobami posiadającymi wymienione w tym punkcie certyfikaty lub

11

dokumenty poświadczające kwalifikacje lub status, w sytuacji gdy przepisy prawa nie wskazują podstawy do żądania takich dokumentów

Oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji

Oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie przepisu art. 25 ustawy przez żądanie przez zamawiającego dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenie postępowania, w postaci obowiązku przedłożenia dokumentów potwierdzających posiadanie przez osoby będące w dyspozycji wykonawcy certyfikatów, o których mowa na poprzedniej stronie niniejszego odwołania,

Oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 22 ust 4 ustawy przez sformułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Ramy prawne w jakich rozpoznawane są podniesione przez odwołującego zarzuty to :

Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 22 ust. 1. Ustawy, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

pkt. 3) - dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do

wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W myśl art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

12

Zgodnie zaś z § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, zamawiający może żądać następujących dokumentów:

6) oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług lub robót budowlanych oraz liczebności personelu kierowniczego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie;

7) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

8) oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

W niniejszym postępowaniu jest bezsporne, że zamawiający zażądał certyfikatów Infomedica lub AMMS, certyfikatów potwierdzających wiedzę i doświadczenie w zakresie obsługi urządzeń typu firewall, router, certyfikatów potwierdzających wiedzę i doświadczenie w zakresie konfigurowania i administrowania sieciami IP, z zakresie obsługi i nadzoru okablowania sieci komputerowej, w zakresie administrowania serwerami Microsoft Windows Server, administrowania systemami Linux, obsługi informatycznej opartej o standardy ITIL, a także dokumentu poświadczającego status autoryzowanego instalatora producenta okablowania strukturalnego. Izba analizując podany wyżej stan prawny stwierdziła, że zamawiający w pierwszej kolejności nie był uprawniony do żądania od wykonawców złożenia tych dokumentów. Przede wszystkim przepisy § 1 rozporządzenia stanowią zamknięty katalog dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dla warunku posiadania potencjału kadrowego są to:

- oświadczenie na temat wielkości średniego zatrudnienia oraz liczebności personelu kierowniczego,
 - wykaz osób, w którym zamawiający może żądać podania informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, zakresu wykonywanych czynności i podstawie dysponowania tymi osobami.
 - oświadczenie, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, o ile ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.
- Skoro katalog jest zamknięty i oparty wyłącznie o oświadczenia wykonawcy, bo wykaz osób jest także oświadczeniem wiedzy wykonawcy, co do tego jakimi osobami o jakich walorach

13

dysponuje, to zamawiającemu nie wolno jest nakładać na wykonawców obowiązku przedkładania innych dokumentów, niedopuszczonych przez rozporządzenie. W tym także niedopuszczalne jest żądanie składania certyfikatów, zamawiający może natomiast oczekiwać natomiast podania informacji jaki certyfikat dana osoba posiada o jakim numerze, przez kogo wydany, z jakiej daty i co potwierdzający, gdyż to są informacje na temat

kwalifikacji, czy wykształcenia.

O nietrafności tezy zamawiającego, że skoro może żądać informacji od wykonawcy, to może żądać informacji od innych podmiotów tj. wystawców certyfikatu, świadczy choćby to, że ustawodawca zezwalając zamawiającemu na żądanie oświadczenia o uprawnieniach posiadanych przez kadrę, także nie zezwolił na składania odpisów dyplomów, czy kserokopii zaświadczeń o uprawnieniach np. budowlanych, uznając za wystarczające dla potrzeb postępowania o zamówienie publiczne jedynie oświadczenia wykonawcy w tym zakresie i to ograniczonego do tylko takich uprawnień zawodowych, które wynikają z przepisów prawa. Nie można zatem zgodzić się z zamawiającym, że prawnie dopuszczalne jest żądanie dokumentów w miejsce oświadczeń wykonawcy. O tym, że przepis § 1 rozporządzenia stanowi katalog zamknięty świadczy jednoznacznie delegacja ustawowa do wydania tego przepisu wykonawczego zawarta w art. 25 ust. 2 ustawy. Tym samym, już choćby z tego powodu odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Jednakże Izba stwierdziła, że również wymaganie zamawiającego wykazania szkoleń przeprowadzonych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego jest niezgodne z § 1 rozporządzenia, gdyż w tym katalogu dokumentów nie określono dla zamawiającego prawa do żądania tego typu dokumentu, czy oświadczenia. Jedynie zamawiającym składającym zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa wolno zgodnie z § pkt. 2 lit. d i e żądać od wykonawców dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie wymagań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa informacji lub dostaw, lub dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania. Tym samym również i to wymaganie zamawiającego wykraczało poza katalog dokumentów, jakich mógł żądać, zgodnie z rozporządzeniem.

Już same zatem przepisy wykonawcze do ustawy dawały Izbie podstawę do uwzględnienia niniejszego odwołania. Jednakże w ocenie Izby zasadne jest również stwierdzenie, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 i art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy, albowiem o ile w odniesieniu do żądania dokumentowania umiejętności osób w zakresie instalowania, wdrażania, serwisowania oraz szkolenia użytkowników końcowych dla oprogramowania posiadanego przez zamawiającego, to w ocenie Izby jest to wymóg związany z przedmiotem zamówienia, gdyż bezsporne jest, że zamawiający posiada oprogramowanie Infomedica i to oprogramowanie jest elementem systemu informatycznego, który obsługiwać ma wykonawca. Natomiast należy rozważyć, czy wymóg podania informacji na temat

14

posiadanych certyfikatów producenta dotyczących tego oprogramowania jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby odwołujący udowodnił złożonymi przez siebie protokołem zakończenia nadzoru nad systemem informatycznym i protokołem realizacji usług, że dla należytego wykonania usługi, w tym administrowania systemem Infomedica i AMMS, który co było bezsporne pomiędzy stronami kadra odwołującego nie posiada. Zamawiający nie wykazał w ocenie Izby obiektywnej potrzeby dysponowania przez wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie kadrą posiadającą takie certyfikaty. Zamawiający wskazywał bowiem jedynie ogólnie, że posiadanie takich certyfikatów czyni kadrę bardziej wiarygodną. W ocenie Izby brak jest dowodu po stronie zamawiającego przeczącego dowodom odwołującego, że bez wymaganych certyfikatów można wykonać przedmiotowe zamówienie w sposób należyty. Tym samym Izba uznała postawione wymaganie za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a zatem żądany dokument był zbędny w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie był adekwatny do przedmiotu zamówienia, co narusza art. 22 ust. 4 ustawy, a także art. 22 ust. 5 zd. 1 ustawy, który stanowi, że warunki, o których mowa w ust. 1 art. 22 ustawy oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Co do pozostałych żądanych certyfikatów, to w ocenie Izby rację należy przyznać odwołującemu, że zamawiający nie dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem nie określił jakie kwalifikacje zawodowe, doświadczenie czy wykształcenie mają informacje o posiadanych certyfikatach potwierdzać, nadto wymaganie było opisane w sposób umożliwiający arbitralną ocenę zamawiającego na etapie składania ofert, gdyż żądanie wykazania się certyfikatem w zakresie obsługi urządzeń typu firewall, router, przy wielości tego typu urządzeń na rynku i różnych technologiach jakie

obsługują i w jakich pracują nie pozwala na ustalenie, co zamawiający uzna za potwierdzające spełnianie jego wymagań na etapie oceny ofert, również nie wskazanie podmiotu certyfikującego na etapie oceny ofert może prowadzić do arbitralnej oceny złożonych ofert i w konsekwencji do nierównego traktowania wykonawców. Co do wiedzy i doświadczenia w zakresie konfigurowania i administrowania sieciami brak jest określenia parametrów tej sieci jak i wskazania wystawcy certyfikatu na temat, którego zamawiający oczekuje informacji. Analogiczny brak wskazania jakiemu celowi służy informacja na temat certyfikatu w zakresie obsługi i nadzoru okablowania sieci komputerowej, administrowania serwerami, administrowania systemem Linux, czy obsługi informatycznej opartej o standardy ITIL. Te braki powodują, że ocena spełniania warunku może nie być oparta na jednoznacznych przejrzystych zasadach wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, ale o

15

osobiste przekonanie zamawiającego, który certyfikat jest lepszy. Co więcej zamawiający poza lakonicznym podaniem, że są różne certyfikaty dostępne na rynku nie był w stanie podczas rozprawy wskazać, jakie certyfikaty uzna za spełniające jego wymogi. W ocenie Izby nie jest związany z przedmiotem zamówienia opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczący wykazania się wiedzą i doświadczeniem w administrowaniu serwerami, których zamawiający nie posiada tj. Microsoft Windows Server 2008 i 2012, a z brzmienia wymagania wynika, że wykonawca miał się wykazać osobami mającymi kwalifikacje w administrowaniu wszystkimi tymi serwerami, czy wykazania kadry posiadającej umiejętność administrowania systemem Linux, którego zamawiający nie posiada (czemu nie przeczył). Również za niezwiązany z przedmiotem zamówienia należało uznać wymóg posiadania statusu autoryzowanego instalatora producenta okablowania strukturalnego, skoro jak wynika z załącznika nr 2 do SIWZ zadanie 5 wynika, że czynności jakie ma wykonywać wykonawca nie obejmują instalacji nowego okablowania w celu usunięcia przyczyn nieprawidłowego funkcjonowania sieci strukturalnej i telefonicznej. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 4 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego w sposób niezwiązany lub nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz przez żądanie złożenia dokumentów wykraczających poza katalog dokumentów objętych rozporządzeniem, a także takich, co do których nie wykazał ich niezbędności do przeprowadzenia postępowania. Biorąc pod uwagę oświadczenie zamawiającego złożone na rozprawie, że w dniu 26 stycznia 2015r. upłynął termin składania ofert i że zamawiający dokonał czynności otwarcia ofert, oraz mając na uwadze, że dokonywanie zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuszczalne jest jedynie przed upływem terminu składania ofert – art. 38 ust. 4 ustawy, a także art. 191 ust. 2 ustawy nakazujący Krajowej Izbie Odwoławczej przy wydawaniu wyroku brać pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, należało uznać, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

16

(Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący:

17