

"BLSTREAM" Sp. z o.o.
Plac Hołdu Pruskiego 9
70-550 SZCZECIN
REGON 811926037
NIP 851-26-24-015

Szczecin, dnia 26 marca 2009 r.

Protestująca:

BLStream Sp. z o.o.
Pl. Hołdu Pruskiego 9
70 – 550 Szczecin

Zamawiający:

Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i
Gospodarki Wodnej
ul. Konstruktorska 3a,
02-673 Warszawa

PROTEST


BLStream Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Protestująca”), działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. – dalej: „PZP”), wnosi niniejszym protest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego na „Dostawa i wdrożenie generatora wniosków o płatność dla projektów Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko (POLiŚ)” i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 22 ust. 2 PZP;
- art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP;
- art. 7 ust. 1 PZP;
- § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 – dalej: „Rozporządzenie w sprawie dokumentów”),

wnosi o:

- (1) zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu:
 - (a) w zakresie, w jakim w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania co najmniej 4 specjalistami, którzy w przedmiotowym zamówieniu będą pełnili następujące funkcje: analityk,

ZZr/268/2009

 24.03.2009 r.

specjalista ds. bezpieczeństwa, projektant, programista wymaga się, aby ich doświadczenie zawodowe obejmowało co najmniej 1 projekt znajdujący się na liście projektów, które wykazywać będzie Wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku wykonania co najmniej 3 projektów odpowiadające swoim rodzajem niniejszemu zamówieniu,

(b) w zakresie, w jakim w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy wymaga się, aby projekty, którymi legitymuje się wykonawca obejmowały także kwalifikowany podpis elektroniczny,

- poprzez dostosowanie treści ogłoszenia do wymogów obowiązującego prawa, w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego protestu,

- (2) zmianę ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisującym Zasady Kwalifikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, poprzez wskazanie precyzyjnego sposobu przyznawania punktów w ramach oceny wniosków;
- (3) ewentualnie o unieważnienie postępowania.

UZASADNIENIE

(I)

Zgodnie z III.2 Sekcji III ogłoszenia p zamówieniu opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych wykonawca zobowiązany jest wykazać, iż dysponuje lub będzie dysponował co najmniej 4 specjalistami, którzy będą pełnili następujące funkcje: analityk, specjalista ds. bezpieczeństwa, projektant, programista. Dalej wymaga się, aby każdy ze specjalistów, w co najmniej 3 projektach pełnił taką samą funkcję lub funkcję równoważną pod względem zakresu obowiązków do tej, w której jest przewidziany w niniejszym zamówieniu, a co najmniej 1 projekt ze wykazanych przez każdego specjalistę, musi znajdować się na liście projektów, które wykazywać będzie Wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku określonego jako warunek dotyczący doświadczenia Wykonawca. Tym samym Zamawiający *de facto* wymaga, aby osoby, którymi dysponuje wykonawca ubiegający się i udzielenie zamówienia brały udział w realizacji dokładnie tych samych projektów, które przedkłada sam wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia wykonawcy. Tak opisany warunek udziału w postępowaniu w sposób jawny narusza zakaz wynikający z art. 22 ust. 2 PZP, tj. zakaz określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, a poprzez to generalną zasadę wynikającą z postanowień art. 7 ust. 1 PZP.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w

wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Wskazany przepis jednoznacznie wskazuje, iż zamawiający jest uprawniony do żądania informacji nt. doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia. Źródłem doświadczenia danej osoby niezbędnej do wykonania zamówienia (rozumianego jako ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć), jest realizacja projektów określonego rodzaju i bez znaczenia jest przy tym czy projekty te były realizowane w strukturze organizacyjnej podmiotu A, czy też w strukturze organizacyjnej podmiotu B. Dla zdobycia doświadczenia i oceny dysponowania takim doświadczeniem relewantna jest wyłącznie okoliczność uczestnictwa w wykonywaniu projektu danego rodzaju, a nie w wykonywaniu projektu danego rodzaju z oznaczonym podmiotem.

W przedmiotowym przypadku Zamawiający z niewiadomych przyczyn wymaga, aby doświadczenie osób, którymi dysponuje wykonawca pochodziło w realizacji konkretnych projektów, a mianowicie dokładnie tych samych, które wykazuje sam wykonawca. Doświadczenie osoby, którą dysponuje wykonawca może być z powodzeniem zdobyte na przy realizacji projektów o określonych cechach, jednakże na ma żadnego wytłumaczenia, aby koniecznie pochodziło z realizacji projektów dokładnie tych samych, które ma wykazać wykonawca na potwierdzenie swojego doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, jak do tej pory, nie orzekała w przedmiocie tak formułowanych warunków udziału w postępowaniu dot. osób, którymi dysponuje wykonawca, tym nie mniej jej orzecznictwo (a wcześniej orzecznictwo Zespołów Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych) w sprawie oceny doświadczenia samego wykonawcy jednoznacznie wskazuje, iż źródłem doświadczenia jest realizacja przedsięwzięć określonego rodzaju, przy czym kryteriami wyodrębnienia rodzaju danego przedsięwzięcia są tylko kryteria przedmiotowe, nigdy zaś kryteria podmiotowe. Np. w wyroku z dnia 1 lipca 2008 r. (sygn.. akt KIO/UZP 597/08) Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż *doświadczenie niezbędne do ubiegania się o zamówienia publiczne i dającego gwarancję wykonania zamówienia publicznego z należytą starannością można nabyć realizując umowy o określonym przedmiocie, niezależnie od faktu, czy zlecał je inwestor (zamawiający), czy też były realizowane na podstawie umowy o podwykonawstwo*. Z kolei w wyroku z dnia 13 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 530/08) orzeczono, że *Wykonawca może wykazać jako posiadane doświadczenie do zrealizowania zamówienia robotę zrealizowaną przez konsorcjum firm, którego był uczestnikiem (liderem)*.

Argumentem przemawiającym za antykonkurencyjnym brzmieniem warunku jest również sprzeczność z art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP w brzmieniu nadanym temu przepisowi ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Nowelizacja ta w zasadniczy sposób zmieniła brzmienie normy prawej wyrażonej w art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP. Do czasu jej wejścia w życie wykonawca obowiązany był wykazywać się osobami, którymi dysponuje. Po jej wejściu w życie może także przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do

wykonania zamówienia. Jak zatem widać jednoznacznie, PZP dopuszcza w takim samym stopniu możliwość potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez posługiwanie się własnym personelem, jak i personelem osób trzecich. Tymczasem opisywany warunek udziału w postępowaniu uniemożliwia wykonawcy zrealizowanie uprawnień płynących bezpośrednio z ustawy, zmuszając go do wskazywania tylko takich osób, których doświadczenie wynika z projektów zrealizowanych jedynie przez samego wykonawcę. W ten sposób Zamawiający uniemożliwia wykonawcy możliwość spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Z opisanych powyżej przyczyn prawnych i faktycznych nie żadnych powodów, aby doświadczenie osoby, którą dysponuje wykonawca, zdobyte przy realizacji tego samego projektu, który wykazuje wykonawca na potwierdzenie swojego doświadczenia traktować jako doświadczenie lepsze niż doświadczenie zdobyte przy realizacji analogicznego projektu realizowanego dla innej osoby. Jak wskazywała to protestująca, istotą doświadczenia danej osoby jest wiedza, którą osoba ta zdobyła realizując projektu określonego rodzaju, nie zaś wiedza zdobyta w realizacji projektów dla określonego podmiotu. Jedynie zespół cech przedmiotowych determinuje doświadczenie w realizacji przedsięwzięć określonego rodzaju, a nie podmiot, z którym wykonywano przedsięwzięcia będące źródłem doświadczenia.

(II)

Takie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu jak opisane w pkt (I) uzasadnienia niniejszego protestu jest szczególnie dotkliwe dla podmiotów, które zamierzają ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum. Istotą instytucji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 23 ust. 1 PZP jest łączenie potencjałów kilku podmiotów celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu poza warunkami wynikającymi z art. 22 ust. 1 pkt 1) i pkt 4) PZP, które musi spełnić każdy podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie czy startuje samodzielnie czy w ramach konsorcjum, Zamawiający sformułował jedynie warunki dotyczące

- (i) dysponowania przez wykonawcę wiedzą doświadczeniem (na zasadzie doprecyzowania art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP *in principio*),
- (ii) dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (na zasadzie doprecyzowania art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP *in fine*).

W związku z powyższym ewentualne konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia mogłoby się składać z podmiotów, z których jeden będzie się legitymował doświadczeniem oczekiwanym przez Zamawiającego, zaś drugi odpowiednią kadrą. Jednak wobec treści opisywanego

warunku udziału w postępowaniu nie może dojść do powstania takiego konsorcjum, ponieważ doświadczenie osoby przewidzianej do realizacji zamówienia musi pochodzić z realizacji projektów, które wykonywał sam wykonawca. Zatem także z tego powodu, iż opisywany warunek udziału w postępowaniu ogranicza uczciwą konkurencję powinien zostać zmieniony.

(III)

Mając na uwadze okoliczności opisane w pkt (I) i (II) uzasadnienia protestu Protestująca wnosi o zmianę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób, którymi dysponuje wykonawca poprzez usunięcie wymogu, aby osoby te posiadały doświadczenie w realizacji tego samego projektu informatycznego, który wykazuje na potwierdzenie swojego doświadczenia sam wykonawca.

(IV)

Ogłoszenie o zamówienie nie precyzuje jednoznacznie sposobu przyznawania punktów w ramach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W szczególności ogłoszenie nie precyzuje, jakie projekty wykazane w odniesieniu do poszczególnych specjalistów będą przyjmowane do punktacji przez Zamawiającego, tzn.

- (1) czy do oceny kwalifikowane będą wszystkie projekty spełniające określone wymogi przedmiotowe opisane w warunku dotyczących doświadczenia osoby, którą dysponuje wykonawca;
- (2) czy do oceny kwalifikowane będą tylko takie projekty spełniające określone wymogi przedmiotowe opisane w warunku dotyczących doświadczenia osoby, którą dysponuje wykonawca, które zostały wykazane w ramach doświadczenia wykonawcy;

Gdyby Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazał, iż do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu kwalifikowane będą wszystkie projekty spełniające określone wymogi przedmiotowe opisane w warunku dotyczących doświadczenia osoby, którą dysponuje wykonawca, niezależnie od tego czy były wykonywane z wykonawcą czy z osobami trzecimi, to Protestująca z ostrożności procesowej podnosi, iż przemawia to za zasadnością zarzutów wskazanych w pkt (I) i (II) uzasadnienia niniejszego protestu. Skoro bowiem Zamawiający będzie twierdził, iż dla kwalifikacji wniosków istotne są wszystkie projekty informatyczne wykazane dla danej osoby, to tym samym de facto przyznaje, iż fakt wykonywania projektu informatycznego tego samego, który wykazuje wykonawca nie jest w żadnym stopniu relewantny dla oceny doświadczenia danej osoby.

Jednocześnie zasadnicze wątpliwości budzi zapis ogłoszenia o zamówieniu, iż w przypadku zaproponowania przez Wykonawcę specjalistów w większej liczbie niż

minimalna, do oceny zakwalifikowanych zostanie maksymalnie 5 specjalistów, którzy brali udział w realizacji największej liczby projektów. Zasady uczciwej konkurencji wymagają, aby w takim przypadku do oceny zostali zakwalifikowani zostali nie ci specjaliści, którzy brali udział w realizacji największej liczby projektów, ale ci specjaliści, którzy brali udział w realizacji największej liczby projektów spełniających wymogi opisane przy doświadczeniu osób, którymi dysponuje wykonawca.

(V)

Warunkiem ograniczającym konkurencję jest także warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy. Wymaga się w nim bowiem, aby oprócz spełnienia szeregi innych wymagań przedmiotowych, projekty informatyczne, które wykazuje wykonawca zawierały także kwalifikowany podpis elektroniczny.

Doświadczenie w wykonywaniu i wdrażaniu aplikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego w żaden sposób nie warunkuje doświadczenia w wykonaniu systemu informatycznego działającego w architekturze bazodanowej z dostępem poprzez sieć Internet dla co najmniej 200 użytkowników, który funkcjonalnością obejmuje: rejestrację, edycję i przetwarzanie danych finansowych i tekstowych poprzez sieć Internet, w sposób gwarantujący bezpieczeństwo danych, obsługę procesów biznesowych dotyczących zarejestrowanych danych, sporządzanie zestawień, raportów i sprawozdań, komunikację z innymi systemami informatycznymi. Analogicznie, aby zdobyć doświadczenie w wykonywaniu i wdrażaniu aplikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego nie trzeba go wykonywać razem z opisanym powyżej systemem informatycznym. Mówiąc w największym skrócie obie sfery doświadczeń są całkowicie rozłączne i nie żadnego uzasadnienia merytorycznego, aby uznawać doświadczenie w obu tych sferach tylko wówczas gdy zostało uzyskanie w ramach jednego zlecenia (projektu informatycznego).

Cechą charakterystyczną aplikacji podpisu elektronicznego jest jej autonomiczność w stosunku do innych systemów informatycznych. Aplikacja tego rodzaju może być dowolnie zestawiana z różnymi systemami informatycznymi realizującymi przeróżne funkcjonalności, wymagającymi autoryzacji użytkownika (np. z systemami bankowymi, aplikacjami w architekturze „grubego klienta”, itp.).


Tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu uniemożliwia wykonawcom tworzenie konsorcjów, w których jeden z konsorcjantów miałby doświadczenie w dostawie aplikacji podpisu elektronicznego, zaś drugi w dostawach systemu informatycznego działającego w architekturze bazodanowej z dostępem poprzez sieć Internet dla co najmniej 200 użytkowników, który funkcjonalnością obejmuje: rejestrację, edycję i przetwarzanie danych finansowych i tekstowych poprzez sieć Internet, w sposób gwarantujący bezpieczeństwo danych, obsługę procesów biznesowych dotyczących zarejestrowanych danych, sporządzanie zestawień, raportów i sprawozdań, komunikację z innymi systemami informatycznymi. Za

sprawą opisanego warunku udziału w postępowaniu nie mogą wziąć udziału w dialogu konkurencyjnym najwięksi w Polsce dostawcy podpisu elektronicznego.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o usunięcie wymogu, aby projekt informatyczny, którym ma się wykazać wykonawca obejmował także kwalifikowany podpis elektroniczny bądź o wydzielenie realizacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego do odrębnego wymogu, niezależnego od wymogu dostawy systemu informatycznego działającego w architekturze bazodanowej z dostępem poprzez sieć Internet dla co najmniej 200 użytkowników, który funkcjonalnością obejmuje: rejestrację, edycję i przetwarzanie danych finansowych i tekstowych poprzez sieć Internet, w sposób gwarantujący bezpieczeństwo danych, obsługę procesów biznesowych dotyczących zarejestrowanych danych, sporządzanie zestawień, raportów i sprawozdań, komunikację z innymi systemami informatycznymi.

Załącznik:

- odpis z KRS protestującej.

PREZES ZARZĄDU

Mateusz Radziszewski

"BLSTREAM" Sp. z o.o.
Plac Hołdu Pruskiego 9
70-850 SZCZECIN
REGON 811926037
NIP 851-26-24-015