

Sygn. akt: KIO 717/22

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez wykonawcę Wydawnictwo C.H. Beck sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Wolters Kluwer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 717/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wydawnictwo C.H. Beck sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Wydawnictwo C.H. Beck sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Wydawnictwa C.H. Beck sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa Systemu Informacji Prawnej” w podziale na 2 części: Część nr I: SIP- pełna wersja sieciowa z dostępem przez przeglądarkę, instalowana na serwerze Zamawiającego; Część nr II: SIP – pełna wersja z dostępem i aktualizacją przez Internet, numer postępowania: 2613.6.2022.IR.

Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 045-113926 w dniu 4 marca 2022r. i w tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja Warunków Zamówienia, zwana dalej SWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SWZ Odwołujący: Wydawnictwo C.H.Beck sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 14 marca 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

1) art. 99 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP przez żądanie, aby oferowany system informacji prawnej (SIP) spełniał określone wymagania, szczegółowo określone w uzasadnieniu odwołania, powodujące że dostęp do zamówienia dla wykonawców - innych niż Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wolters Kluwer”) – jest wyłączony, w tym wyłączona jest możliwość realnej konkurencji; tj. przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, umożliwia złożenie oferty tylko jednemu wykonawcy;

2) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez nieprawidłowe, pozorne dokonanie podziału zamówienia na części, umożliwiając złożenie oferty na obie części tylko jednemu, ww. wykonawcy;

3) art. 112 PZP przez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, wyłączając tym samym konkurencję.

4) Art. 16 pkt 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ i odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania.

Zdaniem Odwołującego - opis przedmiotu zamówienia określony w Załączniku nr 1 do SWZ, zarówno w zakresie części I, jak i II wskazuje, że w postępowaniu ofertę może złożyć tylko jeden wykonawca - Wolters Kluwer.

W ocenie Odwołującego - żaden inny wykonawca oferujący system informacji prawnej nie jest w stanie zrealizować zamówienia w sposób wskazany przez Zamawiającego oraz żaden inny system nie spełnia wymagań, które szczegółowo w OPZ wyspecyfikował Zamawiający.

Podkreślił, że na rynku oferującym SIP działa tylko dwóch wykonawców, a wyłączeniu konkurencji świadczy również opisany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Według Odwołującego - doświadczeniem wymaganym w SWZ może wykazać się tylko Wolters Kluwer, a powyższe w sposób jednoznaczny stanowi o naruszeniu przepisów wskazanych w petitum niniejszego pisma.

Zwrócił uwagę, że działania Zamawiającego stanowią o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 PZP, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia.

Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia bez wątpienia ma podstawowy wpływ na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy, a dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w sposób nieprawidłowy i niezgodny z prawem spowodował, że w

przedmiotowym postępowaniu doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji, a wręcz jej wyłączenia.

W opinii Odwołującego - naruszenie to zostało spowodowane przez określenie wymagań w stosunku do realizacji zamówienia, które może spełnić wyłącznie jeden wykonawca, a tym samym niedopuszczenie przez Zamawiającego możliwości sporządzenia i złożenia ważnej oferty przez jakiegokolwiek innego, niż Wolters Kluwer, wykonawcę.

Odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje prawa Zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia. Jednak Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w zgodzie z przepisami PZP, bowiem stosownie do treści art. 16 PZP zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Podniósł przy tym, że obowiązki w tym zakresie dotyczą przede wszystkim określenia przedmiotu zamówienia, a zgodnie z art. 99 ust. 4 PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wywodził, że jeżeli Zamawiający twierdziłby, że zamówienie może być zrealizowane wyłącznie przez jednego wykonawcę, winien zastosować jeden z trybów niekonkurencyjnych i udzielić zamówienia np. z wolnej ręki. W tym jednak wypadku z pewnością nie zachodzą przesłanki zastosowania takiego trybu. Dlatego ogłoszony przez Zamawiającego przetarg nieograniczony nie powinien w sposób realny wyłączać konkurencyjności, charakterystycznej przede wszystkim dla tego trybu postępowania.

Zauważył, że zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, mają ogromne znaczenie z punktu widzenia celu PZP, tj. zapewnienia efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówienia wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.

Odwołujący zadeklarował, że działając na rynku SIP, będąc dostawcą tego systemu dla wielu Zamawiających, posiada ogromne doświadczenie i zasoby umożliwiające mu realizację przedmiotowego zamówienia, przy uwzględnieniu rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

Odwołujący zgłaszając naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 PZP oraz art. 16 PZP odniósł się do Wymagań SWZ dotyczących zawartości merytorycznej systemu informacji prawnej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga, aby baza systemu w zakresie Orzecznictwo sądów, administracji i pisma urzędowe umożliwiała ocenę co do aktualności orzeczeń i pism urzędowych, wraz z czytelnym oznaczeniem na listach wynikowych (C. Orzecznictwo sądów, administracji i pisma urzędowe pkt 4; str. 30 SWZ).

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający wymaga również, bibliografii prawniczej, innej niż PAN (wymaganej obok bibliografii PAN), (nie mniej niż 104 tys. pozycji) (D. Tezy z piśmiennictwa, glosy, bibliografia pkt 1; str. 30 SWZ).

W ocenie Odwołującego - oba wymagania spełnia jedynie SIP oferowany przez Wolters Kluwer.

W związku z tym przy tak sformułowanych wymaganiach Odwołujący nie może złożyć oferty zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego - zarówno funkcjonalność umożliwiająca Zamawiającemu ocenę co do aktualności orzeczeń i pism urzędowych, wraz z czytelnym oznaczeniem na listach wynikowych, jak i konieczność posiadania przez SIP bibliografii prawniczej, innej niż PAN nie jest uzasadniona potrzebami Zamawiającego.

W opinii Odwołującego - funkcjonalności te są całkowicie zbędne, nieprzydatne przy wykonywaniu zadań przez Zamawiającego.

Oświadczył, że doświadczenie Odwołującego pokazuje, że funkcjonalność umożliwiająca ocenę co do aktualności orzeczeń i pism urzędowych, wraz z czytelnym oznaczeniem na listach wynikowych jest zbędna u dużej większości zamawiających.

Z tych też względów ocenił, że powyższy wymóg Zamawiającego ma na celu jedynie całkowite wyeliminowanie jakiegokolwiek konkurencji, niwecząc zasadę równego traktowania wykonawców, przez bezpodstawne i niecelowe niedopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o usunięcie obu wymagań, alternatywnie o przeniesienie tego wymagania do kryteriów oceny ofert czyniąc z tych wymagań, wymagania punktowane a nie minimalne.

Dalej, zaznaczył, że w lit. G. Prawo Europejskie, Zamawiający wymaga bardzo dużej ilości aktów prawa europejskiego, a to wszystko w wersji offline. Podobny wymóg dotyczy danych dotyczących podmiotów gospodarczych (I Dane dotyczące podmiotów gospodarczych; str. 34 SWZ).

Według Odwołującego - również te wymogi nie znajdują uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego.

Odwołujący zadeklarował, że posiada taką bazę aktów prawa europejskiego, z tym że dostęp do części z tych aktów odbywa się online. Podobnie jest w przypadku danych dotyczących podmiotów.

Zauważył przy tym, że dane o podmiotach gospodarczych z uwagi na ich charakter i przydatność oraz cechę (muszą być aktualne), powinny być dostępne online.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o przeniesienie tych wymagań z wersji offline do wersji online. Alternatywnie Odwołujący wnosił o przeniesienie wymagań dotyczących prawa europejskiego do wersji online oraz wydzielenie odrębnej części, w której znajdzie się moduł dotyczący podmiotów gospodarczych.

Następnie, Odwołujący zwrócił uwagę, że na str. 32 SWZ Zamawiający określił, że wymaga w ramach prawa miejscowego:

1. Komplet ujednoczonych i ocenianych co do obowiązywania tekstów aktów prawnych opublikowanych w Wojewódzkich Dziennikach Urzędowych, od wprowadzenia 16 województw ustawą z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa.

2. Indeksy hasłowe umożliwiające wyszukiwanie dokumentów dotyczących wybranej tematyki (np. wojsko, obrona cywilna, obszary morskie, miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego) i z jednoczesną możliwością zawężania do aktów prawnych dla wybranego województwa, powiatu, gminy.

3. Możliwość wyszukiwania aktów prawa miejscowego w zawężeniu do aktów prawnych dla wybranego województwa, powiatu, gminy.

Według Odwołującego - tak sformułowany wymóg charakteryzuje system informacji prawnej oferowany przez Wolters Kluwer, bowiem posiadanie przez SIP bazy aktów prawnych w ramach prawa miejscowego począwszy od 1998 roku, nie ma uzasadnienia biorąc pod uwagę działalność Zamawiającego i jednostek na rzecz, których dokonywany jest zakup SIP. Zatem wymóg ten jako nieznajdujący uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego, jako wprost wyłączający konkurencję przez wskazanie na konkretny produkt Wolters Kluwer, wymaga zmiany doprowadzając tym samym opis przedmiotu zamówienia do zgodności z PZP.

W związku z tym Odwołujący wnosił o zmianę w zakresie powyższego wymagania w następujący sposób: Komplet tekstów prawnych opublikowanych w Wojewódzkich Dziennikach Urzędowych, począwszy od 2009 r. ujednoczonych i ocenionych w zakresie wyboru dokonanego przez redakcję wykonawcy wraz z przeniesieniem tego wymagania do wersji online. Alternatywnie, przeniesienie wymagania dot. prawa miejscowego do odrębnej części.

W dalszej części Odwołujący zwrócił uwagę, że w lit. H Komentarze Zamawiający wymaga, aby oferowany SIP posiadał komentarz do ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 9 czerwca 2006 r. oraz ustawy o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji z dnia 20 stycznia 2005 roku.

Zdaniem Odwołującego - oba komentarze są zbędne w pracy jednostek na rzecz, których zamawiany jest system informacji prawnej, a jednocześnie w sposób nieuprawniony wyłączają SIP oferowany przez Odwołującego.

Z powyższego względu Odwołujący wnosił o usunięcie obu komentarzy z OPZ, alternatywnie o przeniesienie tego wymagania do kryteriów oceny ofert czyniąc z tych wymagań, wymagania punktowane a nie minimalne.

W odniesieniu do wymagań dotyczących funkcjonalności systemu informacji prawnej zauważył, że w ramach wymagań dotyczących funkcjonalności SIP Zamawiający określił szereg kryteriów, które nie są konieczne dla prawidłowego korzystania z systemu, a przy tym szereg funkcjonalności jest nieprzydatnych w pracy Zamawiającego.

Wyjaśnił, że wymagania te charakteryzują SIP oferowany przez Wolters Kluwer, a tym samym uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wskazał, że powyższy zarzut dotyczy następujących wymagań:

- 1) A. Sposoby wyszukiwania pkt 6 Wyszukiwanie poprzez klasyfikację przedmiotową (dotyczy bazy aktów prawnych i orzeczeń) w podziale na akty prawne obowiązujące, archiwalne, oczekujące (str. 34 SWZ)
- 2) A. Sposoby wyszukiwania pkt 10 Możliwość merytorycznego zawężania listy dokumentów w haśle poprzez system słów kluczowych.
- 3) A. Sposoby wyszukiwania pkt 11 Wyszukiwanie orzecznictwa po składzie orzekającym i roli w składzie.
- 4) A. Sposoby wyszukiwania pkt 14 Możliwość grupowania orzeczeń o niemal identycznej treści w ramach jednej pozycji na listach wyszukiwania.
- 5) A. Sposoby wyszukiwania pkt 15 Możliwość wskazania orzeczeń o podobnej treści, a co za tym idzie najbardziej zbliżonych merytorycznie do aktualnie przeglądanego.
- 6) A. Sposoby wyszukiwania pkt 16 Możliwość wskazania istotnych orzeczeń wybranych przez eksperta, merytorycznie dobranych do jednostki redakcyjnej, będącej podstawą rozstrzygnięcia.
- 7) A. Sposoby wyszukiwania pkt 17 Możliwość szybkiego odnalezienia fragmentu treści orzeczenia, z którego pochodzi teza.

Odwołujący wnosił o usunięcie ww. funkcjonalności jako nieprzydatnych i nieznajdujących uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego, a jednocześnie w sposób nieuprawniony wyłączających konkurencję. Alternatywnie przeniesienie ich do kryteriów oceny ofert (wymagania punktowane, nie minimalne).

W części dotyczącej wymagań dodatkowych określonych przez Zamawiającego na str. 35 SWZ wymagania dodatkowe (poniżej wskazane) – w przekonaniu Odwołującego - również cechuje zbędność w pracy Zamawiającego i nie są one uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a przez fakt że wymagania te spełnia tylko SIP Wolters Kluwer stanowią o niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z PZP.

Wskazał, że dotyczy to takich wymagań jak:

- 1) B. Wymagania dodatkowe pkt 2 Możliwość automatycznego porównywania zmian na treści projektów ustaw w porównaniu do poprzedniej wersji.
- 2) B. Wymagania dodatkowe pkt 4 Możliwość dokonywania przez użytkownika zmiany daty oceny co do obowiązywania aktów z Dz. U. i M.P., prawa resortowego i miejscowego czego efektem ma być przywołanie całego systemu prawa – aktów obowiązujących, nieobowiązujących oraz oczekujących (wersji tekstów oraz relacji między aktami) na wybraną przez użytkownika datę.
- 3) B. Wymagania dodatkowe pkt 7 Wyodrębnienie w zakresie Dz. wojewódzkich osobnych baz z aktami: obowiązującymi, nieobowiązującymi (archiwalnymi) i oczekującymi.

4) B. Wymagania dodatkowe pkt 14 Możliwość wyświetlenia i wydruku pełnej treści komentarza do ustawy.

5) B. Wymagania dodatkowe pkt 15 Możliwość wyświetlenia i wydruku pełnej treści monografii.

6) B. Wymagania dodatkowe pkt 17 Dostęp z poziomu orzeczeń (luksemburskich i strasburskich) dostępnych w języku angielskim.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o modyfikację SWZ w tym zakresie przez usunięcie ww. wymagań. Alternatywnie przeniesienie ich do kryteriów oceny ofert (wymagania punktowane, nie minimalne).

W dalszej kolejności odwołania Odwołujący wykazywał naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w Rozdziale III pkt 2 SWZ postanowiono, że w ramach zamówienia postępowanie zostało podzielone na 2 części:

1) Część nr I: SIP- pełna wersja sieciowa z dostępem przez przeglądarkę, instalowana na serwerze Zamawiającego;

2) Część nr II: SIP – pełna wersja z dostępem i aktualizacją przez Internet.

Zauważył, że Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych na dowolną część lub części zamówienia, a oferta musi zawierać wszystkie pozycje asortymentowe w ramach części zamówienia na którą jest składana.

Zdaniem Odwołującego - dokonany w ten sposób podział zamówienia na części jest pozorny.

Zaznaczył, że z założenia, podział zamówienia na części ma zwiększać konkurencyjność, poprzez umożliwienie szerszej grupie wykonawców złożenie oferty, a w niniejszym postępowaniu bez względu na podział zamówienia na części, ofertę na każdą z nich może złożyć tylko Wolters Kluwer.

Według Odwołującego - wyłączenie konkurencji jest nie tylko niezgodne z istotą trybu przetargu nieograniczonego, ale i powoduje, że jedyny wykonawca spełniający wymagania SWZ, ma pełną dowolność w kształtowaniu ceny oferty.

Wskazał na istnienie uzasadnionego ryzyka, że Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia znacznie wyższego niż to, jakie otrzymałby po przeprowadzeniu postępowania opartego na rzeczywistej konkurencji.

W opinii Odwołującego - zmiana SWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu spowoduje, że Zamawiający w rezultacie otrzyma pełnowartościowy, uwzględniający potrzeby Zamawiającego system informacji prawnej za cenę uwzględniającą rzeczywiste koszty, jakie wykonawca poniesie w związku z realizacją zamówienia.

Odwołujący wnosil więc o zmianę SWZ w zakresie podziału zamówienia na części, w taki sposób aby zagwarantować konkurencję przez umożliwienie złożenia oferty również Odwołującemu. Proponowany przez Odwołującego sposób doprowadzenia OPZ do zgodności z PZP, w tym podziału zamówienia został określony w części II odwołania.

Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 112 PZP zwrócił uwagę, że rozdziale V ust. 1 pkt 4 SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w następujący sposób:

Wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje co najmniej (1) zamówienie, obejmujące dostawę systemu informacji prawnej wraz z aktualizacji i wsparciem technicznym przez okres co najmniej 12 miesięcy o wartości nie niższej niż:

- dla część 1 – 1 000 000,00 PLN brutto (słownie: jeden milion złotych),
- dla część 2 – 1 000 000,00 PLN brutto (słownie: jeden milion złotych), z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców oraz załączy dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie;

W przypadku Wykonawcy składającego ofertę na części I i II zamówienia, spełnieniem warunku będzie wykazanie (1) dostawy na część I i II o wartości nie niższej niż 1 000 000,00 PLN.

W przekonaniu Odwołującego - tak określony przez Zamawiającego warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej jest nadmierny i prowadzi wprost do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, bowiem zgodnie z treścią art. 112 ust. 1 PZP zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w

postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Zauważył, że istotne zatem jest, że zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Naruszeniem przepisów PZP jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni wykazać wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Przypomniał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa systemu informacji prawnej, a dostawą tych systemów zajmują się wyłącznie 2 podmioty, Odwołujący i Wolters Kluwer. Oba podmioty mają ugruntowaną pozycję na rynku i doświadczenie, które pozwala im na prawidłową realizację tego typu zamówienia. Dla zagwarantowania Zamawiającemu należytej realizacji zamówienia nie ma znaczenia wartość zrealizowanych dostaw.

Odwołujący zadeklarował, że od wielu lat dostarcza system informacji prawnej wielu zamawiającym. Zamówienia te realizuje w sposób należyty ku zadowoleniu odbiorców. Wartość poszczególnych dostaw wykonanych w ostatnich 3 latach nie osiągnęła wartości 1 000 000 zł.

W przekonaniu Odwołującego - nie oznacza to jednak, że wykazując się dostawą o wartości dużo niższych, Odwołujący nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia. Świadczone przez Odwołującego i Wolters Kluwer usługi nie są oceniane przez pryzmat ich wartości pieniężnej, a jedynie pod kątem merytorycznym i jakościowym. Nie znajduje zatem uzasadnienia, nie tylko wymóg wykazania się dostawą SIP o określonej wartości, ale w ogóle wymaganie wykazania się doświadczeniem, biorąc pod uwagę okoliczność, że na rynku działa tylko dwóch wykonawców o podobnym doświadczeniu i renomie.

Pozostawienie warunku udziału w postępowaniu w obecnym kształcie spowoduje wyeliminowanie konkurencji w tym postępowaniu, bo ofertę będzie w stanie złożyć jedynie Wolters Kluwer.

Według Odwołującego - w Postępowaniu wystarczające byłoby wykazanie się doświadczeniem obejmującym co najmniej (1) zamówienie, obejmujące dostawę systemu informacji prawnej wraz z aktualizacją i wsparciem technicznym przez okres co najmniej 12

miesiący, co wpłynie pozytywnie na konkurencję w Postępowaniu (a wręcz ją zagwarantuje) i zapewni wybór doświadczonego wykonawcy, który jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie z należytą starannością.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o zmianę Rozdziału V ust. 1 pkt 4 SWZ, (odpowiednio sekcji III.1.3 ogłoszenia) poprzez jego usunięcie, alternatywnie zmianę opisu warunku na następujący:

Wykonawca spełni warunki udziału w postępowaniu, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje co najmniej (1) zamówienie, obejmujące dostawę systemu informacji prawnej wraz z aktualizacją i wsparciem technicznym przez okres co najmniej 12 miesięcy z podaniem ich przedmiotu, daty wykonania i odbiorców oraz załączy dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że usunięcie, jak i zmiana zgodnie z wnioskami odwołania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zagwarantuje Zamawiającemu udział w Postępowaniu doświadczonych podmiotów. Jednocześnie zmiana w tym zakresie spowoduje, że rozszerzy się krąg wykonawców zdolnych do złożenia oferty (obecnie tylko jeden jest w stanie sprostać określonym przez Zamawiającego wymaganiom), a co najważniejsze zdolnych do należytego wykonania zamówienia, co może przełożyć się na wymierne korzyści dla Zamawiającego.

Formułując zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 PZP wskazał, że wobec określenia przez Zamawiającego wymagań, jakie oferowany system informacji prawnej musi posiadać w sposób jednoznacznie wskazujący na produkt tylko jednego wykonawcy Wolters Kluwer oraz zaniechanie podziału zamówienia na części, w taki sposób aby możliwa była rzeczywista konkurencja, Zamawiający całkowicie zablokował możliwość złożenia oferty Odwołującemu.

Wywodził, że przypadku, jeśli Zamawiający uważał, że realizacja zamówienia może zostać wykonana tylko przez jednego wykonawcę, mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki. Wobec jednak braku uzasadnienia prawnego i faktycznego dla skorzystania z trybu niekonkurencyjnego, Zamawiający dla pozoru wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego cechą charakterystyczną jest konkurencja, w rzeczywistości całkowicie ją eliminując.

W dniu 18 marca 2022 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Wolters Kluwer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 28 marca 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów Odwołującego zawartych w odwołaniu:

- pkt I.2;
- pkt I.3;
- pkt I.4;
- pkt I.5 w pozostałym zakresie, w jakim nie uwzględniono zarzutu;
- pkt I.6 w pozostałym zakresie, w jakim nie uwzględniono zarzutu;
- w pkt II;
- w pkt IV.

Jednocześnie uwzględnił odwołanie w pozostałej części, co do zarzutów Odwołującego zawartych w odwołaniu:

- w pkt I.1,
- w pkt I.5 w części tj. w zakresie zmiany SWZ polegającej na usunięciu z SWZ str. 34 w części sposoby wyszukiwania pkt. 11, 14, 15, 16, 17;
- pkt.I.6 w części tj. w zakresie zmiany SWZ polegającej na usunięciu z SWZ str. 35 w części wymagania dodatkowe pkt. 2, 14, 15, 17;
- w pkt III.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 28 marca 2022 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.16 pkt.1 i 3, art. 91 ust.1 i 2 oraz art.99 ust.4 ustawy Pzp w zakresie zgłoszonych zarzutów odwołania.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 marca 2022 r. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, w pozostałej zaś części wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający w przedmiotowym piśmie procesowym zawnioskował o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów Odwołującego zawartych w odwołaniu:

- pkt I.2;
- pkt I.3;
- pkt I.4;
- pkt I.5 w pozostałym zakresie, w jakim nie uwzględniono zarzutu;
- pkt I.6 w pozostałym zakresie, w jakim nie uwzględniono zarzutu;
- w pkt II;
- w pkt IV.

Jednocześnie Zamawiający uwzględnił odwołanie w pozostałej części, co do zarzutów Odwołującego zawartych w odwołaniu:

- w pkt I.1,
- w pkt I.5 w części tj. w zakresie zmiany SWZ polegającej na usunięciu z SWZ str. 34 w części sposoby wyszukiwania pkt. 11, 14, 15, 16, 17;
- pkt.I.6 w części tj. w zakresie zmiany SWZ polegającej na usunięciu z SWZ str. 35 w części wymagania dodatkowe pkt. 2, 14, 15, 17;
- w pkt III.

W związku z treścią powyższych oświadczeń Zamawiającego pełnomocnik Odwołującego oświadczył na posiedzeniu przez Izbą, że cofa zarzuty odwołania w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego, natomiast w pozostałym zakresie zarzuty odwołania podtrzymuje.

Dodatkowo, na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający (po uzgodnieniu z pełnomocnikiem merytorycznym) oświadczył, że zobowiązuje się do dokonania modyfikacji rozdziału V pkt 1.4 SWZ poprzez obniżenie zadeklarowanej przez Zamawiającego kwoty 500 000 zł do kwoty 300 000 zł.

Wobec takiego oświadczenia Zamawiającego Odwołujący na rozprawie zarzut ten wycofał.

Biorąc pod uwagę cytowane wyżej oświadczenia stron Izba uznała, wobec braku przedmiotu sporu w powyższym zakresie, że rozpoznanie odwołania w tym względzie za bezprzedmiotowe.

Natomiast do rozstrzygnięcia pozostały inne zarzuty, których Zamawiający nie uwzględnił, a Odwołujący je podtrzymał.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Stosownie do przepisu art.99 ust.4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W zakresie niezbędnym do rozpoznania odwołania Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ ustanowił Wymagania dotyczące zawartości merytorycznej systemu informacji prawnej oraz Wymagania dotyczące funkcjonalności systemu informacji prawnej, a także Wymagania dodatkowe.

Odnosząc się do motywacji Odwołującego podanej w pkt 3-5, str. 5 odwołania w części związanej z Wymaganiami odnośnie zawartości merytorycznej systemu informacji prawnej, Izba nie podzieliła tego stanowiska Odwołującego, biorąc pod uwagę okoliczność ograniczenia przez Zamawiającego dostępności do systemu online, którą posiada jedynie około 30% pracowników, podczas gdy aż 70% pracowników Zamawiającego takiego dostępu do Internetu zewnętrznego nie posiada.

Według wyjaśnień Zamawiającego - powyższe ograniczenie dostępności online jest związane z realizowanym systemem bezpieczeństwa danych i ograniczeniem dostępności do systemów zewnętrznych w celu zapewnienia tego bezpieczeństwa.

Powyższych okoliczności Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował, w związku z czym Izba uznała je za wiarygodne i w sposób istotny wpływające na kształt opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wymogu przedstawienia tych zbiorów informatycznych w wersji offline.

Idąc dalej, Izba uznała, że wymaganie Zamawiającego, aby oferowany SIP posiadał komentarz do ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 9 czerwca 2006 r. oraz ustawy o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji z dnia 20 stycznia 2005 r. mieści się w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i nie jest nadmierne.

Okoliczność nie posiadania w chwili obecnej w zasobie Odwołującego powyższych komentarzy nie oznacza, że nie ma on możliwości rozszerzenia swojej oferty na dwie dodatkowe sporne pozycje poprzez zawarcie dodatkowych umów o przeniesienie praw autorskich z prawem do publikacji tych komentarzy.

Według Izby - Odwołujący nie udowodnił, że nie ma możliwości zawarcia takich umów umożliwiających mu publikację w SIP owych dwóch komentarzy.

Izba w tym zakresie nie mogła przyjąć za mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ewentualne posiadanie przez konkurenta w SIP wymaganych komentarzy.

Zdaniem Izby – Odwołujący posiada taki potencjał i doświadczenie, że będzie w stanie pozyskać oczekiwane przez Zamawiającego komentarze.

Z tych wszystkich powodów, Izba nie uznała za konieczne dokonanie przez Zamawiającego zmodyfikowania lub odpowiednio wykreślenia wnioskowanych przez Odwołującego postanowień SWZ.

W dalszej kolejności – dokonując oceny zasadności wymagań Zamawiającego dotyczących określonych funkcjonalności związanych ze sposobami wyszukiwania - pkt 6 poprzez klasyfikację przedmiotową (dotyczy bazy aktów prawnych i orzeczeń) w podziale na akty prawne obowiązujące, archiwalne, oczekujące (str. 34 SWZ) oraz ze sposobami wyszukiwania - pkt 10 z możliwością merytorycznego zawężania listy dokumentów w haśle poprzez system słów kluczowych, Izba doszła do przekonania, że są one uzasadnione.

W tej mierze Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wykazujących, że nie jest w stanie referencyjnych funkcjonalności pozyskać poprzez rozbudowę SIP.

Izba nie znalazła również dostatecznych powodów, aby pozbawić Zamawiającego prawa do pozyskania produktu ułatwiającego mu korzystanie z SIP w celu prawidłowej realizacji zadań ustawowych, zarówno pod względem oszczędności czasowej (funkcjonalność zawężenia listy dokumentów w haśle poprzez system słów kluczowych), jak i pewności poprawności merytorycznej (funkcjonalność klasyfikacji przedmiotowej w podziale na akty prawne obowiązujące, archiwalne, oczekujące).

Podobne zapatrywanie Izby odnosi się do wymagań dodatkowych Zamawiającego, których negacja przez Odwołującego była jedynie gołosłowna.

Według Izby zatem sporne wymagania Zamawiającego mieściły się w jego uzasadnionych potrzebach.

Wymaga przy tym wskazania, że te wymagania jako konieczne dla Zamawiającego nie mogą zostać anulowane poprzez ich przeniesienie do kryterium oceny ofert.

Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.91 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia, należy wskazać, że przepis ten nie reguluje zagadnienia ewentualnej pozorności podziału zamówienia.

Co do zasady podział zamówienia na części ze swojej istoty sprzyja realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz pozytywnie wpływa na rozwój konkurencyjności.

Jednocześnie wymaga zauważenia, że w myśl art.91 ust.2 ustawy Pzp Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części, co w rozpoznawanej sprawie wobec podziału zamówienia na części powoduje, że przepis ten nie ma zastosowania.

Ostatecznie – w ocenie Izby – nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.16 ust.1 i 3 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie udowodnił, że nie jest w stanie spełnić wymagań Zamawiającego i złożyć ważnej, konkurencyjnej oferty.

Wprost przeciwnie Odwołujący przedstawił dowody (list referencyjny z dnia 22 stycznia 2022 r. Ministerstwa Sprawiedliwości, poświadczenie należytego wykonania umowy z dnia 21 stycznia 2022 r. z MSWiA, list referencyjny z dnia 16 grudnia 2020 r. ZUS) na

okoliczność „potwierdzenia posiadania przez niego doświadczenia do wykonania zamówienia”, co przekonało Izbę, że będzie on w stanie należycie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Na koniec Izba za zbędny i nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy uznała dowód Odwołującego „z porównania cen dla tego samego Zamawiającego ZUS na przestrzeni lat.”.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....