

Sygn. akt: KIO 486/17

Sygn. akt: KIO 492/17

Wyrok
z dnia 3 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2017 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13.03.2017 r. przez wykonawcę **Enigma Systemy Ochrony Informacji, sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa**

B. w dniu 13.03.2017 r. przez wykonawcę **Maxto sp. z o.o., S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Mydlniczka**

w postępowaniu prowadzonym **Prokuraturę Krajową, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy **Maxto sp. z o.o., S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Mydlniczka**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 486/17, po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki i Wigury 15, 81-387 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 486/17, KIO 492/17 po stronie zamawiającego

C. wykonawcy **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 486/17 oraz KIO 492/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić oba odwołania

- w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego w sprawie KIO 486/17;

1.1 wprowadzenie zmiany w rozdziale V ust.4 SIWZ , aby wykonawca dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu miał obowiązek wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 5 milionów złotych,

1.2 dokonanie modyfikacji lub wykreślenie w obecnym brzmieniu w kryterium oceny ofert - kryterium „organizacja zespołu wykonawcy” i zastąpienie go innym kryterium nie związanym z wcześniejszym niż termin składania ofert, zatrudnianiem osób na podstawie umów o pracę,

1.3 modyfikacji postanowienia rozdziału V ust.5 poprzez ustalenie możliwości nabycia doświadczenia w projektach o wartości co najmniej 2 milionów złotych

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Prokuratorę Krajową, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa** i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego **Enigma Systemy Ochrony Informacji, sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od zamawiającego **Prokuratorę Krajową, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa** na rzecz odwołującego **Enigma Systemy Ochrony Informacji, sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

- w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego w sprawie KIO 492/17;

3.1 dokonać wydłużenia okresu nabycia doświadczenia przez analityka biznesowego, członka zespołu wykonawcy z trzech do pięciu lat

3.2 wprowadzenie zmiany w rozdziale V ust.4 SIWZ, by wykonawca dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu miał obowiązek wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 5 milionów złotych,

3.3 dokonanie modyfikacji lub wykreślenie w obecnym brzmieniu w kryterium oceny ofert - kryterium „organizacja zespołu wykonawcy” i zastąpienie go innym kryterium nie związanym z wcześniejszym niż termin składania ofert, zatrudnianiem osób na podstawie umów o pracę,

3.4 w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania

4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Prokuraturę Krajową, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa** oraz odwołującego **Maxto sp. z o.o., S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Mydlniczka i:**

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

4.2 zasadza od zamawiającego **Prokuratury Krajowej, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa** na rzecz odwołującego kwotę 11 200,00 (jedenaście tysięcy dwieście) złotych tytułem części wpisu zwrotu kosztu zastępstwa prawnego.

5. w zakresie obu odwołań nakazuje zamawiającemu dokonanie stosownych i odpowiednich zmian w całej treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący

Sygn. akt: KIO 486/17

Sygn. akt: KIO 492/17

UZASADNIENIE

Prokuratura Krajowa, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa, dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Zaprojektowanie, przygotowanie, wdrożenie rozbudowy Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)”*.

Postępowanie znajduje się na etapie przed składaniem ofert, kiedy Zamawiający opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ czterech wykonawców wniosło odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Dwaj wykonawcy tj. Sygnity S.A., ul. F. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (KIO 488/17) oraz Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki i Wigury 15, 81-387 Gdynia (KIO 494/17) przed terminem posiedzenia/rozprawy przed KIO wycofali wniesione odwołania, co skutkowało umorzeniem postępowań odwoławczych. W tym zakresie Izba wydała oddzielne postanowienia o umorzeniu postępowań odwoławczych.

Odwołanie Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. - sygn. akt KIO 486/17.

Wykonawca Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. ul. Jutrzenki 116; 02-230 Warszawa, dalej zwany „Odwołującym Enigma” we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a Pzp oraz art. 22d ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga wykazania się przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

a. *„wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej dwóch usług, z których każda obejmuje łącznie zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie (pełny cykl produkcyjny) dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych) oraz przynajmniej jedna ze wskazanych usług musi się*

charakteryzować łącznie następującymi cechami (usługa, na którą powołuje się wykonawca, musi spełniać wszystkie poniższe wymagania):

- 1) system obejmował funkcjonalności związane z digitalizacją dokumentów oraz przeszukiwaniem treści zdigitalizowanych dokumentów,
- 2) system przeznaczony był do eksploatacji w rozproszonej strukturze organizacyjnej zamawiającego, obejmującej co najmniej 50 jednostek organizacyjnych w różnych lokalizacjach (miejscowościach),
- 3) system przeznaczony był do eksploatacji przez co najmniej 2 000 użytkowników wewnętrznych oraz zapewniał zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami w oparciu o centralne repozytorium użytkowników,
- 4) system został zaprojektowany, wykonany i wdrożony z założeniem obsługi danych o wolumenie przyrastającym co najmniej o 200 GB rocznie,
- 5) system wykorzystywał komunikację opartą o wymianę komunikatów z wykorzystaniem usług opartych o Webservices,
- 6) system implementował autoryzację użytkowników opartą o infrastrukturę PKI (ang. Public Key Infrastructure),
- 7) w ramach systemu zintegrowane zostały wewnętrzne (eksploatowane przez zamawiającego) i/lub zewnętrzne (eksploatowane przez inne podmioty) systemy informatyczne w oparciu o standard SOA,
- 8) w ramach systemu zaprojektowano, wykonano i wdrożono portal umożliwiający dostęp do zasobów systemu za pośrednictwem przeglądarki internetowej** (rozdział V ust. 4. SIWZ oraz sekcja III.2.3 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu).

2. art. 22 ust. 1a Pzp oraz art. 22d ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w związku z § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 - dalej: „rozporządzenie”) w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez określenie, że wykonawcy, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zobowiązani są do złożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 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 usługi zostały wykonane, w sytuacji gdy zostały spełnione przesłanki, aby wykaz wykonanych usług dotyczył usług wykonanych w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert.

3. art. 22 ust. 1a Pzp oraz art. 22d ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 7 ust. Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu odnośnie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu

zamówienia i ograniczający uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga wykazania, iż osoby zdolne do wykonania zamówienia powinny posiadać doświadczenie przy pełnieniu określonych funkcji, przy czym wartość zaprojektowanych, wykonanych i wdrożonych systemów informatycznych została w przypadku każdej z osób określona na kwotę co najmniej 5 000 000 zł.

4. art. 91 ust. 2 pkt 5) oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert odnoszące się do właściwości wykonawcy dotyczące „Organizacja zespołu Wykonawcy” (rozdział XII SIWZ), które nie ma znaczącego wpływu na jakość realizacji zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ poprzez:

1. zastąpienie w rozdziale V ust. 4. SIWZ oraz sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu „wykonaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej dwóch usług, z których każda obejmuje łącznie zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie (pełny cykl produkcyjny) dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych)..” sformułowaniem „wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej dwóch usług, z których każda obejmuje łącznie zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie (pełny cykl produkcyjny) dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 1 800 000,00 zł (słownie: jeden milion osiemset tysięcy złotych)”;

alternatywnie:

- dokonanie modyfikacji polegającej na wymaganiu doświadczenia w „wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej jednej usługi obejmującej łącznie zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie (pełny cykl produkcyjny) dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych) oraz jednej usługi obejmującej łącznie zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie (pełny cykl produkcyjny) dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 1 800 000,00 zł (słownie: jeden milion osiemset tysięcy złotych) charakteryzującej się łącznie następującymi cechami (usługa, na którą powołuje się wykonawca, musi spełniać wszystkie poniższe wymagania):

1. system obejmował funkcjonalności związane z digitalizacją dokumentów oraz przeszukiwaniem treści zdigitalizowanych dokumentów,

2. system przeznaczony był do eksploatacji w rozproszonej strukturze organizacyjnej zamawiającego, obejmującej co najmniej 50 jednostek organizacyjnych w różnych lokalizacjach (miejsowościach),

3. system przeznaczony był do eksploatacji przez co najmniej 2 000 użytkowników wewnętrznych oraz zapewniał zarządzanie użytkownikami i ich uprawnieniami w oparciu o centralne repozytorium użytkowników,

4. system został zaprojektowany, wykonany i wdrożony z założeniem obsługi danych o wolumenie przyrastającym co najmniej o 200 GB rocznie,

5. system wykorzystywał komunikację opartą o wymianę komunikatów z wykorzystaniem usług opartych o Webservices,

6. system implementował autoryzację użytkowników opartą o infrastrukturę PKI (ang. Public Key infrastructure),

7. w ramach systemu zintegrowane zostały wewnętrzne (eksploatowane przez zamawiającego) i /lub zewnętrzne (eksploatowane przez inne podmioty) systemy informatyczne w oparciu o standard SOA,

8. w ramach systemu zaprojektowano, wykonano i wdrożono portal umożliwiający dostęp do zasobów systemu za pośrednictwem przeglądarki internetowej” (rozdział V ust. 4, SIWZ oraz sekcja 111,2.3 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu);

2. modyfikację Rozdziału V ust. 5: pkt 1) lit. c, pkt 2) lit. c, pkt 3) lit. c, pkt 4) lit. c), pkt 5 lit. c), pkt 6) lit. c, pkt 7 lit. c), pkt 8 lit. c), pkt 9 lit. c) SIWZ (i odpowiednio sekcji III.2.3) ust. 2 Ogłoszenia o zamówieniu) poprzez wskazanie, że zaprojektowane, wykonane i wdrożone systemy informatyczne powinny mieć wartość co najmniej 1 500 000 zł (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych).

3. wykreślenia kryterium „Organizacja zespołu Wykonawcy” i zastąpienia go kryterium zgodnym z ustawą Pzp, tj. kryterium nie dotyczącym właściwości wykonawcy.

Uzasadniając podniesiony pierwszy zarzut na wstępie podniósł, że zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Stosownie zaś do treści art. 22d ust. 1 Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Podał, że określone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych, którymi powinien się legitymować wykonawca zostały określone w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, są one „przewymiarowane” w stosunku do zakresu i przedmiotu zamówienia. Zawyżenie przez Zamawiającego wymaganego poziomu zdolności w stosunku do przedmiotu i zakresu zamówienia prowadzi do ograniczenia konkurencji, gdyż uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, jednakże nie spełniają postawionych przez Zamawiającego nadmiernych warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem V ust. 4 SIWZ oraz 111.2.3 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się wykonaniem w *okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej dwóch usług, z których każda obejmuje łącznie zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie (pełny cykl produkcyjny) dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych)...*. W ocenie Odwołującego wymagana wartość zamówienia referencyjnego, w wysokości aż 10.000.000,00 zł nie jest konieczna dla potwierdzenia zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia. Doświadczenie w zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu dedykowanego systemu informatycznego (w tym jednego, który spełnia szczegółowe parametry wskazane przez Zamawiającego) jednak o niższej wartości nie różni się stopniem skomplikowania od doświadczenia w zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu dedykowanego systemu informatycznego, ale przy większej wartości zamówienia.

Podkreślił, że w przypadku usług IT to nie wartość systemu wskazuje na stopień skomplikowania, ale cechy charakterystyczne danego systemu. Jak wynika bowiem z treści warunku, najistotniejszym jego elementem jest wykazanie doświadczenia w stworzeniu dedykowanego systemu informatycznego spełniającego ściśle określone parametry. Skoro wykonawca dysponuje doświadczeniem w zaprojektowaniu, wykonaniu i wdrożeniu dedykowanego systemu informatycznego zawierającego wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego, lecz o mniejszej wartości, to będzie w stanie zrealizować zamówienie przedmiotowo podobne.

Dlatego też, uzasadnione jest zdaniem Odwołującego ewentualne żądanie alternatywne, które umożliwi wykazanie się doświadczeniem w realizacji usługi o wymaganej przez zamawiającego charakterystyce, ale niższej wartości. Taki warunek otwiera postępowanie na konkurencję, a jednocześnie, zabezpiecza wysoki poziom jakości zamawianych usług.

Wskazał, że Zamawiający postawił dodatkowe warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności finansowej i ekonomicznej wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak również, wymaga ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W takiej sytuacji, warunek wykazania się doświadczeniem w realizacji jednej usługi zaprojektowania, wykonania i wdrożenia dowolnego dedykowanego systemu informatycznego o wartości co najmniej 10 000 000,00 zł (przy zachowaniu warunku dotyczącego systemu o określonej charakterystyce, ale mniejszej wymaganej wartości minimalnej) jest w zupełności wystarczający dla zagwarantowania należytego poziomu zdolności technicznych i zawodowych podmiotu, który uzyska zamówienie. Jednocześnie, nie ogranicza on w sposób nieuzasadniony udziału w postępowaniu podmiotom zdolnym do wykonania zamówienia.

Natomiast zgodnie z § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia „w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może dopuścić, aby wykaz 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”. Biorąc pod uwagę ściśle określone wymagania dotyczące rodzaju doświadczenia (które najczęściej zdobywane jest w postępowaniach publicznych) oraz okoliczność, iż w okresie ostatnich dwóch lat w sposób znaczący spadła liczba postępowań publicznych dotyczących dedykowanych systemów informatycznych, aby zapewnić konkurencyjność postępowania koniecznym jest zmiana okresu w jakim Wykonawca może wykazywać się wykonaniem takiego systemu (wydłużenie z 3 do 5 lat). W ocenie odwołującego z posiadanego przez niego rozeznania rynku wynika, że w ostatnich 3-ach latach ilość zakończonych w Polsce takich usług, z których każda oddzielnie spełnia wszystkie wymagania zamawiającego jest znikoma. Oznacza to zawężenie przez Zamawiającego ilości wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienia i pozbawienie takiej możliwości tych wszystkich wykonawców, którzy spełniają wszystkie pozostałe wymagania zamawiającego i są zdolni do wykonania zamówienia na wysokim poziomie jakości.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego warunków udziału w postępowaniu - odnoszącym się koniecznością wykazania posiadania osób osoby zdolnych do wykonania zamówienia, Zamawiający w Rozdziale V SIWZ ust. 5 pkt 1-9) wymaga, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem Kierownikiem projektu, architektem systemów informatycznych, specjalistą do spraw bezpieczeństwa, analitykiem biznesowym, projektantem aplikacji, projektantem infrastruktury technicznej systemów informatycznych, specjalistą do spraw konfiguracji infrastruktury techniczno-systemowej, programistą oraz testerem oprogramowania. Dla każdej w ww. osób w lic. c) pkt 1-9) ust. 5 Rozdziału V SIWZ Zamawiający wskazał, że osoby te powinny legitymować się doświadczeniem związanym z

pełnioną przez te osoby funkcją w projekcie, który obejmował zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego w wartości co najmniej 5 000 000 zł. W dalszej części SIWZ Zamawiający wskazał, że przez wartość systemu informatycznego Zamawiający rozumie sumę brutto (z VAT) wartości środków trwałych, wartości niematerialnych i prawnych oraz usług poniesionych przez zamawiającego w związku z wdrożeniem dedykowanego systemu informatycznego do momentu jego wdrożenia. Do wartości systemu informatycznego nie wlicza się kosztów związanych z utrzymaniem i rozbudową systemu.

Postawienie przez Zamawiającego wymogu, aby każda z ww. osób legitymowała się doświadczeniem związanym z realizacją systemów informatycznych o wartości 5 000 000 zł jest nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jak również ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu. Modyfikacja warunku w sposób wskazany przez Odwołującego (poprzez obniżenie wartości projektów do 1 500 000 zł) z jednej strony pozwala na zbadanie przez Zamawiającego czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia poprzez wykazanie się posiadaniem osób z odpowiednim doświadczeniem: zrealizowanie przez każdą osobę projektów obejmujących zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemów informatycznych opisanych przez Zamawiającego o wartości co najmniej 1 500 000 zł, jak również spełnienie pozostałych kryteriów wskazanych w SIWZ dla każdej z osób mających pełnić funkcje w projekcie, a z drugiej strony pozwala na zapewnienie odpowiedniej konkurencji w postępowaniu, na podstawie warunku udziału, który jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W kolejnym zarzucie dotyczącym kryterium oceny ofert podał, że Zamawiający w rozdziale XII SIWZ jako jedno z kryteriów oceny ofert wskazał, iż *„w ramach kryterium Organizacja zespołu Wykonawcy Zamawiający bierze pod uwagę wskaźnik osób zatrudnionych na umowę o pracę przez okres dłuższy niż 3 miesiące przed dniem złożenia oferty w ogólnej liczbie członków zespołu Wykonawcy...”* Tak określone kryteria są sprzeczne z treścią art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Zasadą wyrażoną w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp jest, iż kryteria oceny ofert mają odnosić się do przedmiotu zamówienia. Nowelizacja ustawy Pzp nie zmieniła tej zasady. W szczególności zachowany został również przepis zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy w tym jego wiarygodności technicznej. Wymienione w pkt 5) przykładowe kryteria takie jak organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia również tej zasady nie łamią, mogą bowiem stanowić kryterium oceny ofert wyłącznie wtedy, gdy mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. W przypadku przedmiotowego postępowania określone przez Zamawiającego kryterium dotyczące okresu przez jaki osoby te są zatrudnione na umowę o pracę nie będzie miało wpływu na jakość wykonania

zamówienia. W związku z powyższym zasadnym i koniecznym jest dostosowanie tego kryterium do wymagań ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i podał, że w zakresie zarzutu pierwszego (1a) dotyczącego rzekomego zbyt wysokiego wymagania w odniesieniu do posiadania doświadczenia w zakresie realizacji dwóch usług w ramach projektów, których przedmiotem było zaprojektowanie, budowa i wdrożenie systemów informatycznych o wartości co najmniej 10 milionów złotych i wniosku o jego zmniejszenie, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Zwrócił uwagę na kwestie, że zdaniem Zamawiającego wartość tworzonego lub rozbudowywanego systemu informatycznego ma znaczenie jeśli chodzi o stopień skomplikowania realizacji zamówienia oraz złożoność problemów, z którymi ma do czynienia Wykonawca przy jego realizacji a co za tym idzie wpływa na zakres doświadczenia nabywanego przy jego realizacji. Im wyższa wartość systemu informatycznego tym wskazane tu czynniki jednostkowo lub w określonych kombinacjach występują w większym stopniu. Stąd też w zależności od specyfiki konkretnego systemu im większa jego wartość tym wykonawca nabywa większe doświadczenie w zakresie wykonywania czasochłonnych czynności (co może się wiązać z koniecznością wykonywania równoległe różnych kategorii zadań i konieczności ich koordynacji), wykorzystywania bardziej zaawansowanych technologii w zakresie oprogramowania lub sprzętu lub wykorzystania znacznych ilości sprzętu informatycznego. Nie można więc twierdzić, że wartość systemu informatycznego, który był przedmiotem określonej usługi pozostaje bez znaczenia dla poziomu uzyskanego w wyniku realizacji tej usługi doświadczenia. Ponadto jeśli chodzi o proporcjonalność wartości wskazanej w treści warunku względem wartości systemu objętego projektem, w ramach którego ma być realizowane niniejsze zamówienie to stanowi ona mniej niż 10 % wartości planowanego do wdrożenia w ramach projektu iSDA systemu informatycznego. Trudno więc uznać takie wymaganie za nadmierne.

W zakresie kolejnego zarzutu (1b) odwołania dotyczącego naruszenia dyspozycji § 2 ust 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający wskazał, że wydłużenie okresu, w odniesieniu do którego Wykonawca może wykazywać żądane doświadczenie stanowi uprawnienie a nie obowiązek Zamawiającego. Podkreślił, że w odniesieniu do niniejszego zamówienia Zamawiający nie widzi potrzeb wydłużania wskazanego okresu, mając na uwadze potencjalne zainteresowanie dużej liczby podmiotów uzyskaniem zamówienia, co zapewnia odpowiedni poziom konkurencji.

Z analogicznych powodów jak wskazane względem zarzutu określonego w pkt 1b Zamawiający uznaje że wymaganie posiadania przez osoby uczestniczące w realizacji

zamówienia doświadczenia w realizacji projektów, w ramach których projektowano, budowano i wdrażano systemy informatyczne o wartości co najmniej 5 milionów złotych nie stanowi nieproporcjonalnie nadmiernego wymagania w sytuacji, gdy w ramach niniejszego zamówienia osoby te mają uczestniczyć w czynnościach zmierzających do wdrożenia systemu informatycznego o wartości ponad 100 mln zł.

Natomiast w zakresie kolejnego zarzutu (ozn. nr 3) dotyczącego ustalonego kryterium oceny ofert (kryterium *Organizacja zespołu Wykonawcy*) określonego w Rozdziale XII pkt 2 SIWZ w odniesieniu do którego Odwołujący sformułował zarzut braku wpływu tego kryterium na jakość wykonania zamówienia podał, że niezasadne jest twierdzenie jakoby wskazane kryterium stanowiło kryterium podmiotowe nie mające związku z postępowaniem. Podkreślił, że w obecnym brzmieniu ustawy Pzp sposób organizacji osób wyznaczonych do realizacji zamówienia został wprost wskazany jako przykład kryterium przedmiotowego w art. 91 ust 2 pkt 5 ustawy Pzp. Twierdzenie, że żądanie zatrudnienia osób w okresie przed dniem złożenia oferty nie pozostaje w związku z realizacją zamówienia jest niezasadne, ponieważ zdaniem Zamawiającego istnieje istotna różnica pomiędzy realizacją zamówienia przez podmiot dysponujący zespołem wykonawczym, funkcjonującym w ramach struktur organizacyjnych przedsiębiorstwa Wykonawcy, a realizacją zamówienia przez grupę osób zorganizowaną na potrzeby jego realizacji ad hoc. Dlatego też dysponowanie przez Wykonawcę zasobami ludzkimi, z których jest on w stanie wydelegować do realizacji zamówienia przygotowany zespół osób ma znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu, że nie ma wpływu pozostawanie wskazanych tu osób w stosunku pracy przed dniem złożenia oferty podał, że efektu budowy ukształtowanych zespołów nie da się osiągnąć dysponując osobami na innej podstawie niż stosunek pracy. Wynika to z różnic pomiędzy stosunkiem pracy, który zakłada istnienie podległości służbowej, wykonywanie pracy w miejscu i czasie wskazanym przez pracodawcę oraz w sposób wskazany przez pracodawcę a stosunkiem opartym o umowę cywilnoprawną (umowę zlecenia, umowę o świadczenie usług) w ramach której usługobiorca (zleceniobiorca) ma ograniczone możliwości wpływania na sposób wykonywania obowiązków przez usługodawcę (zleceniodawcę) a tym bardziej na proces kształtowania kompetencji zleceniobiorcy (usługobiorcy).

Fakt dysponowania zespołem pracowników gotowych do realizacji zamówienia, zdaniem Zamawiającego w sposób istotny wpływa na jakość wykonania zamówienia, gdyż redukuje się ryzyko wystąpienia powyżej wskazanych negatywnych zjawisk. W związku z tym Zamawiający przyjmuje, że współczynnik zatrudnienia osób uczestniczących w realizacji zamówienia przez Wykonawcę przez okres co najmniej 3 miesięcy (Zamawiający przyjmuje że jest to minimalny okres potrzebny do zapoznania się pracownika z procedurami

wewnętrzny, metodykami oraz praktyką realizacji projektów w przedsiębiorstwie Wykonawcy) do ogólnej liczby osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Wykonawcy pozostaje w związku z jakością realizacji zamówienia, co może stanowić uzasadnienie dla ukształtowania kryterium w sposób określony w SIWZ.

Odwołanie MAXTO sp. z o.o. sygn. akt KIO 492/17

Wykonawca Maxto sp. z o.o., S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Mydlniczka, zwany dalej „Odwołującym Maxto” we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia/ a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 2) art. 91 ust. 2 w zw. z art. 91 ust 2c w zw. z art. 91 ust. 3 w zw. art. 36 ust 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryterium „Organizacja zespołu Wykonawcy” które nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, nie jest z nim związane, lecz dotyczy właściwości wykonawcy i jako sprzeczne z ustawą jest niedopuszczalne/ a dodatkowo kryterium to opisane zostało w sposób nieprecyzyjny i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 3) **art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu realizacji Etapu II zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz wprowadzenie do wzoru umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do nadużycia własnego prawa podmiotowego naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do nadużycia własnego prawa podmiotowego;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przez nieprecyzyjne i naruszające przepisy określenie przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

Uzasadniając podniesiony pierwszy zarzut podał, że sformułowane warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, by ich weryfikacja pozwalała na ocenę, że sytuacja podmiotowa określonego wykonawcy, w szczególności potencjał, którym on dysponuje i który może wykorzystać do wykonania zamówienia, są wystarczające dla uznania, iż wykonawca ten będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający przy ustalaniu warunku udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności czy warunki realizacji. Proporcjonalność opisu do przedmiotu zamówienia oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki muszą być adekwatne do celu, dla jakiego w danym postępowaniu określone są warunki udziału w postępowaniu oraz nie mogą ponad ten cel wykraczać. Zachowanie zasady proporcjonalności opisu oceny warunków do przedmiotu zamówienia służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia.

Co do ustalonego opisu doświadczenia zawodowego wymaganego od poszczególnych osób podał, że Zamawiający nie zachował zasady proporcjonalności w tym zakresie, gdyż w sposób nadmierny określona została ogólna długość stażu pracy pod lit. b) w stosunku do programistów - pkt 8, także w sposób nadmierny w odniesieniu do wszystkich osób określono okres 3 lat, w którym mogli brać udział w konkretnych projektach, którymi muszą wykazać się podczas swojego zawodowego doświadczenia. Nadto w sposób nieprecyzyjny określono wartość projektów, którymi miałyby wykazać się poszczególne osoby podczas swojego zawodowego doświadczenia. Zdaniem Odwołującego warunek powyższy ma fundamentalne znaczenie dla możliwości wzięcia udziału w Postępowaniu. Warunek ten, jest bardzo rygorystyczny i w sposób istotny ogranicza krąg wykonawców mogących wziąć udział w Postępowaniu. Zamawiający żąda wykazania się dysponowaniem zespołem 26 osób i w stosunku do każdej z tych osób stawia bardzo wysokie wymagania.

Podkreślił, że Zamawiający prowadził podobne postępowania do niniejszego. Co istotne, w stosunku do programistów nie postawił w ogóle wymagań dotyczących udziału w określonych projektach.

Zamawiający w stosunku do wszystkich osób wskazanych w rozdz. V ust. 5 SIWZ wymaga 5 letniego stażu pracy. Powszechnie przyjmowanym okresem wymaganego doświadczenia jest okres 3-letni, który z jednej strony pozwala na zdobycie przez

poszczególne osoby praktyki i biegłości niezbędnej dla zabezpieczenia realizacji projektów informatycznych, z drugiej zaś nie ogranicza możliwości realizacji zamówienia przez bardzo wąską kategorię wiekową osób.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego okresu w jakim osoba dedykowana do zespołu winna uzyskać doświadczenia podniósł, że w rozdz. V ust. 5 SIWZ w stosunku do wszystkich osób w wymaganiach pod lit. c) Zamawiający ograniczył do 3 lat okres, w trakcie którego poszczególne osoby miały zdobyć doświadczenie w projektach informatycznych. Takie ograniczenie jest nadmierne i niczym nieuzasadnione. Przede wszystkim Zamawiający wymaga, aby osoby te brały udział w co najmniej 2 projektach informatycznych, zakończonych do dnia składania ofert, których przedmiotem było zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł (słownie pięć milionów złotych). Należy założyć, że osoby te powinny brać udział w całości lub przynajmniej istotnej części prac objętych przypisaną im funkcją. To powoduje, że w okresie 3 lat trudno jest wziąć udział w dwóch projektach informatycznych o takiej wartości. W zasadzie projekty te musiałyby mieć miejsce bezpośrednio po sobie. A i tak może się okazać, że takie ograniczenie dyskwalifikuje bardzo dobrych specjalistów, którzy brali udział w bardzo dużych projektach, które trwały np. 2 lata.

Dlatego też w zakresie tego zarzutu wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ i odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu, poprzez nadanie rozdz. V ust. 5 SIWZ pkt 1 - 9 (w stosunku do wszystkich osób) w wymaganiu pod lit. c) brzmienia wskazującego na okres 5 lat (zamiast 3 lat) przed terminem składania ofert: „*w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert...*”

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego wartości projektów w których uczestnictwie osoby dedykowane do wykonania zamówienia mogły wykazać się doświadczeniem podał, że wartość takiego projektu wykonywanego w okresie 3 lat przed terminem składania ofert wynosiła co najmniej 5 000 000,00 min zł (słownie: pięć milionów złotych)" jest wymaganiem nadmiernym.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego oceny ofert w kryterium " *Organizacja zespołu Wykonawcy*" podał, że Zamawiający w ramach tego kryterium bierze pod uwagę wskaźnik osób zatrudnionych na umowę o przez okres dłuższy niż 3 miesiące przed dniem złożenia oferty w ogólnej liczbie członków zespołu Wykonawcy. Podkreślił także iż Zamawiający dla zaostrzenia tego kryterium wskazał, że przy ocenie spełniania tego kryterium Zamawiający nie zalicza do kategorii „*osób zatrudnionych przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę przez okres dłuższy niż 3 miesiące przed dniem złożenia oferty*” osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, bez względu na treść tych umów.

Nadto nie będzie brał pod uwagę osób zatrudnionych przez podmiot trzeci na którego zdolnościach technicznych lub zawodowych, w rozumieniu art. 22a ustawy.

Uznając niedopuszczalność takiego ustalenia kryterium podał, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Nie budzi żadnych wątpliwości, iż kryterium liczby pracowników jest tzw. kryterium podmiotowym odnoszącym się do właściwości wykonawcy (tak KIO w wyroku z dnia 4 grudnia 2014 roku sygn. KIO 2354/14 czy też piśmiennictwo). Kryterium takie byłoby zatem dopuszczalne przed wejściem w życie nowelizacji Pzp na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy Pzp o ile mielibyśmy do czynienia z postępowaniem o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są tzw. usługi o charakterze niepriorytetowym (wyłączenie zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy). Dlatego też Kryterium „Organizacja zespołu Wykonawcy” może polegać na ocenie wskaźnika osób zatrudnionych na umowę o pracę przez okres dłuższy niż 3 ale powinno ono odnosić się do osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Dodał nadto iż opis kryterium jest nieprecyzyjny, bowiem Zamawiający określił kryterium jako *„wskaźnik osób zatrudnionych na umowę o pracę przez okres dłuższy niż 3 miesiące przed dniem złożenia oferty w ogólnej liczbie członków zespołu Wykonawcy”* bez wskazania, czy za zatrudnionego rozumie się osobę związaną umową o pracę w pełnym czy też nie pełnym wymiarze czasu pracy. Co za tym idzie, powstaje wątpliwość, czy wskazanie osób zatrudnionych na umowę o pracę, ale tylko przykładowo na 1/10 etatu byłoby punktowane. W takiej sytuacji przyznawanie dodatkowych punktów nie spełniałoby żadnego znaczenia, a zatrudnianie osób na niewielką część etatu, w rzeczywistości wypaczałoby sens tego kryterium i stanowiłoby nieuczciwy sposób zyskania przewagi nad konkurencją. Zwłaszcza, że waga tego kryterium wynosi aż 40%. Dodatkowo sposób obliczania punktów uzyskanych przez Wykonawcę za spełnienie wzmiankowanego kryterium w żaden sposób nie odnosi się do funkcji i celu przedmiotu zamówienia poprzez to, że tak samo punktowane jest zatrudnienie programisty jak i zatrudnienie architekta i projektanta systemu. Powyższe wskazuje, że kryterium te zastosowano arbitralnie i bez związku funkcjonalnego z przedmiotem zamówienia.

W zakresie zarzutu trzeciego odwołania dotyczącego opisanego przedmiotu zamówienia w zakresie terminu realizacji Etapu II zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz wprowadzenie do wzoru umowy zapisów niekorzystnych dla wykonawców, naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron podał, że Zamawiający nie może konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka

gospodarczego na wykonawcę. Jednocześnie, warunki realizacji zamówienia powinny być tak wyznaczone, by dawały możliwość wywiązania się z zobowiązania zarówno podmiotom, które dotychczas świadczyły usługi objęte przedmiotem zamówienia (w tym na rzecz Zamawiającego) i posiadają pełną lub częściową infrastrukturę, jak i tym podmiotom, które dla realizacji zamówienia muszą pozyskać niezbędną infrastrukturę. Nadto dodał, że w załączniku nr 3 do umowy - harmonogram ramowy wskazano na termin wykonania etapu II, wynoszący 180 dni od dnia zakończenia Etapu I. Tak określony termin powoduje naruszenie uczciwej konkurencji - premiuje dotychczasowego wykonawcę systemu i podmioty dokonywujące ich rozbudowy. Podmioty te posiadają już wiedzę w przedmiocie tych systemów, przez co określenie tak krótkiego realizacji etapu II w sposób nieuprawniony predestynuje te podmioty. Termin ten nie ma żadnego merytorycznego uzasadnienia, wręcz przeciwnie - metodologia realizacji takich projektów została tutaj zaburzona. Niezależnie od tego określony termin wykonania etapu II stanowi naruszenie równowagi stron umowy i prowadzi do nadużycia własnego prawa podmiotowego. W tym zakresie wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany załącznika nr 3 do umowy - harmonogram ramowy w zakresie terminu wykonania etapu II (oraz pozostałe odnoszące się do niego postanowienia SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu), poprzez określenie, że termin na wykonanie etapu II będzie wynosił 270 dni od dnia zakończenia Etapu I, zaś termin na wykonanie etapu IV i poszczególnych zadań w zakresie etapu IV ulega wydłużeniu o 90 dni.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nadmiernego ograniczenia długości okresu nabycia doświadczenia przez członków zespołu wykonawcy do 3 lat, a także postawienia jako kryterium oceny ofert wykazania się zatrudnieniem w oparciu o umowę o pracę członków dedykowanego zespołu do wykonania zamówienia Zamawiający przedstawił taką samą argumentację jak przy odwołaniu wykonawcy Enigma. Dlatego też Izba uznała za niezasadne ponowne powielanie -przy odwołaniu Maxto, argumentacji Zamawiającego w tym zakresie.

W zakresie zarzutu dotyczącego ustalenia w Załączniku nr 3 do wzoru Umowy Harmonogramu ramowego podał, że w odniesieniu do zarzutu, dotyczącego zbyt krótkiego okresu czasu przewidzianego na realizację etapu II zamówienia wskazać należy, że poza Odwołującym żaden inny wykonawca nie wystąpił z podobnym zarzutem, co oznacza że reszta podmiotów potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia przyjmuje wskazany termin za realny do wykonania. Niezasadne jest wskazywanie, że w tym terminie zamówienie mogą wykonać tylko podmioty które dotychczas realizowały u Zamawiającego zamówienia związane z wdrożeniem i rozwojem Systemu Digitalizacji Akt, ze względu na posiadanie wiedzy co do funkcjonowania systemów eksploatowanych przez Zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że wykonanie etapu II, polega przede wszystkim na przygotowaniu oprogramowania systemu, co zakłada na tym etapie wykorzystanie głównie pracy programistów. Okres wykonania tego typu prac zależny jest w dużej mierze od ilości programistów jakimi dysponuje wykonawca i ich kwalifikacji, a kwestionowanie terminu przewidzianego na realizację wskazuje, że Odwołujący nie dysponuje w tym zakresie odpowiednią ilością odpowiednio wykwalifikowanych osób, które mógłby skierować do realizacji zamówienia i stąd też dążenie do wydłużenia terminu na realizację etapu II. Również nie ma tu zastosowania naruszenie zasad konkurencyjności poprzez uprzywilejowanie podmiotów dotychczas wykonujących zamówienia u Zamawiającego. Jak Zamawiający przewidział odpowiednio długi (za długi zdaniem Odwołującego) etap I w ramach którego przeprowadzana jest analiza wymagań i wszyscy Wykonawcy mogą (a nawet muszą) nabyć wszelkie informacje dotyczące funkcjonowania infrastruktury Zamawiającego. Poza tym posiadanie doświadczenia w realizacji projektów u Zamawiającego przez określone podmioty nie nakłada na Zamawiającego żadnych obowiązków związanych z koniecznością wyrównywania szans w zakresie ubiegania się o kolejne zamówienia między tymi podmiotami a innymi, które nie wykonywały dotychczas zamówień dla Zamawiającego. Tym samym zamówienie w zakresie etapu II jest wykonalne w terminie określonym w załączniku do wzoru Umowy przy założeniu wykorzystania odpowiedniej ilości osób, legitymujących się określonym poziomem wiedzy i doświadczenia.

Do obu postępowań po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy Asseco Data Systems S.A., ul. Żwirki i Wigury 15, 81-387 Warszawa oraz Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków, jednakże pomimo prawidłowego poinformowania o terminie posiedzenia/rozprawy nikt się nie stawił.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w postępowaniu zainicjowanym odwołaniem wykonawcy Enigma przystąpił Odwołujący Maxto, który poparł stanowisko prezentowane przez pełnomocnika Odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowych sprawach, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z treścią obu odwołań, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i przystępującego złożonych na piśmie i ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:
Oba odwołania są zasadne i zostają uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniona została materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowana możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją czynności Zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, a także dowody składane przez strony na rozprawie.

Na wstępie wskazać należy iż Zamawiający w dniu 28 marca 2017 roku dokonał modyfikacji treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Zmiany te ograniczyły się do doprecyzowania sposobu ustalenia wartości projektów w realizacji których osoby wskazane do Kluczowego zespołu liczącego 26 osób mogły nabyć stosowną wiedzę i doświadczenie. Po doprecyzowaniu, wartość każdego z dwóch projektów winna nadal wynosić min. 5 milionów złotych. Kolejną zmianą było złagodzenie wymagania w stosunku do członków personelu kluczowego polegające na tym, że osoby te - oprócz analityka biznesowego, mogły wykazać się nabytym doświadczeniem nie w okresie trzech a pięciu lat przed terminem składania ofert.

W związku z faktem, że część zarzutów podniesionych w obu odwołaniach jest ze sobą zbieżna (pomimo różnic w opisie formułowanych zastrzeżeń) dlatego też Izba uznała za zasadne dokonanie łącznej ich oceny, bez potrzeby powielania tej samej treści uzasadnienia w obu odwołaniach. Zaznaczyć należy iż w wyniku zarządzenia Prezesa KIO sprawy te zostały skierowane do ich łącznego rozpoznania.

W zakresie odwołania Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. - sygn. akt KIO 486/17.

W pierwszym zarzucie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej wymagając, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej dwóch usług o wartości conajmniej 10 milionów złotych. Odwołujący wnosił, że powyższy wymóg winien zostać ograniczony do kwoty o dolnej granicy wartości 1, 8 miliona złotych.

Zamawiający w odniesieniu do takiego żądania argumentował iż wartości przedmiotowego zamówienia nie można odnosić tylko do kwoty przeznaczonej na jego realizację, ale należy ją odnosić do wartości całego Projektu. Otóż z rozdz. I OPZ pkt 1.1 dot. kontekstu tego zamówienia wynika, iż w ramach realizacji całości projektu realizowane będą

trzy zamówienia. Zamówienie POS-1 jest objęte niniejszym przedmiotem zamówienia. W tym zakresie wskazano w ww. opisie, że wykonawca POS-1 będzie podejmował szereg czynności i działań mających wpływ na zamówienia, które zostaną w przyszłości ogłoszone. Podkreślił, że niewątpliwym jest - co wynika z porozumienia o dofinansowanie realizacji projektu, iż wartość całości zamówień wchodzących w jego skład zgodnie z § 2 pkt 2 porozumienia nr POPC.02.01.00-00-0041/15-00 wynosi ponad 103 mln zł.

Nadto w opisie kontekstu tego zamówienia wskazano, że wykonawca wyłoniony w tym postępowaniu będzie również zobowiązany do wykorzystania i zintegrowania na poziomie warstwy logicznej produkty dostarczone w ramach zamówienia POS – 2 i POS - 3. Ponadto wskazał, że w ramach POS 3 zostanie dostarczony, zainstalowany i skonfigurowany sprzęt i oprogramowanie na poziomie warstwy fizycznej dla budowy systemu.

Odwołujący wnosil o wydłużenie okresu w jakim może być wykazywane nabyte doświadczenie z 3 do 5 lat. Na potwierdzenie zasadności tego zarzutu przedłożył dowód z wydruku ze stron wyszukiwarki TED dotyczących ilości i wartości postępowań przeprowadzonych w zakresie digitalizacji i wdrożenia z ostatnich trzech lat. Z powyższego zestawienia wynikało, iż w tym okresie zostało zwartych 10 umów na realizację podobnych zamówień. Średnia wartość zawartych umów w zakresie wg. ww. wykazu wynosi około 2,1 ml. złotych. Zamawiający nie przedłożył w tym zakresie dowodu przeciwnego z którego można by wywieść, iż postępowań o takim przedmiocie zamówienia i wyższej wartości było więcej i tym samym szereg wykonawców mogło skutecznie uzyskać wymagane doświadczenie. Nadto

Odwołujący stwierdził, że w ostatnich 5 latach na rynku polskim udzielono 10 ww. zamówień obejmujących digitalizację i żadne z nich nie było powyżej 10 mln zł, największe wartościowo zamówienie pochodziło z Prokuratury Generalnej i było na kwotę 3,6 mln zł i dotyczyło budowy tego systemu.

Zamawiający próbując kwestionować powyższy wykaz wskazywał na zamówienie wszczęte przez ZUS, którego wartość szacunkowa przekraczała 20 ml złotych. Jednakże według Odwołującego to zamówienie ZUS zostało tylko wszczęte, gdyż nie ma żadnej informacji, że została jeszcze zawarta umowa z wykonawcą, a tym samym nie można mówić o możliwości uzyskania w nim przez wykonawcę jakiegokolwiek wiedzy czy doświadczenia. Zamawiający nie wykazał, że twierdzenie Odwołującego w tym zakresie jest niezasadne. Nadto dla uzasadnienie swojego stanowiska podał, że dwóch wykonawców przystąpiło do tego postępowania po jego stronie, a tym samym jest co najmniej dwóch wykonawców zdolnych do spełnienia postawionych warunków udziału.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 32 ust.1,2,3 i 7 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez

podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym postępowaniu niewątpliwym jest – zgodnie z załączonym protokołem z postępowania wartość tego zamówienia wynosi 22.700.060,65 zł z czego na zamówienie podstawowe przypada 15.722.866,18 zł, a na uzupełniające objęte prawem opcji 6.977.174,47 zł. Zamówienie nie zostało podzielone na części, jak również nie jest realizowane w ramach umowy ramowej. Tym samym niezależnie od faktu, iż przedmiotowe postępowanie będzie miało związek z kolejnymi dwoma postępowaniami to niewątpliwie jest postępowaniem samodzielnym co do którego Zamawiający ustalił jego wartość szacunkową i w stosunku do tej wartości winien był ustalić warunki udziału w postępowaniu.

Dlatego też Izba biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznaje za zasadny zarzut Odwołującego, iż postawiony warunek udziału w postępowaniu jest zbyt wygórowany, nie zapewniający możliwości konkurencji szczególnie ze strony średniej wielkości firm zdolnych do wykonania tego zamówienia. Izba uznając postawiony warunek udziału za nadmierny nakazała Zamawiającemu obniżenie wartości wymaganych usług z 10 milionów do kwoty 5 (pięciu) milionów złotych, oraz wydłużenie okresu z 3 do 5 lat w którym wykonawca może wykazać się wykonaniem czynności wymaganych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższa zmiana, zdaniem Izby, w świetle przedstawionego materiału dowodowego i argumentacji stron, powoduje zachowanie zasady proporcjonalności postawionych warunków udziału do szacunkowej wartości zamówienia.

Nadmienić należy że Zamawiający uzasadniał tak postawione wymagania, iż postawiony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu wobec wymaganej od wykonawców wartości wykonanych usług, jest niewielki, gdyż został ustalony na poziomie około 10 % wartości całego projektu. Izba uznając za podstawę szacowania wartości zamówienia - wartości tego postępowania, wskazała jako racjonalną kwotę na poziomie około 20%. Sam Odwołujący oczekiwał ustalenia wartości na poziomie 1,8 ml złotych co Izba nie będąc związana żądaniem odwołania uznała za oczekiwanie wygórowane i takie które może nie gwarantować Zamawiającemu wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Również wydłużenie okresu w którym możliwe jest wykazanie się wykonaniem oczekiwanych usług z 3 do 5 lat jest według Izby zasadne, gdyż tego typu zamówienia na usługi, trwają średnio kilkanaście miesięcy i trudno jest realnie oczekiwać, aby średniej wielkości wykonawca nie realizujący w jednym czasie wielu projektów był w stanie w okresie trzech lat wykonać co najmniej dwa tego typu zamówienia.

Kolejnym zarzutem podniesionym w obu odwołaniach jest zarzut odnoszący się do ustalonego kryterium oceny ofert dotyczący *Organizacji Zespołu Wykonawcy*. W tym zakresie należy podkreślić, iż Zamawiający nadał temu kryterium wagę 40 %, tyle samo co zaoferowanej w ofercie cenie brutto. W tym zakresie Zamawiający oczekiwał, że wykonawca wykaże, iż członkowie zespołu wykonawcy byli u niego zatrudnieni na podstawie umów o pracę przez okres co najmniej 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Podkreślić należy, iż obaj Odwołujący nie kwestionowali możliwości żądania zatrudnienia osób na podstawie umów o pracę, lecz kwestionowali wymóg, aby wykazanie zatrudnienia osób dotyczyło okresu jeszcze sprzed daty wszczęcia postępowania i zawarcia umowy z wykonawcą, kiedy wykonawca nie miał żadnej wiedzy, że takie postępowanie z takimi wymaganiami będzie prowadzone.

Odnosząc się do powyższej kwestii Izba wskazuje, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*. Ponadto, w myśl art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, przez najkorzystniejszą ofertę należy rozumieć ofertę, *która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, (...)*. Natomiast, w myśl art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, *specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert(...)*. Z kolei art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*. W wyniku nowelizacji ustawy Pzp dodany został ust. 2 ustalający iż *„Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia”* z pkt 2 wynika odwołanie się do aspektów społecznych o których mowa w przepisie art. 22 ust 2 Pzp, dotyczącego zapobieganiu wykluczenia z rynku pracy określonych grup osób oraz pkt 5 tegoż artykułu na który powołuje się Zamawiający:, że *kryterium oceny ofert może być także organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, pod warunkiem, że może to mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia*. Jak wskazano w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 września 2002 roku w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, pozacenowe kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru, być wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu i być zgodne z zasadami podstawowymi prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji.

Z powyższego należy wywieść, że po nowelizacji dopuszczalne jest określenie jako kryterium oceny ofert także właściwości podmiotowe wykonawcy pod warunkiem, że ten wykaże w sposób nie budzący wątpliwości, iż kryterium oceny ofert w brzmieniu proponowanym przez zamawiającego, będzie niewątpliwie w całości związane z przedmiotem zamówienia. W przypadku tego kryterium jego związek z przedmiotem tego zamówienia jest wątpliwy. Zamówienie może wykonać każdy zespół osób o odpowiedniej wiedzy i doświadczeniu niezależnie od formy zatrudnienia.

Zdaniem Izby wskazać należy iż możliwość postawienia jako kryterium oceny ofert wymagania, aby wykonawcy zatrudniali na podstawie umów o pracę osoby, które będą dedykowane do wykonania danego zamówienia, budzi szereg wątpliwości zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie.

Należy zwrócić uwagę na kwestie iż kryterium, społeczne zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przy pomocy którego Zamawiający będzie oceniał oferty wynika z faktu, że przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp określający inne niż cena kryteria, wskazuje na takie aspekty, jakim są integracja zawodowa i społeczna osób o których mowa w art. 22 ust. 2 Pzp. Przepis ten określa możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców zapewniających integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Jakkolwiek wskazania w art. 91 ust. 2, jak i w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp nie stanowią katalogu enumeratywnego, co wynika z użycia określenia „w szczególności” to w ocenie Izby fakt, że przedmiot zamówienia winien być wykonywany w szczególności przez osoby mające pozostać dłużej niż trzy miesiące przed terminem składania ofert w stosunku pracy nie znajduje podstaw w powołanych przepisach ustawy. Zauważenia wymaga także fakt, że o ile wymóg wykazania się osobami pozostającymi w stosunku pracy może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3a stanowić element opisu zamówienia, to przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert na taką możliwość, w ocenie Izby nie wskazują.

Zasadnym w tym zakresie jest przywołanie fragmentu opinii projektu nowelizacji ustawy Pzp dokonany przez Radę Ministrów, gdzie wskazano między innymi, że *„pomysł wymuszania przez zamawiających na wykonawcach zatrudnienia pracowników na etatach może budzić silny opór, gdyż wprowadzenie takiego wymogu może prowadzić do dyskryminacji przedsiębiorców, którzy zatrudniają pracowników na umowach cywilnoprawnych. Nadto wskazano iż narzucenie konkretnej formy zatrudnienia wkracza w dziedzinę wolności działalności gospodarczej wykonawcy, czy podwykonawcy, realizujących zamówienie publiczne (...) należy mieć na uwadze, iż cel unijnych regulacji odnoszących się do szeroko rozumianych względów społecznych, powinien być definiowany w kontekście brzmienia motywu 33 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym warunki realizacji zamówienia są zgodne z dyrektywą, pod warunkiem że nie są one bezpośrednio lub pośrednio*

dyskryminujące oraz są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji zamówienia.

Zdaniem Izby tzw. klauzula zatrudnienia pracowniczego odnosi się do warunków realizacji zamówienia publicznego, a nie cech, które powinien posiadać podmiot ubiegający się o jego udzielenie. Zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę nie jest bowiem kryterium wyboru wykonawcy ani kryterium udzielenia zamówienia. Nadto w tym postępowaniu Zamawiający nie wykazał w przekonujący sposób, że wcześniejsze niż termin składania ofert zatrudnianie osób na podstawie umów o pracę może stanowić kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia. Sformułowane w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia dokonywanym na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp. Mamy do czynienia z zakazanym co do zasady kryterium oceny ofert odnoszącym się do właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 Pzp, gdyż niewątpliwie wkracza on do polityki kadrowo- płacowej danego wykonawcy, tego czy dany wykonawca zatrudniał przed złożeniem oferty osoby na podstawie umów o pracę czy też na umowy cywilno- prawne.

Nadto wskazać należy iż zaakceptowanie postępowania Zamawiającego ustalającego jako kryterium zatrudnienie osób na umowę o pracę przed terminem składania ofert prowadziłyby do wypaczenia istoty zamówień publicznych tj. niedopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców a w szczególności małych i średnich przedsiębiorców którzy są w stanie dane zamówienie w sposób prawidłowy wykonać. Stawianie takich kryteriów oceny ofert mogłoby spowodować nieuzasadnione zawężenie rynku wykonawców tylko do jednego lub kilku dużych wykonawców, którzy jak w tym postępowaniu przystępujący po stronie Zamawiającego Asseco i Comarch mogą w ramach grupy kapitałowej wskazać maksymalną ilość osób spełnić w maksymalnym stopniu postawione kryterium. Akceptacja stanowiska zamawiającego w tym zakresie, mogłaby doprowadzić do sytuacji, że kolejni zamawiający mogliby stawiać podobny warunek wymagając np. kilku bądź nawet kilkunasto miesięcznego wcześniejszego zatrudnienia na umowę o pracę, a to w sposób zasadniczy pozbawiłoby wiele firm możliwości ubiegania się o zamówienia.

Nie znajduje akceptacji Izby twierdzenie Zamawiającego, jakoby tak ustalone kryterium, nie powtórzone w warunkach udziału w postępowaniu nie uniemożliwiało złożenia ofert innym wykonawcom. Podkreślić należy iż kryterium „organizacji zespołu wykonawcy„ została przyznana taka sama waga jak kryterium cenowym. Tym samym wykonawca który nie dysponuje określoną liczbą osób kluczowego zespołu, zatrudnionych na 3 miesiące przed terminem składania ofert, aby mógł konkurować w postępowaniu musiałby zaoferować cenę oferty conajmniej o połowę niższą niż wykonawca dysponujący takim zespołem. To niewątpliwie czyniłoby taką ofertę jako zaoferowaną z ceną rażąco niską.

Zamawiający nie może ustalać takich kryteriów oceny ofert i przyznawania im takiej wagi, które *de facto* już na etapie składania ofert przesądzają o wyborze oferty określonego wykonawcy. Zastosowanie wadliwego kryterium prowadzi do niezapewnienia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nadto trudno zdaniem Izby uznać argumentację Zamawiającego za zasadną, że większą gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia daje zespół osób, którzy np. pracują u danego wykonawcy, nad różnymi projektami, w różnych zamówieniach zatrudnionymi np. na części etatu niż wieloletni zespół realizujący projekty, którego członkowie są związani z wykonawcą umowami cywilnoprawnymi. Ponadto zaznaczyć należy iż postawiony wymóg tego kryterium oceny ofert nie znajduje kontynuacji w dalszych postanowieniach SIWZ, gdyż zgodnie z § 6 pkt 11 projektu umowy wykonawca może dokonać zamiany członków wskazanego Zespołu pod warunkiem, iż osoby te będą posiadały wymaganą wiedzę i doświadczenie, natomiast brak jest wymagania co do potrzeby wcześniejszego ich zatrudnienia jak w wymaganiach kryterium.

Dlatego też biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zasadność tego zarzutu podniesionego w obu odwołaniach i nakazała Zamawiającemu wykreślenie kryterium oceny ofert odnoszącego się do wskazanego sposobu oceniania „Organizacja zespołu Wykonawcy” w obecnym brzmieniu i zastąpienie go innym kryterium.

W kolejnym zarzucie Odwołujący Enigma podniósł, że Zamawiający w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz §2 ust. 5 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) postawił zbyt rygorystyczny wymóg, aby osoby zdolne do wykonania zamówienia posiadały doświadczenie przy pełnieniu określonych funkcji, przy czym zaliczalne doświadczenie należało nabyć w projektach o wartości nie mniejszej niż 5 ml złotych. Odwołujący żądał w tym zakresie zmniejszenia wymaganej wartości takich zamówień do kwoty 1,5 ml złotych.

Izba uznaje powyższy zarzut za zasadny, jednakże w miejsce oczekiwane przez Odwołującego wartości na poziomie kwoty 1,5 ml. złotych nakazała ustalić wartość nie wyższą niż 2 ml złotych. Powyższe stanowisko Izby uzasadniają między innymi podane w ww. zarzucie pierwszym, obliczenia z których wynikało, że średnia wartość udzielonych w ostatnich latach zamówień w zakresie digitalizacji wynosiła około 2,1 ml złotych.

Odwołanie wykonawcy Maxto sp. z o.o. sygn. akt KIO 492/17

W zarzucie pierwszym (1a zarzut podzielony na podpunkty)) Odwołujący między innymi kwestionował wymaganie odnoszące się do długości stażu programistów. Odwołujący wnioskował o ograniczenie okresu zawodowego dla tej grupy z 5 do 3 lat. Izba zarzut w tej części oddała gdyż nie zostało wykazane Izbie, że na rynku brak jest programistów o co najmniej pięć letnim okresie stażu pracy. Ponadto powyższe stanowisko Izby ma uzasadnienie w wydłużeniu z trzech do pięciu lat okresu w którym osoba wchodząca w skład członków zespołu wykonawcy może wykazać się uczestnictwem w dwóch projektach dla spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu.

W kolejnym zarzucie z grupy zarzutu pierwszego Odwołujący wnosił o wydłużenie (z 3 do 5 lat)okresu, w odniesieniu do którego osoby wchodzące w skład zespołu Wykonawcy mogły się wykazywać odpowiednim doświadczeniem. Zamawiający w odpowiedzi na powyższy zarzut w odpowiedzi – (Ad 1b) podał, że *uwzględnił argumentację Odwołującego w tym zakresie i dokonał zmiany treści SIWZ zgodnie z żądaniem, a zmiana została ogłoszone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 28 marca 2017 r.*

Jednakże z analizy treści zmiany SIWZ dotyczącej analityka biznesowego wynika, że przy tej grupie osób Zamawiający nadal utrzymał wymóg wykazania się wymaganym doświadczeniem w okresie 3 lat, co pozostaje w sprzeczności z treścią odpowiedzi na odwołanie. Dopytywany na rozprawie w tym zakresie Zamawiający początkowo podał, że dokonana zmiana dotyczy wszystkich osób dedykowanych do zespołu, lecz następnie po wykazaniu braku zmiany SIWZ podnosił iż utrzymanie okresu trzech lat jest zasadne, gdyż udział analityka biznesowego w realizacji projektu jest ograniczony czasowo i w związku z tym nie może być przeszkód, aby analityk biznesowy nabył w okresie trzech lat wystarczające do wymagań doświadczenie.

Zarzut w zakresie analityka biznesowego dotyczący żądania okresu nabycia doświadczenia w okresie 5 lat jest zasadny. Brak jest podstaw do przyjęcia iż niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia jest nabycie doświadczenia przez analityka biznesowego w okresie trzech, a nie pięciu lat jak dla pozostałych członków zespołu w tym nawet jego kierownika.

W zakresie zarzutu 1c dotyczącego nieprecyzyjnego określenia wartości projektów, to kwestia ta została uszczegółowiona przez Zamawiającego zmianą SIWZ. Natomiast wartości projektów w których uczestnictwie poszczególne osoby Zespołu uczestniczące w realizacji zamówienia nabywałyby doświadczenia został zmieniony orzeczeniem Izby z kwoty 5 do 2 milionów złotych, co równocześnie wyczerpuje kwestie z zarzutu 1d.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego kwestii ustalenia jako kryterium oceny ofert „organizacji zespołu wykonawcy” Izba wskazuje, że ten zarzut został omówiony i oceniony łącznie z zarzutem Odwołującego Enigma. Tym samym brak jest potrzeby ponownego

powielania argumentacji Izby w tym zakresie przy takim samym zarzucie Odwołującego Maxto.

W zakresie zarzutu trzeciego Odwołujący wskazywał na potrzebę wydłużenia realizacji etapu II, gdyż ustalony termin na 180 dni od dnia zakończenia realizacji Etapu I jest zbyt krótki i prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji. Wskazać należy, że Odwołujący poza stanowiskiem podniesionym w odwołaniu nie wskazał dalszej argumentacji jak również i nie przedłożył dowodów tym zakresie. Izba po analizie zakresu zarzutu przedstawionego w odwołaniu uznała zarzut ten za niezasadny i podlegający oddaleniu.

W zakresie kosztów postępowania zasądzonych przez Izbę to wskazać należy wg oceny Izby odwołujący Enigma uzyskał korzystne rozstrzygnięcie dla całości odwołania. Natomiast Odwołujący Maxto w 2/3, czyli odwołanie zostało uwzględnione tylko częściowo. Wobec częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania należało zastosować przepis § 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia, według którego w przypadkach nieuregulowanych w ustępach 1, 2 i 3 Izba orzeka o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Ponieważ Izba uwzględniła 2 z 3 zarzutów i żądań odwołującego, należy przyjąć, że odwołujący wygrał postępowanie w 2/3. Odnosząc się w tym zakresie do użytego w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrotu *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń **sumy należności obu stron**, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część zostaje uwzględniona to zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia

17.11.2016 roku sygn. akt 653/16; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16. oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie wykonawcy Maxto. Izba stwierdziła, że zasadny okazały się 2 zarzuty, zaś za niezasadny należało uznać 1 zarzut. Odwołujący uiścił wpis w wysokości 15 000,00 zł i złożył fakturę za koszty pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł. Zamawiający złożył fakturę za wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł (dotyczy max kwoty z Rozporządzenia). Łącznie strony złożyły wnioski o rozliczenie kosztów w wysokości 22 200,00zł z czego jedna trzecia odpowiada kwocie 7 400,00 zł. Odwołujący poniósł koszty 18 600,00 minus 7400,00 zł (kwota zamawiającego stanowiąca 1/3 kosztów wg wyniku postępowania) co stanowi kwotę 11 200,00 zł do zwrotu należnych kosztów dla odwołującego obejmujących częściowy zwrot wpisu i wnioskowanych kosztów zastępstwa prawnego przed KIO.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów –miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 1b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący