

WYROK

z dnia 15 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **SoftHard S.A., ul. Graniczna 27; 09-407 Płock**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. w Gryfinie, ul. Szczecińska 5; 74-100 Gryfino**,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia wykonawcy w ten sposób, że rozdział 18 ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ otrzymuje brzmienie:**

„Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeśli Wykonawca wykaże, że zrealizował minimum dwa zamówienia, polegające na dostawie i wdrożeniu autorskiego Zintegrowanego Systemu Informatycznego o wartości minimum 200 000,00 zł brutto każda, wykonane nie później niż w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Jednocześnie Zamawiający w celu spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu wymaga, aby:

a) co najmniej 1 zamówienie dotyczyło dostawy i wdrożenia systemu w przedsiębiorstwie wodociągowo - kanalizacyjnym, prowadzącym działalność związaną z produkcją wody i odprowadzaniem ścieków, oraz obejmowało wdrożone obszary branżowe (co najmniej Billing Woda, Taryfy, Infrastruktura, Aplikacja Inkasencka, e-BOK), obszary zarządzania przedsiębiorstwem (co najmniej Analizy i/lub Kontroling, Finanse i Księgowość, Majątek Trwały, Gospodarka Magazynowa, Windykacja), oraz dla minimum 30 użytkowników.

b) co najmniej 1 zamówienie dotyczyło dostawy i wdrożenia systemu w przedsiębiorstwie wielobranżowym, prowadzącym działalność związaną z produkcją wody i odprowadzaniem ścieków oraz wywozem i unieszkodliwianiem odpadów oraz obejmowało wdrożone obszary branżowe (co najmniej Billing Woda, Taryfy, Infrastruktura, Aplikacja Inkasencka, e-BOK), obszary zarządzania przedsiębiorstwem (Analizy i/lub Kontroling, e-Sprawozdania, Zlecenia, Kadry i Płace, Majątek Trwały).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższy warunek Wykonawcy mogą spełnić łącznie.

Uwaga: Poprzez autorski system do zarządzania Zamawiający rozumie zbiór integralnych modułów dziedzinowych (obszarów/funkcjonalności), składających się na oprogramowanie/

system jednego producenta, co do których pełne autorskie prawa majątkowe posiada jeden podmiot (producent).

Uwaga: Wykonawca może sumować zakresy i wartości kilku dostaw (realizowanych w ramach oddzielnych zamówień dla tego samego zamawiającego) dla uzyskania wymaganych zakresów i wartości porównywalnych.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. w Gryfinie, ul. Szczecińska 5; 74-100 Gryfino** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SoftHard S.A., ul. Graniczna 27; 09-407 Płock**, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. w Gryfinie, ul. Szczecińska 5; 74-100 Gryfino** na rzecz wykonawcy **SoftHard S.A., ul. Graniczna 27; 09-407 Płock**, kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. w Gryfinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa systemu informatycznego do zarządzania przedsiębiorstwem finansowana w formie leasingu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 25 sierpnia 2022 r., pod nr 2022/BZP 00318995/01.

Dnia 30 sierpnia 2022 roku, wykonawca SoftHard S.A., ul. Graniczna 27; 09-407 Płock (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu ustanowienie w rozdz. 18 ust. 1 pkt 4 lit. a) i b) SWZ warunków 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 uniemożliwiający odwołującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co stanowi naruszenie art. 16 ust. 1 i ust. 3, art. 17 ust. 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy PZP.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i dokonanie zmiany treści rozdziału 18 ust. 1 pkt 4) lit a) i lit. b) w sposób następujący:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeśli Wykonawca wykaże, że:

a) zrealizował minimum dwa zamówienia, polegające na dostawie i wdrożeniu autorskiego Zintegrowanego Systemu Informatycznego o wartości minimum 200 000,00 zł brutto każda, wykonane nie później niż w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Jednocześnie Zamawiający w celu spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu wymaga, aby:

- *co najmniej 1 zamówienie dotyczyło dostawy i wdrożenia systemu:*
 - *w przedsiębiorstwie wodociągowo - kanalizacyjnym, prowadzącym działalność związaną z produkcją wody i odprowadzaniem ścieków, oraz*
 - *obejmowało wdrożone obszary branżowe (co najmniej Billing Woda, Taryfy, Infrastruktura, Aplikacja Inkasencka, e-BOK), obszary zarządzania przedsiębiorstwem (co*

najmniej Analizy i/lub Kontroling, Finanse i Księgowość, Majątek Trwały, Gospodarka Magazynowa, Windykacja), oraz

- dla minimum 30 użytkowników.

- co najmniej 1 zamówienie dotyczyło dostawy i wdrożenia systemu:

- w przedsiębiorstwie wielobranżowym, prowadzącym działalność związaną z produkcją wody i odprowadzaniem ścieków oraz wywozem i unieszkodliwianiem odpadów, oraz o obejmowało wdrożone obszary branżowe (co najmniej Biling Woda, Taryfy, Infrastruktura, Aplikacja Inkasencka, e-BOK), obszary zarządzania przedsiębiorstwem (Analizy i/lub Kontroling, e-Sprawozdania, Zlecenia, Kadry i Płace, Majątek Trwały).

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższy warunek Wykonawcy mogą spełnić łącznie.

Uwaga: Poprzez autorski system do zarządzania Zamawiający rozumie zbiór integralnych modułów dziedzinowych (obszarów/funkcjonalności), składających się na oprogramowanie/system jednego producenta, co do których pełne autorskie prawa majątkowe posiada jeden podmiot (producent).

Uwaga: Wykonawca może sumować zakresy i wartości kilku dostaw (realizowanych w ramach oddzielnych zamówień dla tego samego zamawiającego) dla uzyskania wymaganych zakresów i wartości porównywalnych.

b) będzie dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. co najmniej:

- 1 osobą pełniącą funkcję kierownika projektu: posiadającą wykształcenie wyższe, minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu projektami informatycznymi, doświadczenie przy wdrażaniu co najmniej 2 autorskich systemów informatycznych Wykonawcy, posiadającą ważny certyfikat PRINCE2 Practitioner lub równoważny;

- 2 osobami pełniącymi funkcję wdrożeniowca: posiadającymi minimum 5 lat doświadczenia zawodowego we wdrażaniu autorskiego systemu informatycznego Wykonawcy;

- 2 osobami pełniącymi funkcję programisty: posiadającymi minimum 5 lat doświadczenia zawodowego w projektowaniu i programowaniu autorskiego systemu informatycznego Wykonawcy;

- 1 osobą pełniącą funkcję specjalisty ds. bazy danych: posiadającą wykształcenie wyższe, minimum 5 lat doświadczenia zawodowego związanego z konfiguracją oraz obsługą baz danych współpracujących z systemem Wykonawcy, posiadającą certyfikat Administratora bazy danych wydany przez jej producenta”.

Ponadto odwołujący wniośł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT, a także zwrot kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę na podstawie rachunków lub spisu kosztów.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż niewątpliwie wymienione naruszenia przepisów ustawy mogą uniemożliwić mu udział albo skuteczne konkurowanie w ogłoszonym przez zamawiającego postępowaniu, co w konsekwencji 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 ocenie odwołującego warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane przez zamawiającego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W szczególności chodzi o skumulowanie bardzo dużej liczby szczegółowo opisanych wymogów funkcjonalnych systemu informatycznego, w połączeniu z wymogiem legitymowania się co najmniej dwoma zamówieniami referencyjnymi o wartości wyższej niż wynosi rynkowa wartość przedmiotu zamówienia. Co dodatkowo istotne zamawiający postawił także warunek legitymowania się zamówieniami referencyjnymi z ostatnich 3 lat, który to okres ze względu na pandemię COVID-19, charakteryzował się zmniejszoną aktywnością zamawiających będących podmiotami wodociągowo – kanalizacyjnymi lub wielobranżowymi, jeśli chodzi o zamówienia na zintegrowane systemy informatyczne.

Nadmierna kumulacja warunków udziału w postępowaniu obejmuje:

1. wdrożenie w przedsiębiorstwie wodociągowo-kanalizacyjnym,
2. wdrożenie w przedsiębiorstwie wodociągowo-kanalizacyjnym prowadzącym działalność związaną z produkcją wody i odprowadzaniem ścieków oraz wywozem i unieszkodliwianiem odpadów,
3. wdrożenie obejmujące połączone obszary branżowe, wymienione w rozdziale 18 ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ
4. wdrożenie minimum dwóch zamówień o wartości minimum 500.000,00 zł brutto każde wykonanych nie później niż w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert.

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 (moduły funkcjonalne, wartość 0,5 mln złotych brutto, okres referencyjny 3 lat). Stawianie powyższych warunków w zagregowanej postaci przez zamawiającego, jest wygórowane i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Od marca 2020 r. polska gospodarka funkcjonuje w restrykcjach związanych z pandemią Covid- 19. Konsekwencją wpływu pandemii na realizację usług wdrożeń systemów informatycznych, są drastyczne modyfikacje harmonogramów realizowanych już usług wdrożenia ZSI (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 ZSI 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 ZSI o parametrach oczekiwanych przez zamawiającego.

Przy czym, w ocenie odwołującego, sama liczba wdrożeń spełniających wymagania zamawiającego w ramach pojedynczego projektu (zakres, wartość) nie jest reprezentatywna.

Na dość ograniczonym rynku systemów informatycznych, którego dotyczy niniejsze postępowanie, działają podmioty, z których niektóre prowadzą dość agresywną politykę cenową nieuznającą obowiązku kierowania się przez zamawiających – jednostki sektora finansów publicznych przepisami ustawy o finansach publicznych, w szczególności art. 44 obligującego do dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

W oparciu o opis przedmiotu zamówienia oraz wzór umowy odwołujący szacuje, że wartość jego oferty wynosiłaby około 350 000,00 PLN brutto.

Wysoka wartość wdrożenia nie świadczy o poziomie skomplikowania przedmiotu zamówienia. Cena oprogramowania wynika z polityki cenowej stosowanej przez dostawcę, jakich komponentów dostawca używa do budowy systemu (np. ceny licencji), wysokich kosztów własnych lub chęci osiągnięcia wysokich zysków w sytuacji, gdy wykonawca jest przekonany, że treść wymagań w zakresie zdolności technicznej i zawodowej spełnia wyłącznie on. 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.

W referencyjnym okresie odwołujący zrealizował lub jest w trakcie realizacji kilkudziesięciu projektów, w zakresie realizacji dostaw i usług wdrożenia ZSI, 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 nieleżących po stronie odwołującego - jeszcze się nie zakończyły. Należy

podkreślić, że odwołujący legitymuje się wdrożeniem wszystkich funkcjonalności referencyjnych wymaganych przez Zamawiającego, które ze względu na potrzeby innych zamawiających nie były skumulowane w jednostkowym postępowaniu. Fakt, że odwołujący nie legitymuje się jednostkowym zamówieniem, w którym byłyby skumulowane wszystkie obszary funkcjonalne określone w rozdz. 18 ust. 1 pkt 4 lit. a) SWZ - nie oznacza, że suma posiadanego doświadczenia odwołującego nie jest wystarczająca do przyjęcia, iż legitymuje się doświadczeniem wystarczającym dla prawidłowego zrealizowania przedmiotowego zamówienia. Świadczą o tym między innymi ostatnio zrealizowane i będące w realizacji duże zamówienia, na kwoty znacznie przewyższające referencyjne 500.000,00 zł:

– *„Zaprojektowanie i wdrożenie systemu informatycznego EMR do wsparcia procesu gospodarowania mieniem ruchomym w AMW” dla Agencji Mienia Wojskowego o wartości 1 193 100,00 PLN brutto, zakończone 10.12. 2021 r.*

– *„Dostawa i wdrożenie Elektronicznego Biura Obsługi Klienta (EBOK) w Przedsiębiorstwie Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Olsztynie wraz z oprogramowaniem do świadczenia e-usług” o wartości 3 659 127,00 zł brutto – z terminem zakończenia realizacji do 23 stycznia 2023 r.*

– *„Modernizacja i rozbudowa Systemu Papyrus SQL wraz z obsługą serwisową” dla Mazowieckiego Urzędu Wojewódzkiego w Warszawie o wartości 4 982 115,00 zł brutto z terminem realizacji do 30 listopada 2023 r.*

Ponadto odwołujący realizuje aktualnie kilkanaście nowych wdrożeń własnego ZSI i serwisuje około 400 instalacji wcześniej wdrożonego. Odwołujący posiada referencje od podmiotów wodociągowo – kanalizacyjnych oraz wielobranżowych, dla których z sukcesem wdrożył zintegrowany system informatyczny, spełniający w 100% wymagania zamawiających określone w specyfikacjach, lecz o niższych wartościach zamówienia niż wymaga zamawiający. Odwołujący prowadzi działania zgodne z misją *„Oferujemy innowacyjne produkty i usługi za rozsądną cenę”*.

Biorąc pod uwagę powyższe, określenie warunków udziału w postępowaniu, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, pozbawi zamawiającego możliwości pozyskania systemu informatycznego za ok. 350.000,00 zł brutto, który będzie spełniał wszystkie wymogi funkcjonalne, opisane w SWZ.

Postępowanie zorganizowane przez zamawiającego, wpisze się tym samym w niechlubną statystykę przetargów, w którym była złożona tylko jedna oferta. Znajomość po stronie odwołującego produktów konkurencji oraz stosowanej przez podmioty konkurencyjne polityki cenowej, nie pozostawia wątpliwości w tym zakresie.

Ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia została opisana w wyroku KIO z 18.04.2018 r. (KIO 630/18, Legalis), w którym wyjaśniono, iż rolą zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu jest z jednej strony określenie

ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, tak aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, z drugiej zaś strony – na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający musi więc wyważyć obie te potrzeby i opisać warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić każdą z nich.

Analizując zapisy SWZ, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie sprostął w 100% żadnemu z ww. zadań stawianych przez PZP. O ile na podstawie zapisów SWZ będzie możliwa ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, należy podkreślić, że będzie ona ograniczona tylko do jednego wykonawcy. Należy tym samym uznać, że postępowanie przetargowe będzie zrealizowane z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 16 ust. 1 PZP) a także zasady proporcjonalności (art. 16 ust. 3 PZP).

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący, przed otwarciem rozprawy, złożył dodatkowe pismo procesowe wraz z wnioskami dowodowymi.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający

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

Jak wskazuje się w doktrynie (vide: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza), „Art 112 Pzp wyznacza zespół wymagań, które zamawiający powinien uwzględnić każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ustalając takie wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien w ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie. Komentowany artykuł wdraża art. 58 ust. 1 akapit pierwszy i akapit drugi oraz akapit 5 dyrektywy klasycznej. W świetle art. 57 pkt 2 i art. 112 Pzp warunki udziału w postępowaniu to określone przez zamawiającego pozytywne warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia o charakterze podmiotowym, służące ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Należyte wykonanie zamówienia oznacza wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, czyli z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu lub jakości itp. Tak rozumiane warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

Należy odróżnić warunki udziału w postępowaniu od wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowych wykonawcy, natomiast wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia oraz związane z realizacją zamówienia – do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania. Przykładowo, próbka dostarczanych produktów może być, zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp, żądana na potwierdzenie zdolności technicznych wykonawcy, które umożliwiają mu dostarczenie produktów na odpowiednim poziomie jakości, lub zgodnie z art. 106 ust. 1 Pzp – na potwierdzenie, że oferowany produkt spełnia określone wymagania lub cechy. Sięgając do innych przykładów, można wskazać na opis technologii stosowanych do zagospodarowania odpadów wymagany przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usuwanie odpadów komunalnych. Dokument ten może posłużyć bądź jako opis urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych stosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości, żądany zgodnie z art. 116 ust. 1 Pzp na potwierdzenie posiadania potencjału technicznego umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, bądź jako stanowiąca element oferty koncepcja zagospodarowania odpadów, która opisuje planowany sposób realizacji zamówienia. W takich wypadkach o charakterze środka dowodowego nie decyduje jego rodzaj, lecz cel, w jakim jest żądany. (...). Swoboda określenia warunków udziału w postępowaniu i jej ograniczenia. W

odróżnieniu od podstaw wykluczenia, które są określone ustawowo, warunki udziału w postępowaniu są każdorazowo indywidualizowane przez samego zamawiającego, z uwzględnieniem granic określonych w Pzp. Swoboda określenia warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi określać warunki udziału w postępowaniu. Art. 112 Pzp wymienia czynniki wyznaczające granice swobody określania warunków udziału w postępowaniu, którymi są:

- 1) proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oraz
- 2) niezbędność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także
- 3) referowanie do zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej. (...).

Art. 112 ust. 1 Pzp stwierdza, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Przy interpretacji tego wyrażenia należy uwzględnić art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej, który jest wzorcem dla tej normy. Zgodnie z art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej „[instytucje zamawiające] ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia”. Posłużenie się w art. 112 ust. 1 Pzp sformułowaniem „w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia” oznacza zatem, że zamawiający nie może swobodnie i arbitralnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli trzyma się kategorii warunków określonych ust. 2, ale przy ich określaniu musi ograniczyć się wyłącznie do wymagań niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia (Por. wyrok z dnia 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11 *Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukovávizig) i Hochtief Construction Solutions AG Magyarország Fióktelepe (obecnie Hochtief Solutions AG Magyarország Fióktelepe) przeciwko Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, ECLI:EU:C:2012:643, pkt 28). Prawidłowo wskazuje się w orzecznictwie KIO, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do

osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie (wyrok KIO z 1 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1342/19, Legalis).

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis uwzględnia zatem zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 Pzp. W myśl art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej wszystkie wymagania dotyczące udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu. Wprawdzie z art. 112 ust. 1 Pzp wynika wprost, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jednak taka relacja warunkowana jest powiązaniem warunków udziału z przedmiotem zamówienia. W pierwszym rzędzie warunki udziału nie mogą być określone w sposób abstrakcyjny, lecz muszą odnosić się do konkretnego zamówienia i jego przedmiotu. Stawiane wykonawcom wymagania podmiotowe powinny zatem znajdować umocowanie przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia (uchwała KIO z 10 lipca 2019 r., sygn. akt KIO/KD 48/19, Legalis).

Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług (wyrok KIO z 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2433/19, Legalis).

O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego (wyrok KIO z 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19, Legalis). Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów (wyrok KIO z 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 51/19, Legalis). Warunki udziału nie muszą zostać określone w taki sposób, aby każdy wykonawca, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych, dostawę produktu lub świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia je spełniał. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania (wyrok KIO z 5 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 96/19, Legalis).

W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest nabycie produktów lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych, wymagania dotyczące udziału

w postępowaniu będą z natury niższe niż w przypadku szczególnie złożonych zamówień.”

Konieczność uwzględnienia zasad proporcjonalności i konkurencyjności w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich wykazywania potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które pozostaje aktualne także na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, tak np. wyrok z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 476/16: *„Podkreślić należy, że naczelną zasadą, jaką Zamawiający winien kierować się opisując sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest zasada proporcjonalności. Zasada ta oznacza zobowiązanie do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych niekoniecznych. Aby ustalić czy określone działania podejmowane przez zamawiającego nie naruszają zasad proporcjonalności konieczne jest określenie celu jaki zamawiający zamierza osiągnąć podejmując określone czynności. W przypadku opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu cel został określony przez samego ustawodawcę w art. 22 ust. 5, w którym w sposób jasny zostało wskazane, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. (...) Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców.”*

Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2018 r. KIO/KU 27/18, której wnioski zachowują aktualność na gruncie obowiązującej obecnie ustawy Pzp: *„kwestia proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doczekała się kompleksowej analizy w doktrynie i judykaturze KIO i ETS (obecnie TSUE), Izba ogólnie wskazuje, że określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte*

działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (zob. przykładowo wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, czy z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile editi Scrl v. Comune di Milano)."

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający nie wziął pod uwagę okoliczności, które mają istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie. Wskazać bowiem należy na strukturę zamawiających oraz potencjał wykonawców, jaki występuje w przedmiotowym postępowaniu, który przy prawidłowej ocenie prowadzi do wniosku, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu postawił i opisał warunki udziału w postępowaniu w sposób, który przeczy zasadzie proporcjonalności.

Podkreślić należy, iż w zakresie instytucji zamawiających realizujących zadania z zakresu gospodarki komunalnej można zidentyfikować dwa rodzaje zamawiających. Jeden typ zamawiających to zamawiający (tacy jak zamawiający w przedmiotowym postępowaniu) działający na obszarze powiatowym lub gminnym, u których występuje skumulowanie działalności z różnych dziedzin, np. gospodarka wodno-ściekowa, obsługa mieszkańców (wspólnoty mieszkaniowe) oraz gospodarka „śmieciowa”. Przy tym typie zamawiającego zakres funkcjonalny systemów informatycznych jest wielopłaszczyznowy, występuje wiele modułów realizujących konkretne funkcjonalności. W tym przypadku system informatyczny jest co prawda bardzo rozbudowany, ale jednocześnie nie jest systemem droгим, przeznaczonym dla niewielkiej liczby użytkowników końcowych.

Drugi typ zamawiającego, to zamawiający działający na większym obszarze, wojewódzkim lub krajowym, z tą uwagą, iż zamawiający ci realizują zadania monotematyczne, tj. zajmują się wyłącznie jednym rodzajem usług komunalnych, np. gospodarką wodno-ściekową lub gospodarką w zakresie utrzymania i porządku w gminach (gospodarka śmieciowa). Ten typ zamawiających charakteryzuje się rozbudowanym systemem informatycznym (w danym zakresie świadczonych usług). System taki zazwyczaj jest droższy i realizuje funkcjonalności dla bardzo dużej liczby użytkowników końcowych.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej połączył (zsumował) dwa typy zamawiających, w wyniku czego powstała hybryda, która w ocenie Izby wyklucza udział w postępowaniu podmiotów innych niż ten, na który wskazywał odwołujący i zamawiający. Co prawda zamawiający na rozprawie powoływał się na okoliczność, iż rozeznanie rynku pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu pozwoliło mu na ustalenie, że warunek może spełnić przynajmniej trzech wykonawców, jednakże dowodu na tę okoliczność nie przedstawił.

W ocenie Izby, ustanowiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w sposób bezzasadny ograniczył możliwą konkurencję postępowania przez niezachowanie

zasady proporcjonalności przy jego ustalaniu. Zdaniem Izby, odwołujący zasadnie wskazywał okoliczności wadliwej czynności zamawiającego, gdyż odwołujący jako podmiot doświadczony na rynku usług informatycznych posiada stosowny potencjał oraz doświadczenie, które umożliwi prawidłowe realizowanie zadań nałożonych na niego przez zamawiającego, tym bardziej, że jest podmiotem, który obecnie realizuje zamówienie dla tego zamawiającego. Nadmierny opis warunku nie tylko uniemożliwi odwołującemu na udział w przedmiotowym postępowaniu, ale co najważniejsze ograniczy konkurencję tylko do jednego podmiotu. Tym samym Izba stwierdziła, że konieczne jest nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z żądaniem odwołującego.

Izba nie uwzględniła odwołania w zakresie warunku dotyczącego potencjału kadrowego (osobowego), gdyż zarzut w tym zakresie nie znalazł żadnego uzasadnienia w treści odwołania, odwołujący w tym zakresie nie powołał się na żadne okoliczności, co oznacza, że ze względów formalnych zarzut ten należało oddalić.

Odnosnie do zarzutu referującego do okresu wymaganego doświadczenia, Izba wskazuje, co następuje. Przepis § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) stanowi, iż w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego 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 wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;

Jednocześnie w ust. 4 pkt 2 ww. rozporządzenia wskazano, że w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, zamawiający może dopuścić, aby

wykaz, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata.

Biorąc powyższe pod uwagę, mając jednocześnie na uwadze, iż okres doświadczenia pokrywał się z okres pandemii (Covid-19) zamawiający winien mieć na uwadze okoliczność, iż w tym okresie większość zamówień zleczanych przez zamawiających dotyczyła rozbudowywania już posiadanych systemów o dodatkowe funkcjonalności umożliwiające wykonywanie pracy w systemie pracy zdalnej. Jednakże wartość tych zamówień oraz zakres funkcjonalny był bardzo ograniczony, dlatego też zasadne jest, aby okres doświadczenia, w celu zachowania zasady konkurencyjności postępowania został wydłużony a zakres prac mógł zostać sumowany, w taki sposób, aby potwierdzał potencjał wykonawcy w realizacji zamówienia.

W wyroku z dnia 2 listopada 2016 r. KIO 1959/16 Izba stwierdziła, że *„W myśl ust. 5 pkt 2, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może dopuścić, aby wykaz, o którym mowa w ust. 4 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Analiza przepisu zawartego w § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia wskazuje, że przepis ten ma charakter fakultatywny dla zamawiającego. Niemniej jednak wydaje się, iż w sytuacji, gdyby ustalone przez zamawiającego na podstawie § 4 ust. 2 warunki miały doprowadzić do zaburzenia odpowiedniego poziomu konkurencji, zamawiający będzie zobligowany do wydłużenia terminu zgodnie z ust. 5 pkt 2. Tego rodzaju konstatacja wynika również z jednej z podstawowych dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych zasad, tj. zawartej w art. 7 ZamPublU zasady zachowania uczciwej konkurencji.”*

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 5 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Zgodnie z wyżej powołanym przepisem rozporządzenia Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2–4, w szczególności, jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej waga zarzutów odwołania uwzględnionych przez Izbę ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania. Nieuwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania nie wpływa na

jego ostateczny wynik. Dlatego też Izba postanowiła o obciążeniu zamawiającego kosztami postępowania w całości.

Przewodniczący: