

**WYROK**  
**z dnia 8 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący:      Bartosz Stankiewicz

Protokolant:              Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2021 r. przez wykonawcę Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Dąbrowskiego 12 (65-021 Zielona Góra) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie przy ul. Chłopskiego 50 (04-275 Warszawa)

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej wartości wdrożeń opisanych w warunku udziału w postępowaniu wskazanym w pkt 6.1 specyfikacji warunków zamówienia i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ww. punktu przez nadanie ppkt 6.1.1 następującej treści:

*6.1.1 każde z tych wdrożeń musi mieć wartość brutto nie mniejszą niż 700 000,00 PLN (z wyłączeniem dostarczonej infrastruktury sprzętowej);*

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze w części 1/2 oraz zamawiającego Instytut Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – Instytutu Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie;

3.2. zasądza od zamawiającego Instytutu Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, kwotę w wysokości 5 700 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy siedemset złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Instytut Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego ERP i Workflow w Instytucie Kolejnictwa w Warszawie* (nr referencyjny: IK.PZ.261.11-PN.2021), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 listopada 2021 r., pod numerem 2021/S 221-582720.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 25 listopada 2021 r. wykonawca Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegających na niezgodnym z przepisami Pzp sporządzeniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”), w szczególności w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16, art. 17 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp przez ustanowienie w treści SWZ – pkt 6.1. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wygórowany, a przez to utrudniający odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SWZ w pkt 6.1 przez dokonanie zmiany treści warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie i nadaniu mu następującego brzmienia:

### ***Rozdział 6 WARUNKI UDZIAU W POSTĘPOWANIU***

*W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:*

*Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca:*

*6.1. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 1 (jedno) wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego*

*zawierającego w sobie systemy klasy ERP/EOD lub łącznie: 1 (jedno) wdrożenie systemów klasy ERP oraz jedno wdrożenia EOD, przy czym:*

*6.1.1 każde z tych wdrożeń musi mieć wartość brutto nie mniejszą niż 700 000,00 PLN (z wyłączeniem dostarczonej infrastruktury sprzętowej), (...)."*

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Dalej wskazał, że wyżej wymienione naruszenia przepisów mogą uniemożliwić mu udział albo skuteczne konkurowanie w ogłoszonym przez zamawiającego postępowaniu, co może pozbawić go możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia. Taka sytuacja, a w szczególności naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp powoduje również, że może ponieść szkodę polegającą na niezyskaniu przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania odwołujący wyjaśnił, że jak wynika z treści pkt 6.1 SWZ zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia (zdolność techniczna lub zawodowa) sformułował warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wskazał, iż:

*W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:*

*Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 2 (dwa) wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego zawierającego w sobie systemy klasy ERP/EOD lub łącznie: 2 (dwa) wdrożenia systemów klasy ERP oraz dwa wdrożenia EOD, przy czym:*

*6.1.1 każde z tych wdrożeń musi mieć wartość brutto nie mniejszą niż 1 000 000,00 PLN (z wyłączeniem dostarczonej infrastruktury sprzętowej),*

*6.1.2. (...).*

Odwołujący wskazał, iż tak sformułowany warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nadto biorąc pod uwagę niewielką na rynku liczbę zamówień obejmujących łącznie wszystkie ww. elementy mający charakter dyskryminujący z uwagi na to, że uniemożliwia on ubieganie się o to zamówienie podmiotom posiadającym doświadczenie wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia.

Po pierwsze odwołujący zwrócił uwagę na to, iż po przeanalizowaniu rynku w odniesieniu do przedmiotu zamówienia – według jego wiedzy – na rynku w ciągu ostatnich trzech lat istnieje stosunkowo niewielka liczba wdrożeń systemów informatycznych klasy ERP obejmujących równocześnie moduły:

- a) Finanse i Księgowość;
- b) Kadry i Płace;
- c) Środki Trwałe;
- d) Sprzedaż;
- e) Zakupy i Magazyn;
- f) Planowanie i Budżetowanie;
- g) EOD/WORKFLOW

W ocenie odwołującego liczba podmiotów na rynku posiadających wymagane referencje jest bardzo ograniczona. Szczególna trudność w zakresie wymagań dotyczących wiedzy i doświadczenia w zakresie sformułowanym przez zamawiającego dotyczy wolumenu wdrożeń przy tak określonych warunkach łącznie (tj. Moduły funkcjonalne, wartość 1 mln złotych brutto). Stawianie powyższych warunków w zagregowanej postaci przez zamawiającego i to jeszcze dodatkowo wymagania więcej niż jednego takiego projektu jest nadmiarowe. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na fakt, iż od marca 2020 r., nieprzerwanie, polska gospodarka funkcjonuje w restrykcjach związanych z pandemią Covid-19. Konsekwencją wpływu pandemii na realizację usług wdrożeń systemów ERP, są drastyczne modyfikacje harmonogramów realizowanych już usług wdrożenia ERP (w szczególności zawieszenie realizacji projektów, wydłużenie ich harmonogramów i przesunięcia terminów zakończenia realizacji tych projektów). Nieprzewidziane i niezabudżetowane koszty ochrony i walki ze skutkami pandemii Covid-19 u zamawiających publicznych spowodowały przesunięcie środków z budżetów zaplanowanych wdrożeń ERP do obszaru związanego z bieżącymi kosztami walki ze skutkami pandemii Covid-19. Projekty w wielu wypadkach zostały przesunięte na kolejne lata budżetowe. Tym samym przesunięciu ulegały terminy rozpoczęcia i zakończenia realizacji tych wdrożeń. Skutkuje to ostatecznie po pierwsze znacznie mniejszą ilością referencyjnych usług wdrożenia systemów klasy ERP o parametrach oczekiwanych przez zamawiającego. Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł więc o to, aby dokonać modyfikacji wymagania określonego przez zamawiającego w taki sposób, aby wystarczającym do wykazania odpowiedniego doświadczenia była realizacja jednego wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego zawierającego w sobie systemy klasy ERP/EOD lub łącznie: jednego wdrożenia systemów klasy ERP oraz jednego wdrożenia EOD.

Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na fakt, iż sama liczba wdrożeń spełniających wymagania zamawiającego w ramach pojedynczego projektu (zakres, wartość) nie jest reprezentatywna. Wskazał bowiem, iż w referencyjnym okresie wykonawca w analizowanym okresie zrealizował lub jest w trakcie realizacji kilku projektów w zakresie realizacji usług wdrożenia systemu klasy ERP, przy czym ze względów określonych powyżej albo ich

wartość była mniejsza, albo też były to projekty, w których nie były wdrażane wszystkie wymagane przez zamawiającego moduły, albo też wdrożenia te, z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy – jeszcze się nie zakończyły. Nie znaczy to jednak, że suma posiadanego doświadczenia wykonawcy nie jest wystarczająca do przyjęcia, iż wykonawca legitymuje się doświadczeniem wystarczającym dla prawidłowego zrealizowania przedmiotowego zamówienia.

Dodatkowo odwołujący zauważył, że – prócz liczby projektów wymaganych do wykazania oczekiwanego przez zamawiającego doświadczenia – jest kwestia określonej w pkt 6.1.1. wartości wdrożenia na poziomie przeszło 1 mln zł. W ocenie odwołującego wartość ta w żaden sposób nie odnosi się do rzeczywistego zakresu usług zrealizowanych w ramach takiego Projektu. Można sobie bowiem wyobrazić, iż w ramach wdrożenia systemu jeden wykonawca zrealizuje tylko podstawowy zakres prac związany z konfiguracją wdrażanego oprogramowania, którego licencje są warte 80% wartości wdrażanego systemu i wartość takiego wdrożenia przekroczy milion złotych, podczas gdy inny wykonawca jest w stanie zaoferować dużo tańsze licencje, co spowoduje, że całe wdrożenie będzie o połowę tańsze choć zakres prac zrealizowany w ramach wdrożenia jego systemu (a zatem uzyskane w ten sposób wiedza i doświadczenie) jest znacznie szerszy i bardziej skomplikowany niż w pierwszym przykładzie. Innymi słowy sama wartość wdrożenia nie determinuje poziomu zdobytego doświadczenia, bo na wartość wdrożenia wpływ mają różne czynniki, chociażby cena oferowanych licencji oprogramowania ERP, czy też oczekiwany poziom marży. Dlatego też możliwym jest, że pomimo realizacji podobnych zakresowo i porównywalnych w zakresie skomplikowania projektów część z nich może spełnić kryterium wskazane przez zamawiającego, inne zaś nie. W tym kontekście odwołujący zawnioskował o zmodyfikowanie treści wskazanego warunku udziału w postępowaniu poprzez zmniejszenie wartości projektu do poziomu 700 tys. złotych brutto. Rozumiejąc intencje zamawiającego odwołujący zaznaczył, że w szczególności przekroczenie kwoty 500 tysięcy złotych lokuje projekt w grupie dużych projektów informatycznych. Przy osiągnięciu tego progu organizacja projektu, zaangażowanie i zarządzanie odpowiednimi zespołami projektowymi po obu stronach umowy, harmonogram prac, podział projektu na etapy i zadania, dostarczane produkty w ramach poszczególnych etapów, dostosowanie systemu do wymagań zamawiającego (kustomizacja), szkolenia, przygotowanie dokumentacji projektowej, migracja, integracja z innymi systemami zamawiającego, testy oraz stabilizacja po starcie produkcyjnym, wymagają równie zaawansowanej metodyki prowadzenia projektu, doświadczenia, zasobów projektowych jak w przypadku projektów o wartości miliona, czy też kilku milionów złotych. W związku z tym wymagana zdolność techniczna lub zawodowa wykonawcy nie jest bezpośrednio związana z dużą wartością projektu. Proponowana wartość projektu, tj. 700

tysięcy złotych brutto daje zamawiającemu taką samą rękojmię należytego wykonania projektu jak w przypadku projektu za milion złotych.

Biorąc dodatkowo pod uwagę wspomniane powyżej okoliczności związane z pandemią, która ograniczyła liczbę realizowanych przez klientów w ostatnim czasie tego typu projektów w ocenie odwołującego należało uznać, że wnioskowane zmiany były uzasadnione. Dlatego też zamawiający, który dba o zapewnienie odpowiedniego poziomu konkurencji, winien rozważyć dostosowanie stawianych przez siebie wymogów do rzeczywistej sytuacji na rynku i określić ww. warunek udziału w postępowaniu tak, aby z jednej strony skala wymagania nie była zbyt mała (po to, aby wybrany wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania umowy), ale z drugiej strony aby wymagania nie były zbyt wygórowane (po to aby w sposób bezrefleksyjny nie wykluczyć z postępowania podmiotów posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie i mogących zrealizować przedmiot zamówienia na warunkach konkurencyjnych w stosunku do tych bardzo nielicznych podmiotów posiadających referencje o parametrach zgodnych z określonymi przez zamawiającego w aktualnej treści SWZ warunkami).

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 1 grudnia 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- oddalenie odwołania;
- nieuwzględnienie wniosku odwołującego dotyczącego nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SWZ w pkt. 6.1;
- zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa w niniejszym postępowaniu w wysokości określonej na fakturze, której kopia zostanie złożona przez pełnomocnika zamawiającego na rozprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że mając świadomość wyzwań organizacyjnych związanych z wdrożeniem zintegrowanego systemu informatycznego ERP i Workflow, oczekuje od wykonawcy doświadczenia w realizacji tego rodzaju projektów, i w tym celu uznał za uzasadnione i proporcjonalne określenie w pkt. 6.1 SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej obejmującego trzy przesłanki:

- 1) wykazanie przez wykonawcę należytego wykonania co najmniej 2 (dwóch) wdrożeń zintegrowanego systemu informatycznego zawierającego w sobie systemy klasy ERP/EOD lub łącznie: 2 (dwóch) wdrożeń systemów klasy ERP oraz 2 (dwóch) wdrożeń EOD,

obejmujących co najmniej obszary: Finanse i Księgowość, Kadry i Płace, Środki Trwałe, Sprzedaż, Zakupy i Magazyn, Planowanie i Budżetowanie, EOD/WORKFLOW;

2) wymóg wartości brutto każdego z wykonanych wdrożeń nie mniejszej niż 1.000.000,00 PLN;

3) wymóg realizacji wskazanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w prowadzonym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

W odniesieniu do drugiego z wymienionych powyżej powodów ukształtowania kwestionowanego warunku zamawiający wskazał, że wartość przedmiotu zamówienia obejmującego wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego ERP i Workflow jest wyznacznikiem przede wszystkim zakresu tego wdrożenia, tj. liczby obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zamawiającego objętych zintegrowanym systemem informatycznym (modułów systemu) oraz wymagań funkcjonalnych w zakresie wdrażanych obszarów, a także usług 4 związanych z migracją danych do tego systemu, jego integracji z innym oprogramowaniem zamawiającego oraz oczekiwanej przez zamawiającego jakości świadczonych usług. Wdrożenie objęte postępowaniem obejmuje wiele modułów o dużej liczbie wymagań funkcjonalnych, dotyczy strategicznych obszarów funkcjonowania przedsiębiorstwa zamawiającego, w związku z czym jest wysoce skomplikowane, co przekłada się wprost na wartość przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie oczekuje od wykonawców, aby wykazali się doświadczeniem przy identycznych, tj. aż tak skomplikowanych wdrożeniach, w związku z czym wymaga, aby doświadczenie zdobyli przy realizacji wdrożeń odpowiadających rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia, lecz o wartości brutto nieprzekraczającej 25% oszacowanej przez zamawiającego wartości brutto przedmiotu zamówienia, ustalając, że każde z tych wdrożeń musi mieć wartość brutto nie mniejszą niż 1 000 000,00 PLN. Z analizy rynku usług informatycznych poprzedzającej ustalenie tego warunku oraz wiedzy zdobytej przez zamawiającego w czasie dialogu technicznego wynikało, że:

– wymaganie przez zamawiającego wykazania przez wykonawców zrealizowania wdrożeń o wartości co najmniej 1.000.000,00 PLN (a więc na niskim poziomie w stosunku do oszacowanej przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia) nie jest nadmiernie wygórowane, nie ogranicza kręgu wykonawców mogących wykonać zamówienie i dlatego też nie narusza zasady uczciwej konkurencji;

– zrealizowanie wdrożenia o wartości brutto niższej niż 1 000 000,00 PLN nie świadczy o zdobyciu przez wykonawcę doświadczenia koniecznego dla sprawnego wdrożenia systemu spełniającego wymagania zamawiającego, a tym samym nie jest wystarczające dla wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówieni.



Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 7 grudnia 2021 r. złożył pismo procesowe wraz z dowodami w celu poparcia argumentacji zawartej w odwołaniu. Przedmiotowe pismo procesowe zawierało dodatkową argumentację w zakresie postawionego zarzutu, odnoszącą się do wymaganej wartości projektów referencyjnych oraz liczby wymaganych wdrożeń.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 30 listopada i 6 grudnia 2021 r., w tym w szczególności:
  - dokument z dnia 5 listopada 2021 r. dotyczący podstawy szacowania wartości zamówienia;
  - specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
  - dokument przesłany w dniu 6 grudnia 2021 r. zawierający pytania i odpowiedzi dotyczące treści SWZ;
- 2) dokumenty załączone do pisma procesowego odwołującego, złożone na posiedzeniu:
  - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez ARiMR;
  - kopię oferty Oracle na licencje ze wsparciem technicznym na potrzeby przetargu w Instytucie Kolejnictwa;
  - protokół końcowy z dialogu technicznego dotyczący wdrożenia systemu klasy ERP w Instytucie Kolejnictwa;
  - referencję firmy Carpol wystawioną na rzecz Dr IT Warszawa Sp. z o.o.;
  - wykaz usług przedłożony wraz ze zgłoszeniem firmy Kamsoft wskazujący zakres wdrożonych modułów;
  - wyciąg ze specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Kolejnictwa na *dostawę i modernizację stanowiska do badania par ciernych i hamulca kolejowego*;

- ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu prowadzonego przez ARiMR w ramach którego dokonano zmniejszenia poziomu wymaganego doświadczenia z dwóch do jednej usługi podobnego rodzaju.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający przed wszczęciem postępowania przeprowadził z wykonawcami dialog techniczny związany z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie systemu klasy ERP. Zgodnie z protokołem końcowym przedmiotowego dialogu technicznego, opracowanym w dniu 30 czerwca 2021 r., ogłoszenie o dialogu zostało opublikowane w dniu 3 sierpnia 2020 r., a zakończenie dialogu nastąpiło 24 czerwca 2021 r. Jak wynikało z pkt II i III protokołu końcowego w ramach przedmiotu dialogu zamawiający w celu precyzyjnej oceny zakresu prac wymaganych od wykonawców w zakresie przedstawionych obszarów realizowanego projektu, zdefiniował zadania, które składają się na wdrożenie Systemu Wspomagania Zarządzania Zasobami i oczekiwał przedstawienia przez poszczególnych uczestników Dialogu Technicznego informacji dotyczących m. in. modelu optymalnej współpracy, podziału na ewentualne zamówienia (ITS, oprogramowanie standardowe, System aplikacyjny ERP), warunków udziału, modeli i kryteriów oceny. W pkt V protokołu końcowego dialogu technicznego, określającym efektu tego dialogu, zamawiający wskazał m. in.

*Przeprowadzony Dialog Techniczny posłużył zebraniu informacji określonych w jego celach, wymienionych w punkcie III. „Cele Dialogu Technicznego”. Zebrane informacje będą miały wpływ na opis przedmiotu zamówienia w następujących elementach:*

- *zakres przedmiotu zamówienia;*
- *kryteria oceny ofert w zamówieniu;*
- *wymagania w zakresie zespołu wykonującego zadania po stronie wykonawcy;*
- *szacowanie wartości zamówienia.*

Ponadto należało wskazać, że odwołujący nie brał udziału w przedmiotowym dialogu technicznym.

W rozdziale 6 SWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Warunek określony w pkt 6.1 SWZ, którego dotyczyło odwołanie posiadał następującą treść:

*W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:*

*Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca:*

*6.1. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie*

wykonał co najmniej 2 (dwa) wdrożenia zintegrowanych systemów informatycznych zawierających w sobie systemy klasy ERP/EOD lub łącznie: 2 (dwa) wdrożenia systemów klasy ERP oraz dwa wdrożenia EOD, przy czym:

6.1.1. każde z tych wdrożeń musi mieć wartość brutto nie mniejszą niż 1 000 000,00 PLN (z wyłączeniem dostarczonej infrastruktury sprzętowej),

6.1.2. każde z tym wdrożeń musi obejmować co najmniej obszary: *Finanse i Księgowość, Kadry i Płace, Środki Trwałe, Sprzedaż, Zakupy i Magazyn, Planowanie i Budżetowanie, EOD/WORKFLOW,*

6.1.3. Wykonawca przedstawi dowody, że dostawy zostały wykonane należycie, przy czym takimi dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy

/w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert/;

Z uzupełnieniowej dokumentacji przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 6 grudnia 2021 r., zawierającej prezentację pytań i odpowiedzi do treści SWZ, wynikało, że dwa pytania i udzielone na nie odpowiedzi, oznaczone nr 1 i 2 odnosiły się do treści przedmiotowego warunku. Odpowiedzią na pytanie 1 zamawiający zmodyfikował treść warunku z pkt 6.1 SWZ w ten sposób, że wydłużył okres referencyjny dla możliwości legitymowania się odpowiednim doświadczeniem dotyczącym należytego wykonania wymaganych wdrożeń z 3 do 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. W odpowiedzi na pytanie 2 zamawiający podtrzymał wymagania określone w ppkt 6.1.1 i 6.1.2 SWZ.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

2) *przejrzysty;*

3) *proporcjonalny.;*

- art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp – *Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację;*

- art. 112 ust. 1 Pzp – *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy*

do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołanie odnosiło się do treści sformułowanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, przez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia (wygórowane) określenie wartości referencyjnych usług oraz ich ilości. Tym samym odwołanie koncentrowało się na dwóch powyżej wymienionych kwestiach.

Jeśli chodzi o określenie wartości referencyjnych usług (wdrożeń), skład orzekający uznał, że odwołanie w tej części okazało się zasadne. W tym zakresie Izba przyjęła stanowisko odwołującego i uznała, że wysoka wartość wdrożenia nie zawsze świadczy o poziomie skomplikowania przedmiotu zamówienia, a może wynikać po prostu z ceny użytych do budowy systemu komponentów (np. ceny licencji). O ile z jednej strony należało podzielić pogląd, iż wartość zamówienia jest pochodną różnych czynników, takich jak m.in. zakres wdrażanych modułów, poziom oczekiwanych funkcjonalności oraz ilości dodatkowych usług związanych z wdrożeniem, o tyle z drugiej strony każdy z tych czynników w różnym stopniu może wpływać na wyznacznik, jakim jest wartość zamówienia. Innymi słowy specyficzne uwarunkowania każdego zamówienia mogą powodować, że wartość wdrożenia może być zarówno bardzo wysoka, jak i relatywnie niska, jednak nie zawsze w jednakowy sposób odzwierciedla te cechy nabytego doświadczenia, które dla innego zamawiającego są istotne. Dla zobrazowania tej sytuacji odwołujący powołał jako przykład realizowane przez siebie wdrożenie systemu klasy ERP na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (ARiMR), którego realizacja była wynikiem wyboru jego oferty w postępowaniu z grudnia 2019 r. na *Zakup i wdrożenie systemu informatycznego do Zarządzania Zasobami Ludzkimi w ARiMR oraz jego utrzymanie i rozwój do 2024 roku*. Wartość tego wdrożenia wynosiła 9,3 mln zł. Uwzględniając argumentację zamawiającego należałoby dojść do wniosku, że skoro „wartość przedmiotu zamówienia obejmującego wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego ERP i Workflow jest wyznacznikiem przede wszystkim zakresu tego wdrożenia” to wdrożenie o tej wartości obejmuje zakres funkcjonalny na tyle duży, że bez problemu powinno spełniać wymagania zamawiającego. Tymczasem wdrożenie z przykładu odwołującego obejmowało zakres jedynie niektórych modułów funkcjonalnych, których wymaga zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Wartość wdrożenia związana była z rozmiarem ARiMR, a co za tym idzie ilości dostarczanych licencji i usług realizowanych w

środowisku rozproszonym przy wielkiej ilości użytkowników końcowych. Z drugiej strony odwołujący wyjaśnił, że realizował i realizuje wiele wdrożeń u mniejszych zamawiających, które swoim zakresem obejmują wdrożenie wszystkich siedmiu modułów funkcjonalnych wymaganych przez zamawiającego, które jednakże – z uwagi na fakt, że głównym odbiorcą systemów klasy ERP są średniej wielkości przedsiębiorstwa – w większej mierze dążą do optymalizacji kosztowej wdrażanych narzędzi informatycznych i wartość wdrożeń bardzo rzadko przekracza progi wskazywane przez zamawiającego (1 milion zł).

Izba uznała przykład podany przez zamawiającego (poparty dowodem) oraz powyżej przytoczoną argumentację za adekwatne. Warto w tym miejscu wskazać, że stanowisko zamawiającego oparte właściwie na porównywaniu arytmetycznej relacji wartości określonej w warunku w stosunku do wartości zamówienia oraz przeprowadzonym dialogu technicznym okazało się niewystarczające. W pierwszej kolejności skład orzekający stwierdził, że punktem wyjścia dla oceny warunku wyrażonego kwotowo w kontekście zasady proporcjonalności powinno być odniesienie tej kwoty do wartości zamówienia tzn. wartość określona w warunku powinna być współmierna od wartości zamówienia i być z nią wartościowo skorelowana. Jednakże zamawiający nie może poprzestawać na ustaleniu arytmetycznej, proporcjonalnej relacji pomiędzy tymi obiema wartościami. Treść warunku, w przypadku zdecydowania się zamawiającego na postawienie wymogu kwotowego, zwykle zawiera pewien zakres merytoryczny czy też funkcjonalny, który także powinien być przez wykonawcę spełniony. To oznacza, że proporcjonalność kwoty przyjętej w treści warunku nie może być rozpatrywana wyłącznie w porównaniu arytmetycznej relacji tej kwoty do wartości zamówienia, ale powinna wynikać z sytuacji rynkowej właściwej dla zamówień obejmujących dany przedmiot zamówienia.

Skład orzekający nie doszukał się potwierdzenia, aby zamawiający przygotowując postępowanie (w tym w ramach dialogu technicznego) uzyskał informację pozwalającą mu uznać, że określony w warunku wymóg podany kwotowo miał swoje uzasadnienie rynkowe. Jak wynikało z rozdziału V protokołu końcowego dialogu technicznego, zebrane informacje miały wpływ na opis przedmiotu zamówienia w następujących elementach: zakres przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert w zamówieniu, wymagania w zakresie zespołu wykonującego zadania po stronie wykonawcy i szacowanie wartości zamówienia.

Ponadto zamawiający formułując treść swojego wymagania zwiększył wartość usługi referencyjnej niemal trzykrotnie w stosunku do określonej na etapie dialogu (do uczestnictwa w dialogu technicznym wystarczyło legitymowanie się usługą o wartość 350 000 PLN), a nadto rozszerzył zakres funkcjonalny żądając, aby obszar wdrożenia obejmował siedem zamiast czterech zakresów funkcjonalnych. W ocenie składu orzekającego zamawiający nie wyjaśnił, ani nie uzasadnił dlaczego ostatecznie w treści warunku postawił wymóg wartości

usług na kwotę 1 000 000 PLN, nie przedstawił wyjaśnienia mogącego potwierdzić, że kwota ta wynikała z analizy rynku oraz nie wykazał, że była ona wynikiem przeprowadzonego dialogu technicznego lub wiedzy uzyskanej w związku z jego przeprowadzeniem. Tymczasem odwołujący złożył dowody na potwierdzenie swojego stanowiska (informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym przez ARiMR, kopię oferty Oracle na licencje ze wsparciem technicznym na potrzeby przetargu w Instytucie Kolejnictwa, referencję firmy Carpol wystawioną na rzecz Dr IT Warszawa Sp. z o.o., wykaz usług przedłożony wraz ze zgłoszeniem firmy Kamssoft wskazujący zakres wdrożonych modułów) oraz przedstawił w piśmie przygotowawczym złożonym na posiedzeniu tabelę wskazującą na zestawienie usług, które zostały wykazane przez poszczególnych wykonawców w celu spełnienia wymogu dotyczącego uczestnictwa w dialogu technicznym. W ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego zasługiwała na uwzględnienie, a szczególnie mając na uwadze kontryktoryjny charakter postępowania odwoławczego, odwołujący udźwignął ciężar dowodu jaki na nim spoczywał w kontekście poparcia swojej argumentacji. W związku z tym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie wartości referencyjnych usług (wdrożeń) i nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji fragmentu warunku określonego w pkt 6.1 SWZ w sposób zaprezentowany w pkt 1 sentencji przedmiotowego orzeczenia, a wynikający z treści żądania zawartego w odwołaniu.

W odniesieniu do liczby wymaganych wdrożeń, określonej w warunku wskazanym w pkt 6.1 SWZ, skład orzekający stwierdził, że odwołanie w tej części okazało się niezasadne. Punktem wyjścia dla rozważań dotyczących tej części uzasadnienia było uznanie przez Izbę, że nie można *a priori* przyjmować, że wymaganie dwóch usług (wdrożeń) na spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalne. Jak wynika z treści art. 112 Pzp zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co oznacza, że także liczbę usług (wdrożeń) przyjętych przez zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu, należy rozpatrywać mając na uwadze okoliczności związane z przedmiotem zamówienia w danej sprawie, przez co ocena ta ma charakter zindywidualizowany.

Odwołujący przyznał na rozprawie, że poziom skomplikowania zamawianego systemu należy ocenić jako średni. Podobnie w ocenie Izby poziom skomplikowania zamówienia ocenił zamawiający, który zwrócił uwagę na pewne elementy, które powodują wzrost stopnia jego złożoności. W związku z tym, w ocenie składu orzekającego, z jednej strony zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem nie można uznać za proste i posiada ono pewien stopień skomplikowania, przez co wymaganie od wykonawców powtarzalności w ramach posiadanego doświadczenia w postaci wymogu legitymowania się dwoma wdrożeniami było uzasadnione, z drugiej natomiast strony nie można było przyjąć, że

przedmiotowe zamówienie jest tak wysoce skomplikowane, że wdrażanie podobnych systemów zdarza się na tyle incydentalnie, że na rynku występuje bardzo mała liczba potencjalnych wykonawców, którzy mogą potwierdzić wykonanie aż dwóch takich wdrożeń. Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że uwzględnienie odwołania w części opisanej powyżej, prowadzące do obniżenia wartości wdrożeń opisanych w treści warunku oraz wydłużenie przez zamawiającego okresu referencyjnego dla możliwości legitymowania się odpowiednim doświadczeniem dotyczącym należytego wykonania wymaganych wdrożeń z 3 do 5 lat powodowało, że kwestionowany przez odwołującego wymóg nie był nadmierny i nie naruszał zasad określonych w art. 16 Pzp oraz dyspozycji zawartych w art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp i art. 112 ust. 1 Pzp.

Dodatkowo Izba uznała za niewystarczające dowody złożone przez odwołującego w kontekście tej części zarzutu. Pierwszy z dowodów odnosił się do wyciągu z dokumentacji dotyczącego innego postępowania prowadzonego przez zamawiającego, w którym formułując warunek w zakresie doświadczenia uznał on za wystarczające wykazanie się przez wykonawcę wyłącznie jedną usługą podobną do przedmiotu zamówienia. Dowód ten odnosił się zamówienia, którego przedmiot znacznie odbiegał od przedmiotowego postępowania i dotyczył dostawy i modernizacji stanowiska do badania par ciernych hamulca kolejowego. W żadnym razie nie można było potwierdzić adekwatności tego dokumentu w kontekście przedmiotowego postępowania. Drugi dowód stanowił wydruk ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu prowadzonego przez ARiMR w ramach, którego dokonano zmniejszenia poziomu wymaganego doświadczenia z dwóch do jednej usługi podobnego rodzaju. W ocenie składu orzekającego jednostkowe decyzje czy też czynności prowadzone przez innych zamawiających w innych postępowaniach nie mogły przesądzić trafności podniesionego uzasadnienia i potwierdzić naruszenia w przedmiotowej sprawie.

Mając powyższe na uwadze Izba zdecydowała się oddalić odwołanie w powyżej opisanej części.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie wskazanym powyżej i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie.

*Zgodnie z art. 575 Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W*

przedmiotowej sprawie odwołujący podniósł zarzut na który składały się dwa elementy. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie jednego elementu (wartości wdrożeń wskazanej w treści warunku) i chybione odnośnie drugiego elementu (liczby wdrożeń objętych warunkiem). W związku z tym kosztami postępowania po połowie obciążono odwołującego oraz zamawiającego.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego (15 000 zł) oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego (3 600 zł), zatem łącznie 18 600 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 9 300 zł (18 600 zł x 1/2). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 15 000 zł (koszt wpisu), a odpowiadał za te koszty w kwocie 9 300 zł (18 600 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 700 zł (15 000 zł – 9 300 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....