

Sygn. akt: KIO/UZP 296 /08

KIO/UZP 303 /08

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Izabela Kuciak
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 kwietnia 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **7 kwietnia 2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin

B. GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Edukacji Narodowej, Al. Jana Chrystiana Szucha 25, 00-918 Warszawa** protestów:

A GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin z dnia 14 marca 2008 r.

B. GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin z dnia 19 marca 2008 r.

Przy udziale wykonawcy:

1. Konsorcjum: MCSI Ltd Sp z o.o. ul. Cybulskiego 3 00-725 Warszawa, PWN.PL

Sp. z o.o. ul. Grabiszyńska 281 Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

2. Konsorcjum: Young Digital Planet S.A. ul. Słowackiego 175, 80-298 Gdańsk, ComArch S.A. Aleja Jana Pawła II 39A, Kraków, Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej ul. Poziomkowa 12, Wrocław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddała oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin**
 - B.** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26., 20-140 Lublin**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 500 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc pięćset zł zero gr) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty **750 zł 00 gr** (słownie: siedemset pięćdziesiąt zł zero groszy) przez **GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26., 20-140 Lublin** na rzecz **Ministerstwa Edukacji Narodowej, Al. Jana Chrystiana Szucha 25, 00-918 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- B. kwoty 750 zł 00 gr** (słownie: siedemset pięćdziesiąt zł zero groszy) przez **GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26., 20-140 Lublin** na rzecz **Ministerstwa Edukacji Narodowej, Al. Jana Chrystiana Szucha 25, 00-918 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących w tym:
- A. kwoty 17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin**
- B. kwoty 17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **GILDIA Sp. z o.o. ul. Rudnicka 26, 20-140 Lublin**

Uzasadnienie

Ministerstwo Edukacji Narodowej prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest dostawa oprogramowania edukacyjnego dla szkół wyposażonych w pracownie komputerowe w ramach projektu – Pracownie komputerowe dla szkół. Przedmiot postępowania podzielony został na 3 zadania.

Zamawiający dokonał czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu we wszystkich zadaniach oraz przekazał informację o jej wynikach Wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wraz z informacją, którzy z Wykonawców zostaną zaproszeni do składania ofert (pismem z dnia 6.03.2008 roku dla zadania 1 i 2 oraz pismem z dnia 11.03.2008 roku odrębnie dla zadania 3).

Z ustaleniami Zamawiającego nie zgodził się Gildia Sp. z o.o. (GILDIA). W proteście wniesionym w dniu 14.03.2008 roku (w odniesieniu do zadania 1 i 2) oraz w dniu 19.03.2008 roku (w odniesieniu do zadania 3) zarzucił Zamawiającemu zaniechanie i dokonanie czynności polegających na:

1. dokonaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezgodnie z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawartym w pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu - zdolność techniczna – co skutkuje

naruszeniem art. 51 ust. 1 i 1 a w związku z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 223, poz. 1655 - ustawa);

2. poinformowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie poinformowaniu o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, pomimo tego, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu została przeprowadzona niezgodnie z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawartym w pkt III.2.3) zdolność techniczna – ogłoszenia o zamówieniu, co skutkuje naruszeniem art. 51 ust. 1 i 1 a w związku z art. 22 ust. 1 ustawy;

3. zaniechaniu wykluczenia wykonawców z postępowania, po ew. wezwaniu wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

GILDIA wskazał, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż prawidłowe działanie Zamawiającego umożliwiłoby mu uzyskanie zaproszenia do składania ofert, złożenie oferty w postępowaniu i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Podnosząc zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 oraz art. 51 ust. 1 i 1a ustawy Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie wyników udziału w postępowaniu;
2. dokonaniu ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów potwierdzających

spełnianie tych warunków – po ew. przeprowadzeniu procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy;

4. ponowne poinformowanie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

W uzasadnieniu Protestujący wywiódł, że Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (pkt III.2.3. Ogłoszenia) w taki sposób, że wykonawca powinien wykazać się realizacją jednej lub kilku dostaw oprogramowań edukacyjnych, posiadających zalecenie Ministra ds. Oświaty i Wychowania jako środek dydaktyczny, odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, o wartościach określonych odrębnie dla każdego z trzech zadań. Oznacza to, że aby spełnić tak opisany warunek wykonawca winien wykazać dostawy oprogramowania, posiadającego zalecenie Ministra ds. Oświaty i Wychowania jako środek dydaktyczny.

1. w odniesieniu do zadania 1 – zrealizowane na dla szkół podstawowych;
2. w odniesieniu do zadania 2 – zrealizowane dla szkół gimnazjów;
3. w odniesieniu do zadania 3 – zrealizowane na dla szkół ponadgimnazjalnych, policealnych oraz zakładów kształcenia nauczycieli.

4

GILDIA podniósł, że Zamawiający dokonał czynności oceny wniosków złożonych w postępowaniu niezgodnie z sformułowanym przez siebie wymaganiem, gdyż wykonawcy, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert nie wykazali dostaw oprogramowania odrębnie dla każdego z ww. typów szkół.

Powyższe stanowisko Protestujący uzasadniał również w ten sposób, że wykonawcy winni wykazać odrębnie kompetencje w odniesieniu do każdego z typów szkół, gdyż inne są wymagania merytoryczne dotyczące dostaw, które mają zostać zrealizowane dla każdego z typów szkół. Twierdzenie to GILDIA wywodził z faktu, że ze względu na różnice programowe, w tym również podstawy programowej oprogramowanie będące przedmiotem zamówienia może mieć charakter pomocy w nauce, wspierania procesu nauki lub oprogramowania edukacyjnego (np. oprogramowanie dla nauki dla osób niepełnosprawnych lub atlasy). Oprogramowanie nie jest produktem wystandaryzowanym, gdyż inny jest program nauczania na etapach szkoły podstawowej, gimnazjum i szkoły średniej oraz różne są metody nauczania stosowane do przekazywania wiedzy i umiejętności uczniom na różnych etapach kształcenia. Różnice dotyczą również procesu dostawy oprogramowania edukacyjnego dla poszczególnych szkół, gdyż wymagają innych kompetencji wykorzystywanych na etapie budowy, dostawy i instalacji oprogramowania.

Zamawiający winien wyodrębnić referencje odnoszące się do poszczególnych zadań i dokonać odpowiedniej kwalifikacji wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe twierdzenia Protestujący wywiódł, że wykonawcy zaproszeni do składania ofert nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie spełniają opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub nie złożyli potwierdzających tę okoliczność dokumentów i powinni zostać po ew. przeprowadzeniu procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy wykluczeni z postępowania.

Zamawiający rozstrzygnął protesty w dniach 21.03.2008 (w odniesieniu do Zadania 1 i 2) oraz w dniu 27.03.2008 roku (w odniesieniu do zadania 3) przez odrzucenie obu protestów. Zamawiający uznał, że zarzuty protestu kierowane są w istocie przeciwko opisowi warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że jeśli doświadczenie posiadane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia powinno być potwierdzane w odniesieniu do konkretnych typów szkół, to Protestujący winien podnieść ten zarzut po publikacji Ogłoszenia o zamówieniu w dniu 5 lutego 2008 roku i przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Aktualnie protest jest spóźniony i podlega odrzuceniu stosownie do art. 180 ust. 7 ustawy.

5

Zamawiający podniósł dodatkowo, że Protestujący nie zastosował się do własnej tezy składając wniosek oraz dokumenty w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu.

Wskazując na definicję „środka dydaktycznego” zawartej w Rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 24.04.2002 roku w sprawie warunków i trybu dopuszczenia do użytku szkolnego programów nauczania, programów wychowania przedszkolnego i podręczników oraz zalecania środków dydaktycznych Zamawiający wskazał, że rodzajem dostawy jest rodzaj dostarczonego środka dydaktycznego (t.j. oprogramowania edukacyjnego posiadającego zalecenie ministra właściwego do spraw oświaty i wychowania), nie zaś etap edukacyjny (poziom nauczania na którym oprogramowanie winno być wykorzystywane). Zamawiający wyjaśnił również, że formułując sporny warunek oparł się na brzmieniu Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) celem potwierdzenia posiadania przez wykonawców niezbędnej wiedzy i doświadczenia w realizacji dostaw oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający nie żądał wykazania dostaw tożsamyh z przedmiotem zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje, że nie ma znaczenia, do jakich szkół i jakie oprogramowanie było wcześniej dostarczane przez wykonawcę.

Zamawiający uznał, że powyższe przyczyny przesądzają o niemożności uznania protestów za merytorycznie uzasadnione oraz wskazał, że Konsorcjum TALEX oraz MSCI Ltd Sp. z o.o. poddało w wątpliwość interes prawny Protestującego.

W dniu 31.03.2008 roku (w odniesieniu do zadania 1 i 2) oraz 1.04.2008 roku (w odniesieniu do zadania 3) GILDIA (Odwołujący się) wniósł odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w których wykazywał, że złożone przez niego protesty nie podlegały odrzuceniu oraz ponawiał żądania, wnioski oraz argumentację zawartą w protestach.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu a następnie odwoławczego (po stronie Zamawiającego) przystąpili:

1. w odniesieniu do zadania 1 i 2:

- Konsorcjum: Young Digital Planet S.A., ComArch S.A., Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej;
- Konsorcjum: MSCI Ltd Sp. z o.o., PWN.PL Sp. z o.o.;

2. w odniesieniu do części 3;

- Konsorcjum: Young Digital Planet S.A., ComArch S.A., Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej;

6

Przystępujący domagali się odrzucenia odwołania, bądź jego oddalenia oraz kwestionowali interes prawny Odwołującego się.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w obu odwołaniach podniesione zostały zarzuty identyczne zarówno pod względem formalnym (kwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego, żądania odwołań i wskazanie naruszonych przepisów ustawy) oraz oba oparte są na tożsamyh okolicznościach faktycznych, zarówno odniesieniu do zadania 1 i 2 jak i zadania 3. Zatem ustalenia i wnioski Izby dotyczą obu odwołań łącznie i łącznie zostaną zaprezentowane w uzasadnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, oryginałów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zaleceń dla ubiegających się o wpisanie środka dydaktycznego (z wyłączeniem książek) do wykazu środków zalecanych do użytku szkolnego i opisy oprogramowań edukacyjnych posiadających zalecenie MENiS (wydruk ze strony internetowej MEN) oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników złożonych na rozprawie.

W oparciu o powyższe Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE w dniu 5.02.2008 roku pod numerem 2008/S 24-031656 oraz było zamieszczone w siedzibie Zamawiającego i na jego stronie internetowej WWW.men.gov.pl od dnia 5.02.2008 do dnia 13.02.2008 roku oraz w Gazecie Wyborczej w dniu 7.02.2008 roku.

W postępowaniu złożono 11 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (do każdej z części). Do dnia rozpatrzenia odwołania Zamawiający dokonał czynności oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców, nie kierował zaproszenia do składania ofert.

Odwołujący się został sklasyfikowany przez Zamawiającego na 10 miejscu. Zamawiający zamierza do składania ofert zaprosić 6 wykonawców (pkt IV.1.2. Ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający przewidział ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej z uwzględnieniem liczby i wartości wykonanych dostaw. Wykonawca, który wykazał większą liczbę dostaw, oraz ich większą wartość otrzymywał większą ilość punktów (pkt IV.1.2. Ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący się wraz z wnioskiem o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu przedstawił wykaz wykonanych dostaw – zawierający 1 dostawę (str. 18 wniosku) oraz dokument poświadczający jej należyte wykonanie (str. 19 wniosku). Wartość wykonanej dostawy – 958.393 zł. Złożone przez Odwołującego się dokumenty nie wskazują, na rzecz jakiego typu

7

szkoły była zrealizowana dostawa. Referencje z dnia 6.02.2008 roku wystawił Magnus – Producent Mebli i Wyposażenia Szkolnego.

Odwołujący się nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołań.

W ocenie Izby w aktualnym stanie prawnym interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez Wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez Wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny *sensu stricto*) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny *sensu largo*).

Odwołujący się nie wykazuje interesu prawnego w ww. rozumieniu. W ocenie Izby do uznania uszczerbku w interesie prawnym nie wystarcza jedynie stwierdzenie, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. W obu przypadkach naruszenie to powinno zostać udowodnione przez Odwołującego się. Istnienie interesu prawnego powinno być udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione (vide wyrok SO w Lublinie z dnia 16.06.2005r., sygn. akt II Ca 327/05).

W ocenie Izby Odwołujący się nie uprawdopodobnił nawet istnienia uszczerbku w swoim interesie prawnym. Przede wszystkim nie wykazał, że nawet w przypadku uznania przez Zamawiającego jego żądań miałby możliwość uzyskania zaproszenia do składania ofert. Wniesione przez niego odwołanie nie wstrusza wprost dokonanej przez Zamawiającego oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zawiera zarzutów w stosunku do wykonawców, którzy uzyskali wyższą od Odwołującego się ocenę spełniania warunków. Analiza wniosków złożonych w postępowaniu prowadzi do stwierdzenia, że Odwołujący się wykazuje najmniejsze zarówno pod względem ilości dostaw, jak i ich wartości doświadczenie. Jest zatem nieuzasadnione jego stwierdzenie, że w przypadku przyjęcia przez Zamawiającego jego interpretacji opisu warunków udziału w postępowaniu miałby możliwość uzyskania zaproszenia do składania ofert. W ocenie Izby treść przedłożonych przez Odwołującego się dokumentów nie wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, iż spełniałby on warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego, gdyby pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu był interpretowany zgodnie z jego żądaniem.

Do odmiennych wniosków nie prowadzi również wykładnia prowsłnotowa art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż zakłada ona, iż wykonawcy, którzy nie mogą uczestniczyć w postępowaniu wskutek nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego, posiadają interes prawny w uzyskaniu zamówienia, o ile wykażą, że domniemanie nieprawidłowości wiąże się z poniesionym przez nich lub grożącym im uszczerbkiem (tak m.in. P. Wierzbicki „Trzeba zmienić przepisy. Interes prawny jako przesłanka skorzystania ze środków odwoławczych”,

8

PZP Nr 1 z 2005 roku). Okoliczności te nie zostały wykazane przez Odwołującego się.

Odwołujący się nie wykazał również, że nawet w razie zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy ocena dokonana w stosunku do niego przez Zamawiającego uległaby zmianie.

Ponadto, o czym niżej, wobec braku potwierdzenia zarzutów, Odwołującego się nie zachodzi, na obecnym etapie postępowania obawa, iż zamówienie zostanie udzielone

wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy i zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego dotknięta będzie sankcją nieważności (*ex tunc*). W tym kontekście przytoczony przez Odwołującego się wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 25.08.2006 roku, sygn. akt. II Ca 417/06 oraz treść art. 51 ust. 2 zd. 2 ustawy nie stanowią wystarczającego uzasadnienia dla uznania posiadania przez Odwołującego się interesu prawnego.

Podstawą faktyczną sporu jest treść pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający ustanowił w nim warunek wykazania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, dostawy polegające na dostarczeniu w jednej lub kilku dostawach (przez kilka Zamawiający rozumie od dwóch do dziewięciu dostaw) jednego lub kilku oprogramowań edukacyjnych posiadających zalecenie Ministra ds. Oświaty i Wychowania jako środek dydaktyczny, odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o łącznej wartości równej lub większej niż: dla zadania 1 – 200.000 brutto PLN, dla zadania 2 – 190.000 brutto PLN, dla zadania 3 – 490.000 brutto PLN.

Treść tego postanowienia Ogłoszenia wypełnia dyspozycję §1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605).

Okolicznością sporną między stronami jest, czy pojęcie „dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia” użyte w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu odnosi się do dostaw zrealizowanych na rzecz określonych typów szkół i w konsekwencji, czy zdolność techniczna wymagana przez Zamawiającego powinna być badana w postępowaniu w odniesieniu do poszczególnych typów szkół.

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE zamawiający może określić „minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego”. Cytowany wyżej przepis Rozporządzenia mówi o dostawach odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia.

9

Zdaniem Izby pogląd, iż w postępowaniu należy badać doświadczenie wykonawców jedynie w odniesieniu do poszczególnych typów szkół nie znajduje oparcia, zarówno w treści Ogłoszenia o zamówieniu, jak i przepisach prawa.

W ocenie Izby Zamawiający w treści pkt III. 2.3). Ogłoszenia wskazał, że pod pojęciem dostawy odpowiadających swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia rozumie dostawę oprogramowań edukacyjnych posiadających zalecenie Ministra ds. Oświaty i Wychowania jako środek dydaktyczny, bez odniesienia do poszczególnych typów szkół. Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu przedmiotem zamówienia jest dostawa istniejącego oprogramowania, nie zaś stworzenie i instalacja nowego produktu. Izba podziela argumentację Zamawiającego i przystępujących do postępowania odwoławczego po jego stronie, że przedmiotem zamówienia są wyroby gotowe. Wynika to zarówno z treści zaleceń dla ubiegających się o wpisanie środka dydaktycznego (z wyłączeniem książek) do wykazu środków zalecanych do użytku szkolnego, które informują wprost, że do wykazu tego mogą być wpisane wyroby gotowe, jak też z § 11 Rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 26.02.2002 r. w sprawie warunków i trybu dopuszczania do użytku szkolnego programów nauczania i podręczników oraz zalecania środków dydaktycznych (Dz. U. nr 69 poz. 635 - obowiązującego w części dotyczącej środków dydaktycznych), który to przepis wskazuje *expressis verbis* na wyroby gotowe. Izba dopuściła jako dowód zaleceń dla ubiegających się o wpisanie środka dydaktycznego (z wyłączeniem książek) do wykazu środków zalecanych do użytku szkolnego oraz opisy oprogramowań edukacyjnych posiadających zalecenie MENiS na potwierdzenie ww. faktu oraz na okoliczność, że istnieją programy edukacyjne, które mogą być stosowane w różnych typach szkół.

Odwołujący się nie wskazał innego dowodu, który mógłby tę tezę wzruszyć.

Wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego się (w oparciu o ww. dowód w sprawie), że środki dydaktyczne powinny być dedykowane do określonych poziomów nauczania co

odpowiada określonym typom szkół: szkoła podstawowa, gimnazjum, liceum nie podważa dokonanego przez Izbę w oparciu o ww. dowód ustalenia, że przedmiotem postępowania są istniejące programy edukacyjne (wyroby gotowe) oraz, że istnieją programy edukacyjne, które mogą być stosowane w różnych typach szkół.

Wobec powyższych ustaleń za nietrafną uznaje Izba argumentację odwołania, że odmienne są kompetencje wykonawcy w stosunku do oprogramowania dostarczanego do różnych typów szkół. Twierdzenia te miałyby zastosowanie do produkcji oprogramowania edukacyjnego lub jego instalacji, które nie są przedmiotem postępowania.

Pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu jest adekwatny do przedmiotu zamówienia.

Dotychczasowa ugruntowana linia orzecznicza wskazuje, że Zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego

10

sobie celu tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Granicę kompetencji Zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1 ustawy). Izba stwierdza, że przy ustanowieniu warunku udziału w postępowaniu stanowiącego podstawę faktyczną sporu zasady te nie zostały naruszone. Przeciwnie, w ocenie Izby przyjęcie zaprezentowanej przez Odwołującego się interpretacji spornego zapisu Ogłoszenia uniemożliwiłoby ubieganie się o udzielenie zamówienia w poszczególnych zadaniach wykonawcom zdolnym do ich realizacji. Odwołujący się nie wykazał przesłanek, z których wynikałoby, iż wykonawcy, którzy nie wykonywali dostaw będących przedmiotem zamówienia w odniesieniu do innych szkół, niż te, które mają być odbiorcami zaproponowanych w postępowaniu dostaw - nie mogliby wykonać przedmiotowego zamówienia z należytą starannością, tym samym uniemożliwiłoby to udzielenie zamówienia w warunkach konkurencji (podobnie: wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 5.04.2006 roku, sygn. akt. ZO/UZP/0-946/06)

Izba ustaliła ponadto, że sporny warunek został jednoznacznie opisany w Ogłoszeniu o zamówieniu, co wynika m.in. z treści wniosków złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 i 1a ustawy w związku z art. 22 ust. 1 ustawy nie znalazł potwierdzenia.

Odwołujący się nie podnosił zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy na rozprawie. Izba stwierdza, że Odwołujący nie udowodnił zarzutu naruszenia przez Zamawiającego (art. 188 ust. 1 ustawy w zw. Z art. 6 k.c.)

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art.191 ust. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Za uzasadnione uznano koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 1 500,00 zł zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

11

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*