

Sygn. akt: KIO 2507/19

WYROK

z dnia 20 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego 09 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Mikrobit Sp. z o.o., R-SOFT Studio Sp. z o.o. (ul. Tomasza Zana 39, 20-601 Lublin)** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Krasnystaw (Plac 3 Maja 29, 22-300 Krasnystaw)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 1-3 oraz nakazuje kontynuację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z procedurą przewidzianą przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Miasto Krasnystaw (Plac 3 Maja 29, 22-300 Krasnystaw)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Mikrobit Sp. z o. o., R-SOFT Studio Sp. z o. o. (ul. Tomasza Zana 39, 20-601 Lublin)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego **Miasto Krasnystaw (Plac 3 Maja 29, 22-300 Krasnystaw)** na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Mikrobit Sp. z o. o., R-SOFT Studio Sp. z o. o. (ul. Tomasza Zana 39, 20-601 Lublin)** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zamościu**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Krasnystaw prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa i wdrożenie systemów informatycznych z uruchomieniem e-usług oraz dostawą niezbędnego sprzętu komputerowego dla Miasta Krasnystaw, Gminy Kazimierz Dolny i Gminy Bełżyce. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 24 kwietnia 2019 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 080-191608.

Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mikrobit sp. z o.o. oraz R-Soft Studio sp. z o.o. wnieśli odwołanie, w którym podniesione zostały zarzuty dotyczące unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w części nr 1, części nr 2, części nr 3 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.: art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22a ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w częściach 1-3 z powodu rzekomego wystąpienia w postępowaniu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającej na sformułowaniu - zdaniem Zamawiającego - niejednoznacznych, nieprecyzyjnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.3.1 b), 5.2.3.2b), 5.2.3.3 b) SIWZ i III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu podczas, gdy warunki te są precyzyjne, jednoznaczne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nie doszło do wystąpienia żadnej wady uniemożliwiającej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w częściach 1-3 z powodu rzekomego wystąpienia w postępowaniu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podczas, gdy łącznie nie wystąpiły znamiona do unieważnienia postępowania na podstawie powyższej przesłanki, a przeprowadzone w postępowaniu czynności pozwalają na zawarcie umowy ważnej na podstawie ustawy Pzp, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3G ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w częściach 1-3 z powodu rzekomego wystąpienia w postępowaniu niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na sformułowanie - zdaniem Zamawiającego - niejednoznacznych, nieprecyzyjnych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.2.3.1 b), 5.2.3.2b), 5.2.3.3 b) SIWZ i 111.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, podczas, gdy podczas, gdy warunki te są precyzyjne, jednoznaczne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nie doszło do wystąpienia żadnej wady uniemożliwiającej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w częściach 1-3, w sytuacji gdy nie było ku temu podstaw, ponieważ w częściach 1-3 postępowania złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu (tj. Odwołującego), art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania w częściach 1-3 w sposób niedostateczny, tj. zawarcie na s. 1 Informacji o unieważnieniu Postępowania z dnia 29 listopada 2019 r. wzmianki o unieważnieniu postępowania w częściach 1-5 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy Pzp oraz nieprzedstawienie żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, ani argumentów na poparcie okoliczności dotyczących unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w częściach 1 - 3; dokonanie czynności badania i oceny ofert, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w częściach 1-3, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

29 listopada 2019 r. Zamawiający przesłał Informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W Informacji o unieważnieniu Zamawiający wskazał, że:

„Zamawiający podczas trwania postępowania ustalił, że postępowanie w części 1-3 obarczone jest nieusuwalnymi wadami polegającymi na naruszeniu art 7 ust 1 i art 22a ust 1a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niejednoznaczny i nieprecyzyjny warunek udziału.

Zamawiający w SIWZ wymagał aby wykonawca dysponował minimum i osobą na stanowisku Kierownik Projektu/Szefa Programistów/Wdrożeniowca Systemów informatycznych/ Programisty posiadającym minimum 3-letnie (w przypadku programisty 2 letnie) doświadczenie w zakresie objętym jego obowiązkami. Tak skonstruowany warunek udziału w postępowaniu narusza art. 7 ust 1 i art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z następujących względów:

-nie dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców dysponujących osobami które nie posiadają wskazanego okresu doświadczenia bowiem prowadzą działalność w tym zakresie

przez okres krótszy;

- nie odnosi się do realnego doświadczenia uzyskanego przez daną osobę a do okresu czasu w którym dana osoba prowadzi działalność w zakresie objętym jego obowiązkami;*
- jest nieproporcjonalny do okresu realizacji przedmiotowego zamówienia (330 dni).*

Zgodnie z przepisami art 22a ust 1a Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Norma ujęta w przepisie art 22 ust 1a p.z.p. ma charakter funkcjonalny, tj. ustawodawca reguły dla ustalania warunków udziału w postępowaniu określił w sposób referujący do celu, jaki mają one spełniać - tak aby ich określenie gwarantowało wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który z jednej strony jest uzasadniony dążeniem zamawiającego do uzyskania najwyższej jakości i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a z drugiej nie ogranicza dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

W przedmiotowym postępowaniu ww. warunek nie przeszedł testu proporcjonalności co wskazuje na jego bezpodstawność w świetle regulacji art. 22 ust. 1a PZP. Zapisy SIWZ dopuszczają np. wykonawcę dysponującego osobą, która co prawda posiada 3-letnie doświadczenie w kierowaniu jednym projektem o złożoności porównywalnej z przedmiotem zamówienia, zaś nie dopuszczają wykonawcy dysponującego osobą posiadającą doświadczenie w wymiarze np. 30 miesięcy, podczas których zarządzała ona 3 projektami o złożoności porównywalnej z przedmiotowym zamówieniem. Należy pamiętać, że projekt objęty przedmiotem zamówienia w zakresie części 1-3 trwa 330 dni, czyli krócej niż wymagany 3-letni okres wskazany w SIWZ. A więc wykonawca dysponujący osobą posiadającą doświadczenie w wymiarze np. 30 miesięcy, podczas których zarządzał projektem o złożoności porównywalnej z przedmiotowym zamówieniem powinien zostać dopuszczony do realizacji przedmiotowego zamówienia, zaś przyjęta konstrukcja warunku udziału w postępowaniu pozbawia wykonawcę dysponującego taką osobą prawa złożenia oferty. Odnosząc się do cech stwierdzonej wyżej wady (w świetle przesłanek unieważnienia postępowania wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy) należy stwierdzić, że jest ona w tym momencie nieusuwalna w świetle przepisów art. 38 ust 4b ustawy Pzp. Wada ta stanowi

podstawę do unieważnienia umowy na podstawie art 146 ust 6 Prawa zamówień publicznych. Stosownie do tych przepisów Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Odnosząc się do treści art 146 ust 6 ustawy należy stwierdzić, że wskazana wada spowodowała, że wykonawcy, którzy byli potencjalnie zainteresowani uzyskaniem zamówienia, dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty i tym samym mogło to mieć wpływ na wynik postępowania (wykonawcy ci mogli potencjalnie złożyć oferty korzystniejsze od Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu). Reasumując, występują wszystkie przesłanki uzasadniające unieważnienie przedmiotowego postępowania w oparciu o przepisy art 93 ust 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust 6 PZP. Postępowanie dotknięte jest wadą (naruszenie art. 7 ust oraz art. 22a ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych), która jest nieusuwalna (w momencie, gdy upłynął już termin składania ofert nie można dokonać zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu) i jest podstawą unieważnienia umowy w oparciu o art 146 ust 6 Pzp (naruszenie przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania)".

W ocenie Odwołującego, warunki określone w pkt 5.2.3.1 b), 5.2.3.2b), 5.2.3.3 b) SIWZ i 111.1.3 ogłoszenia o zamówieniu zostały sformułowane w sposób jednoznaczny, precyzyjny i są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Warunki te nie były kwestionowane przez żadnego z wykonawców w postępowaniu, nie wniesiono żadnego odwołania na treść SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu. Żaden z wykonawców nie wniósł w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp pytania do ogłoszenia lub SIWZ z wnioskiem o zmianę ww. warunków udziału w postępowaniu. W postępowaniu złożono kilka ofert, tj. w części nr 1-3 oferty, w części nr 2-3 oferty, w części nr 3 - 2 oferty.

Zdaniem Odwołującego, powyższe okoliczności świadczą o tym, że warunki te były sformułowane w sposób jednoznaczny i precyzyjny oraz niebudzący wątpliwości wykonawców, a także zostały ustalone w sposób niewygórowany i nieograniczający potencjalnym wykonawcom dostępu do zamówienia. Na rynku występuje wiele osób spełniających wymagania posiadania 3-letniego doświadczenia jako Kierownik projektu/Szef programistów/Wdrożeniowiec Systemów Informatycznych albo 2-letniego doświadczenia jako Programista. Okoliczność, że w poszczególnych częściach zamówienia złożono 1-3 oferty, a nie więcej, może zdaniem Odwołującego świadczyć jedynie o tym, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie cieszyło się zbyt dużym zainteresowaniem u szerokiego grona potencjalnych wykonawców, lecz nie może świadczyć o tym, iż sformułowanie przez Zamawiającego w taki sposób warunków udziału w Postępowaniu spowodowało ograniczenie konkurencji i miało lub mogło mieć jakikolwiek wpływ na krąg potencjalnych

wykonawców.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca mógł wykazać dysponowanie osobami, które zdobyły wymagane doświadczenie w okresie określonym przez Zamawiającego pracując/współpracując z kilkoma podmiotami, niekoniecznie nawet z wykonawcą. Wykonawca mógł dysponować tymi osobami bezpośrednio lub pośrednio.

W ocenie Odwołującego nieracjonalna jest konstatacja Zamawiającego, że brzmienie warunków udziału w postępowaniu nie odnosi się do realnego doświadczenia uzyskanego przez daną osobę, a do okresu czasu w którym dana osoba prowadzi działalność w zakresie objętym jej obowiązkami. Warunki nie odnosiły się do wymogu, aby dany wykonawca/osoba prowadził przez określony czas działalność, a jedynie do tego, aby wykonawca wykazał dysponowanie osobą, która przez wymagany czas kierowała projektami wdrażania systemów informatycznych, kierowała zespołem programistów, bądź wdrożeniowców, wdrażała systemy informatyczne albo posiadała doświadczenie w zakresie pisania i integracji systemów informatycznych. Tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu odnosi się do realnego doświadczenia uzyskanego przez poszczególne osoby w trakcie określonego okresu czasu. Zamawiający nie określił, iż poszczególne osoby miały zdobyć wymagane doświadczenie w okresie ostatnich dwóch albo trzech lat przed upływem terminu składania ofert - Zamawiający nie sprecyzował bowiem ram czasowych. Dlatego też, możliwe było wykazanie się przez wykonawcę osobami posiadającymi wymagane doświadczenie zdobyte np. 8 lat temu.

W ocenie Odwołującego, warunki udziału w postępowaniu nie zostały sformułowane w sposób nieprecyzyjny, czy niejednoznaczny. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące dokumentacji postępowania powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Odwołujący nie zgodził się, z twierdzeniem Zamawiającego, że warunek jest nieproporcjonalny do okresu realizacji przedmiotowego zamówienia (330 dni). W argumentacji wskazał, że Zamawiający, określając szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest dokonać tego w taki sposób, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć nie wszyscy wykonawcy, a jedynie tacy, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się także z twierdzeniem, że z uwagi na to, że termin realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi 330 dni, to również warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami o określonym doświadczeniu, powinien obejmować podobny okres. Zamawiający był uprawniony do sformułowania warunku udziału w postępowaniu obejmującego okres dwóch albo trzech lat po to, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który posiada odpowiednie doświadczenie i da rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Dlatego też, w ocenie Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał także, że wykładnia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W niniejszym postępowaniu nie doszło w ogóle do wystąpienia wady. Z ostrożności jednak Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać, że sformułowanie warunków udziału w postępowaniu stanowiło wadę, nie doszło do łącznego wystąpienia wszystkich znamion, niezbędnych do ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania z art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wykryta przez Zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale również wskazywać na dokonanie czynności w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Zdaniem Odwołującego, do wskazanych znamion należy zaliczyć sam fakt wystąpienia wady postępowania oraz niemożność usunięcia takiej wady. Niemożliwa do usunięcia wada musi skutkować niemożnością zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, a zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy Pzp. Zamawiający ma obowiązek uzasadnienia przesłanek unieważnienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy Pzp, a wykonawca ma pełne prawo do poznania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a więc z uwagi na zaistnienie w nim niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy wada ta nie tylko jest nieusuwalna, ale dodatkowo ma wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w ocenie Odwołującego nie tylko nie wykazał związku wystąpienia wszystkich znamion niezbędnych do ziszczenia się przesłanki unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ale również nie poczynił należytego uzasadnienia kumulatywnego wystąpienia znamion unieważnienia postępowania na powyższej podstawie.

Ponadto Odwołujący wskazał, że skoro zdaniem Zamawiającego wystąpiły niemożliwe do usunięcia wady, powinien bezzwłocznie unieważnić postępowanie. Zamawiający nie może kontynuować postępowania wiedząc, że nie zakończy się ono rozstrzygnięciem w postaci zawarcia umowy na wykonanie zamówienia publicznego. Takie działanie narusza nie tylko przytoczone w poszczególnych zarzutach przepisy ustawy Pzp ale również podstawowe

zasady przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymienione w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, takie jak zasada uczciwej konkurencji (poprzez „zwodzenie” wykonawców biorących udział w postępowaniu perspektywą zawarcia umowy o realizację przedmiotowego zamówienia oraz narażanie ich na niepotrzebne koszty udziału), równego traktowania wykonawców (poprzez prawdopodobne wszczynanie i unieważnianie kolejnych postępowań do momentu złożenia jako najwyższej ocenionej oferty przez preferowanego wykonawcę) oraz proporcjonalności i przejrzystości postępowania (brak odpowiednio wczesnego uświadomienia wykonawców o niemożliwości rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór najkorzystniejszej oferty i bezzasadna kontynuacja postępowania).

Odwołujący wskazał także, że Zmawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie w częściach 1-3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: „nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3”. W niniejszej sprawie, nie było ku temu podstaw, ponieważ w częściach 1-3 postępowania złożono oferty niepodlegające odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania w częściach 1-3 w sposób niedostateczny, gdyż na str. 1 Informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 29 listopada 2019 r. zawarto wzmiankę o unieważnieniu postępowania w częściach 1-5 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy Pzp, nie przedstawiając żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, ani argumentów na poparcie okoliczności dotyczących unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawca dysponował minimum jedną osobą na stanowisku Kierownik Projektu/Szef Programistów/Wdrożeniowiec Systemów informatycznych/Programista, posiadającym minimum 3-letnie (w przypadku programisty 2 letnie) doświadczenie w zakresie objętym jego obowiązkami.

Zamawiający unieważnił postępowanie w częściach 1-3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu wskazał, że ustalił, że postępowanie w części 1-3 obarczone jest nieusuwalnymi wadami, polegającymi na naruszeniu art. 7 ust. 1 i art. 22a ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niejednoznaczny i nieprecyzyjny warunek udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, sformułowany warunek udziału w postępowaniu narusza art. 7 ust 1 i art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych z następujących względów:

- nie dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców dysponujących osobami, które nie posiadają wskazanego okresu doświadczenia, bowiem prowadzą działalność w tym zakresie przez okres krótszy;
- nie odnosi się do realnego doświadczenia uzyskanego przez daną osobę, a do okresu, w którym dana osoba prowadzi działalność w zakresie objętym jego obowiązkami;
- jest nieproporcjonalny do okresu realizacji przedmiotowego zamówienia, wynoszącego 330 dni.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał, aby warunki przez niego opisane były niejednoznaczne, czy nieprecyzyjne. Nie wskazał, które z wymagań może budzić uzasadnione wątpliwości wykonawców, czy niejednoznaczności.

Ponadto, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, w treści wymagania dotyczącego personelu, Zamawiający nie odniósł się do prowadzenia działalności, a na wymaganie takiej działalności Zamawiający powołał się wymieniając przesłanki unieważnienia postępowania. Nadto należy zauważyć, że Zamawiający nie ograniczył okresu, w jakim wykonawca powinien wykazać zdobyte doświadczenie, tj. aby dotyczyło ono ostatnich dwóch, czy trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca mógł także wykazać, że dysponuje osobami, które zdobyły wymagane doświadczenie w okresie określonym przez Zamawiającego przy współpracy z różnymi podmiotami. Powyższe okoliczności wskazują na liberalną treść postawionego przez Zamawiającego warunku, przez co warunek nie tylko dopuszcza do udziału w postępowaniu wielu wykonawców, ale także nie jest nadmierny.

Co więcej, okres wymaganego nabytego doświadczenia przez personel realizujący zamówienie nie musi być identyczny z okresem realizacji przedmiotu zamówienia. Czas nabywania doświadczenia nie jest tożsamy z przewidywanym czasem realizacji zamówienia. Przede wszystkim Zamawiający ma prawo wymagać, aby czas nabywania doświadczenia przez personel, który będzie realizował zamówienie, był dłuższy niż sam czas realizacji zamówienia. Istotne jest, aby zamówienie było realizowane przez osoby, które zdobyły większe doświadczenie, dają gwarancję należytego wykonania zamówienia, szczególnie w sytuacji, gdy jak sam Zamawiający stwierdził, przedmiotem zamówienia jest skomplikowany system i jego wdrożenie. W interesie zatem Zamawiającego jest pozyskanie personelu, który miał sposobność zetknąć się z dużo większą ilością zagadnień, co jest prawdopodobne przy dłuższym stażu, przekładającym się na posiadanie większego doświadczenia. Nie jest okolicznością nadzwyczajną opisywanie przez Zamawiającego wymagań dotyczących personelu poprzez długość stażu zawodowego. Tym samym okoliczność, że okres wymaganego stażu dla personelu, który będzie realizował zamówienie, jest dłuższy niż czas

realizacji zamówienia, nie jest tożsamy z okresem realizacji zamówienia, nie stanowi o jakimkolwiek uchybieniu, które mogłoby zostać uznane za wadę, która uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Zamawiający wskazał, że warunek jest nieproporcjonalny do okresu realizacji przedmiotowego zamówienia (330 dni). Zamawiający nie wskazał jednak, jaki czas doświadczenia byłby proporcjonalny do tego okresu. Należy ponownie zauważyć, że nie wynika z przepisów prawa, aby czas nabywanego doświadczenia miał być jednakowy, czy krótszy niż czas realizacji zamówienia. Zamawiający każdorazowo określa samodzielnie treść wymagań dotyczących personelu w taki sposób, aby uzyskać personel, który prawidłowo zrealizuje zamówienie.

Ponadto nie jest tak, jak wskazał Zamawiający, że warunek opisany nie odnosi się do realnego doświadczenia uzyskanego przez daną osobę, bowiem właśnie czas, w którym dana osoba nabywała doświadczenie powoduje, że wykonawca miał możliwość zetknąć się z problematyką, jaka może wystąpić przy realizacji danego systemu.

Zamawiający przedstawił jako dowód dokument z 30 listopada 2019 roku pn.: wnioski z audytu postępowania pn. Dostawa i wdrożenie systemów informatycznych z uruchomieniem e-usług oraz dostawą niezbędnego sprzętu komputerowego dla Miasta Krasnystaw, Gminy Kazimierz Dolny i Gminy Bełżyce. Dokument został podpisany przez Pana K. P. (akredytowanego eksperta KFE). Dokument ten został przedstawiony jako dowód na okoliczność wystąpienia wady postępowania, która powinna skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że dokument ten wystawiony został w dniu 30 listopada 2019 roku, zaś informacja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania została wysłana w dniu 29 listopada 2019 roku, a więc jeszcze przed wystawieniem dokumentu. Ponadto jest to dokument stanowiący jedynie ocenę jednego z podmiotów na rynku, powołanego przez Zamawiającego. Jako taki jest jedynie twierdzeniem strony, która go powołała (a więc Zamawiającego), nie zaś niezależną opinią biegłego.

Zamawiający przedstawił także dokument opisany jako „Kontrola nr 86K/KN2/19” z dnia 23 sierpnia 2019 roku. Kontrolę przeprowadził Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego, zaś jednostkami kontrolowanymi były: Powiat Tarnogórski jako lider projektu oraz partnerzy: Fundacja Rozwoju Demokracji Lokalnej i Regionalna Izba Gospodarcza w Katowicach.

Zamawiający wskazał na strony 16-18 tego dokumentu. Na tych stronach został opisany warunek udziału w postępowaniu wraz z oceną kontrolującego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że dokument kontroli dotyczy zupełnie innego postępowania, a warunek dotyczy nie personelu, a doświadczenia podmiotu. Warunek udziału w postępowaniu jest zupełnie inny niż opisany w niniejszym postępowaniu, zatem nie jest wiadomo, jaka byłaby

ocena warunku w niniejszym postępowaniu. Przede wszystkim jednak kontrolujący w zakresie tego warunku nie wskazał żadnej nieprawidłowości kluczowej („Nieprawidłowości kluczowe: brak” – strona 16 dokumentu). Z dokumentu tego nie wynika, aby kontrolujący stwierdził wadę postępowania, która mogłaby stanowić podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Organ kontrolujący wskazał jedynie na pewne nieprawidłowości. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przedstawił żadnych informacji czy dowodów, z których wynikałoby, że organ kontrolujący stwierdził wadę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz aby zalecił unieważnienie postępowania. Tym samym dokument ten nie jest żadnym dowodem, który wskazywałby na występowanie w niniejszym postępowaniu wady stanowiącej przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie artykułu 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Sama okoliczność, że w postępowaniu kontrolowanym naliczono korektę finansową, nie oznacza, że w postępowaniu wystąpiła wada, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Ponownie należy wskazać, że w kontrolowanym zamówieniu postawiono zupełnie inny warunek, zawarto inne wymagania. Nadto był to warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy, nie zaś potencjału kadrowego. Na marginesie należy dodać, że dokument kontroli datowany jest na 23 sierpnia 2019 roku, zaś Zamawiający w niniejszym postępowaniu podjął decyzję o unieważnieniu postępowania dopiero 29 listopada 2019 roku. Ta okoliczność świadczy o tym, że dokument ten nie był podstawą dla Zamawiającego do unieważnienia postępowania w niniejszym postępowaniu. Nawet gdyby uznać, że dokument ten stał się podstawą do rozpoczęcia procedury audytu, to należy zauważyć, że audyt ten przeprowadzono dopiero od 15-30 listopada 2019 roku, a zatem znacznie później niż wyniki kontroli. Trafnie zauważył Odwołujący, że w sytuacji, gdy Zamawiający dostrzegł (w jego ocenie) nieprawidłowość, wadę, powinien od razu dokonać czynności unieważnienia postępowania, czego jednak Zamawiający nie dokonał, bowiem prowadził postępowanie do końca listopada, w sytuacji, gdy termin otwarcia ofert nastąpił 25 lipca 2019 r.

Zamawiający (na pytanie Izby) oświadczył w trakcie rozprawy, że w postępowaniu nie wpłynęły jakiegokolwiek pytania, wątpliwości od wykonawców co do postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego potencjału osobowego. Żaden z wykonawców nie wniósł odwołania w zakresie postanowień SIWZ, w tym w zakresie brzmienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił także (na pytanie Izby), że otrzymał jedynie „informacje z rynku”. Przede wszystkim Zamawiający nie wyjaśnił, jakie dokładnie były to „informacje z rynku”, jakiego dokładnie aspektu dotyczyły. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, ani co do zaistnienia „informacji z rynku”,

ani co do zgłoszenia jakichkolwiek nieprawidłowości sformułowania warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, że Zamawiający nie dowiódł żadnych twierdzeń, na które się powoływał także w trakcie rozprawy, aby istnieli wykonawcy, którzy byli zainteresowani postępowaniem, a z uwagi na wadę postępowania (przy opisie warunku udziału w postępowaniu) nie mogli lub nie chcieli wziąć udziału w postępowaniu. Zamawiający nie dowiódł okoliczności, na którą się powoływał, aby dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego – ograniczył konkurencję w postępowaniu, a tym samym, aby miało to wpływ na wynik postępowania (co jest jedną z przesłanek art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Powyższa okoliczność – brak jakichkolwiek odwołań, zapytań od Wykonawców, jest także dowodem na to, że wykonawcy nie uznawali warunku za nadmierny, ani też nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czy też za ograniczający konkurencyjność w postępowaniu. Każdy z wykonawców ma bowiem możliwość zwrócenia się bezpośrednio do Zamawiającego z prośbą o zmianę postanowień SIWZ.

Rację ma Zamawiający, że nie występuje obowiązek po stronie Zamawiającego dowiedzenia okoliczności wpływu na wynik postępowania, a wystarczy jego uprawdopodobnienie. Jednakże należy mieć na uwadze, że sam fakt, że Zamawiający mógł lepiej opisać warunek udziału w postępowaniu, nie oznacza, że dotychczasowy warunek został błędnie opisany lub stanowi wadę, która powodowałaby niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający w każdym postępowaniu miałby możliwość stwierdzenia, że gdyby lepiej, inaczej opisał warunek udziału w postępowaniu, być może wzięłaby w nim udział większa ilość wykonawców. Co więcej, już sam fakt postawienia warunku udziału w postępowaniu ograniczyć może konkurencyjność, gdyż spowoduje, że w postępowaniu weźmie udział mniejsza ilość wykonawców. Ogólne stwierdzenie Zamawiającego, że są jakieś „informacje z rynku” nie stanowi uprawdopodobnienia ograniczenia konkurencyjności.

Ponadto Zamawiający (na pytanie Izby) nie potrafił udzielić informacji, w jaki sposób Zamawiający opisałby ten sam warunek dotyczący potencjału kadrowego przy powtórzeniu postępowania, a jedynie ogólnie stwierdził, że „w odniesieniu do systemu”. Zamawiający nie potrafił sprecyzować sposobu odniesienia do skomplikowanego systemu, który jeszcze nie powstał, co także potwierdza wątpliwości, czy rzeczywiście taki warunek Zamawiający sprecyzowałby prawidłowo. Nie jest zatem wykluczone, że również opisanie tego warunku mogłoby zostać uznane przez Zamawiającego za nieprecyzyjne lub w jakiś sposób ograniczające konkurencyjność.

W konsekwencji należało uznać, że Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonując czynności unieważnienia postępowania na podstawie tego artykułu.

Zgodnie z ww. artykułem Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie wykazał istnienia takiej wady postępowania, która uniemożliwiłaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Okoliczność, że Zamawiający mógł jeszcze lepiej i szerzej opisać warunek udziału w postępowaniu nie stanowi automatycznie wady, która powoduje niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w sposób, który miał dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ponadto Zamawiający nie wykazał i nie uprawdopodobnił, aby wykonawcy uznawali warunek za nadmierny, nieproporcjonalny, aby byli tacy wykonawcy, którzy pomimo takiej woli, nie mogli wziąć udziału w postępowaniu. A bezspornie, to Zamawiający zobowiązany był do wykazania istnienia wady, która uniemożliwia zawarcie umowy w niniejszym postępowaniu, która nie będzie podlegała unieważnieniu.

Konieczne jest także wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistnieniem wady, a niemożnością zawarcia umowy, co również nie zostało przez Zamawiającego wykazane.

Izba podziela wyrażone przez Odwołującego stanowisko, zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek uzasadnienia przesłanek unieważnienia, o których mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, a wykonawca ma pełne prawo do poznania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia. Zamawiający nie wykazał przesłanek z artykułu 146 ust. 1 lub 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Trafnie również zauważył Odwołujący, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc z uwagi na zaistnienie w nim niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy wada ta nie tylko jest nieusuwalna, ale dodatkowo ma wpływ na wynik postępowania. Zamawiający nie wykazał także wpływu na wynik postępowania.

Zasadny jest także zarzut Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający bezzasadnie dokonał czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z artykułem 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. W częściach 1-3 postępowania złożono oferty. Zatem należy uznać, że nie zachodzi przesłanka, o której mowa w ww. przepisie, iż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Nawet jeśli jest tak, jak wskazał Zamawiający w trakcie rozprawy, że Zamawiający omyłkowo wpisał art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako podstawę prawną unieważnienia postępowania, to Wykonawca miał prawo przypuszczać, że taka właśnie jest podstawa unieważnienia, gdyż Zamawiający nie zmienił, nie sprostował treści decyzji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający miał możliwość sprostowania omyłki, czego jednak nie dokonał.

W konsekwencji Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez sformułowanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania w częściach 1-3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób niedostateczny.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przedstawiając żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego ani argumentów na poparcie okoliczności dotyczących unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wyjaśnił, że w uzasadnieniu w zdaniu pierwszym wkradł się błąd, który polegał na tym, że Zamawiający wpisał w informacji o unieważnieniu postępowania art. 93 ust. 1 pkt 1 i pkt 7 jako podstawę prawną unieważnienia, zamiast wyłącznie podstawy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nawet jeśli była to omyłka, to Zamawiający miał możliwość jej sprostowania, czego nie uczynił. Brak zmiany w tym zakresie powoduje, że ww. artykuł w dalszym ciągu stanowi podstawę prawną unieważnienia postępowania, a zatem Zamawiający winien był przedstawić także uzasadnienie faktyczne unieważnienia w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:

.....