Sygn. akt: KIO 2627/17

WYROK
z dnia 28 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2017 r. **przez odwołującego:** SoftHard S.A. ul. Graniczna 27; 09-407 Płock w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH" Spółka z o.o. ul. Kombatantów 4, 15-110 Białystok

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu co do wymaganej zdolności zawodowej wykonanych kwot zamówienia z „co najmniej 500.000,00 zł. brutto każde zamówienie" na „co najmniej 200.000,00 zł. brutto każde zamówienie". W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH" Spółka z o.o. ul. Kombatantów 4, 15-110 Białystok
i
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez SoftHard S.A. ul. Graniczna 27; 09-407 Płock tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „LECH" Spółka z o.o. ul. Kombatantów 4, 15-110 Białystok kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz SoftHard S.A. ul. Graniczna 27; 09-407 Płock stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2164 ze 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący: ….……

Uzasadnienie

Odwołanie złożono w dniu 11 grudnia 2017 roku.
(1) Na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą lub Pzp, Wykonawca SoftHard S.A. wnosi odwołanie wobec czynności określenia warunków udziału, podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i wdrożenie systemu informatycznego klasy ERP dedykowanego Przedsiębiorstwu Usługowo-Handlowo-

Produkcyjnemu „LECH"
Spółka z o.o. w Białymstoku. Wykonana z naruszeniem ustawy czynność Zamawiającego może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.
(2) Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, który wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy przez Zamawiającego nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący miałby wówczas szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający przygotował postępowanie uchybiając przepisom ustawy, w szczególności poprzez wadliwe określenie warunków udziału w postępowaniu, czym wyrządza szkodę Odwołującemu, który poprzez nieuzasadnione wymagania wobec wykonawcy, może stracić szansę na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia. Do dnia wniesienia odwołania nieprawidłowość nie została usunięta.
II.
(1) Wniesienie odwołania w dniu 11 grudnia 2017 r. do Prezesa Izby oraz przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu wypełnia dyspozycję, co do terminu określoną w art. 182 ust. 2 pkt 2 oraz art. 180 ust. 5 ustawy w związku z art. 14 ust. 2 i art. 185 ust. 8 Pzp.
(2) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie w sprzeczności z ustawą następujących czynności:
1. określenia warunków udziału w postępowaniu;
2. ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, prowadzącego do świadomej rezygnacji z możliwości pozyskania ofert konkurencyjnych pod względem cenowym od innych wykonawców;
3. przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

---

(3) Powyższymi czynnościami dokonanymi niezgodnie z ustawą, naruszono przepisy ustawy w szczególności przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a, ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunków dotyczących posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także w sposób, który przekracza określony w Pzp cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
(4) W związku z powyższym żądamy uwzględnienia odwołania w całości i nakazania Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez przyjęcie, że w celu spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia, których przedmiotem była dostawa i wdrożenie systemu informatycznego w zakresie obejmującym co najmniej jednoczesne wdrożenie obszaru: Biuro Obsługi Klienta, Finanse i Księgowość, JPK, Kasa i Bank, Raportowanie i Analizy, Środki Trwałe, Sprzedaż i Fakturowanie, Magazyn, Windykacja, Kadry i Płace o wartości co najmniej 200 000,00 zł brutto każde zamówienie, w tym co najmniej jedno zamówienie dotyczy dostawy i wdrożenia systemu informatycznego dla minimum 55 użytkowników oraz ponadto dokonał wdrożenia w przedsiębiorstwie zajmującym się wywozem odpadów jeśli nie były nim objęte wymagane wyżej dwa wdrożenia, a tym samym zastąpienia nim wymagania zawartego w 9.1.3) a) oraz zmiany ograniczenie wartości przedmiotu zamówienia w 9.1.3) b) do 200 000,00 zł.
W uzasadnieniu.
Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz własnej na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz udostępnił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Odwołujący zapoznał się z treścią tych dokumentów, celem rozpoczęcia przygotowań do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Analiza ich treści spowodowała, że Odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia oferty przetargowej i nabrał wątpliwości, co do działania Zamawiającego zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.
(1) Zamawiający opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dopuścił się, w sposób istotny, naruszenia przepisów dot. przestrzegania

zasady uczciwej konkurencji w związku z niezachowaniem zasady proporcjonalności warunków udziału zamówienia dla przedmiotu zamówienia.
Firma SoftHard S.A. posiada ogromne doświadczenie w dostarczaniu i wdrażaniu autorskiego Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI), systemu klasy ERP – czyli oprogramowania objętego przedmiotem zamówienia, w tym na rzecz licznych podmiotów komunalnych.

Największa nasza instalacja ZSI (ERP), w Agencji Mienia Wojskowego, wykorzystywana jest przez ponad 1000 równocześnie pracujących użytkowników.
Mamy najwięcej w kraju wdrożeń ZSI (ERP) w podmiotach branży mieszkaniowej - obsługujących nieruchomości podmiotów posiadających osobowość prawną. ZSI w wersji dla tych podmiotów zawiera między innymi następujące moduły: Finanse i księgowość, Kadry i Płace, Środki trwałe, System bilingowy (przeznaczony do rozliczania wody i ścieków oraz ciepła), Rozliczanie odpadów, e-BOK, Biuro obsługi klienta, Magazyny, Sprzedaż i fakturowanie, itp.
O pozycji Odwołującego wśród podmiotów wykorzystujących ZSI, świadczą między innymi rozstrzygnięte na korzyść Odwołującego następujące zamówienia:
1. Przedsiębiorstwo Komunalne Gminy Konstantynów Łódzki Spółka z o.o., ul. Jana Pawła II nr 44, 95-050 Konstantynów Łódzki - załącznik nr 1 z rozstrzygnięcia postępowania,
Ozorkowskie 2. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., 95-035 Ozorków ul. Żwirki 30 - załącznik nr 2 z rozstrzygnięcia postępowania,
3. W Przedsiębiorstwie Komunalnym Spółka z o.o. w Bielsku Podlaskim - umowa podpisana w maju 2016 r.
Ponadto, Odwołujący zrealizował lub realizuje wiele umów o zamówienie publiczne na rzecz Zamawiających - przedsiębiorstw wodociągowych, ciepłowniczych (energetyki cieplnej) czy zajmujących się zbiórką i/ lub zagospodarowaniem odpadów, w tym na rzecz:
1. PUK Dębno (obsługa odpadów),
2. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie (obsługa odpadów),
3. Przedsiębiorstwa Komunalnego w Makowie Mazowieckim - przedsiębiorstwa wodociągowego,
4. Związku Gminnego Regionu Płockiego (obsługa odpadów),
5. Geotermii Pyrzyce Spółka z o.o. (branża ciepłownicza),
6. PEC Pułtusk (branża ciepłownicza),
7. Rzgowskie Wodociągi Sp. z o.o.,
8. Szprotawskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.,
9. EMPEGEK Sierpc Sp. z o.o. (branża wodociągowa oraz obsługa odpadów).
Firma Softhard S.A. - Odwołujący funkcjonuje na rynku IT od 1990 roku i jest producentem ZSI spełniającego wszystkie wymagania funkcjonalne Zamawiającego określone w Załączniku nr 6 do SIWZ. Odwołujący jest również wykonawcą, który posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Jednak nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, tj. wygórowane warunki i ich kumulatywny charakter uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie tego zamówienia.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, w punkcie 9.1.2 ppkt 3 lit. a i b SIWZ tak opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że według naszej wiedzy i znajomości podmiotów działających w tym segmencie rynku IT, będzie mógł spełnić je samodzielnie co najwyżej jeden Wykonawca. W ocenie Odwołującego jest, w szczególności wobec wymagania w punkcie 4.4 Tabeli w tomie III SIWZ (System musi być oprogramowaniem autorskim jednego Wykonawcy we wszystkich jego obszarach funkcjonalnych) nim firma UNISOFT Spółka z o.o. z siedzibą w Gdyni. W tym segmencie rynku IT, na którym działa Odwołujący i którego dotyczy przedmiotowe

postępowanie, praktycznie nie jest możliwe realne wykorzystanie możliwości jakie dają art. 22a ust. 1 Pzp. Tym samym wydaje się, że wyłącznie hipotetyczna możliwość złożenia ofert przez inne podmioty, w postępowaniu o tak opisanym sposobie dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, będzie wskazywała na działania pozorne, a oferty te będą miały charakter ofert kurtuazyjnych. Powyższe potwierdzają wyniki licznych postępowań, w których ofertę złożyła firma UNISOFT Spółka z o.o. i której oferta, przy braku konkurencyjnych ofert, zostawała wybrana.
Odwołujący nie kwestionuje prawa Zamawiającego do wymagania od wykonawcy legitymowania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem do należytego wykonania zamówienia publicznego, jednak zauważa, że uprawnienie to nie jest całkowicie nieograniczone.
Odwołujący wskazuje na orzecznictwo, w tym na wyrok z dnia 3 marca 2015 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach, w którym sąd zauważył „Zamawiający; określając warunki udziału w postępowaniu, musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz
przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. W celu realizacji przesłanek określonych w art. 7 ustawy Pzp. ustalenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy i doświadczenia niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp. nakazują ustalenie warunków ubiegania się o zamówienie tak, by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co należy rozumieć w ten sposób, że nie mogą one być nadmierne, zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.). Test proporcjonalności polega na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W doktrynie, w oparciu o orzecznictwo Trybunału (wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. sprawie C-448/01) podnosi się, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa a dyskryminować małych

dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu może skutkować udaremnieniem realizacji celów dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję (tak Józef Edmund Nowicki - Komentarz do art. 22 ustawy P.z.p. dostępny w programie LEX). (...) Ustawa o zamówieniach publicznych (art. 22
ust. 1 pkt. 2) nie definiuje jak należy rozumieć pojęcie "wiedza i doświadczenie" stanowiące warunek, jaki winni spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne. Istotą posiadania wiedzy i doświadczenia jest posiadanie odpowiednich kwalifikacji, wykazanie się wykonywaniem określonych czynności, a odpowiednim sposobem nabycia doświadczenia będzie uprzednie wykonywanie prac odpowiadających przedmiotowi zamówienia.
Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jeżeli warunki udziału w postępowaniu zostaną określone w sposób zbyt rygorystyczny, może to ograniczyć krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie i doprowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji. "Obowiązek poszanowania zasad równego traktowania stanowi samą istotę dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, które służą w szczególności popieraniu rozwoju rzeczywistej konkurencji w dziedzinach, które należą do odpowiednich ich zakresów zastosowania i które przewidują kryteria udzielenia zamówienia służące zagwarantowaniu takiej konkurencji" (tak Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99). W wyroku tym Trybunał podkreślił, odwołując się do stanowiska Trybunału zawartego w wyroku z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98, że kryteria udzielenia zamówienia publicznego "powinny być zgodne ze wszelkimi zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadą niedyskryminacji, wynikającej z postanowień traktatu w dziedzinie prawa działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług"."
Natomiast Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 marca 2014 r. potwierdzającej ujawnione przez kontrolę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia przepisów Pzp, stwierdziła „W wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile

edili Serl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczania konkurencji winny być jak najmniejsze i stosowane jedynie w zakresie, niezbędnym dla osiągnięcia celów danego zamówienia. W innych z wyrokach tj. z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacionai de Gestión Sanitaria (C-234/03), i w wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii (C-414/97) Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż naruszeniem Traktatu jest żądanie wymogu doświadczenia, który nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a nadto

zabronione jest postawienie wymagań w stopniu nieadekwatnym i koniecznym do osiągnięcia wybranego celu."
W ocenie Odwołującego kumulatywny charakter wymagania 9.1.2 ppkt 3 lit. a) i b) SIWZ wydaje się wskazywać, na dążenie do wyłączenia w rzeczywistości możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez innych wykonawców, w tym Odwołującego, posiadających wiedzę i doświadczenie w stopniu gwarantującym należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia.
Odwołujący podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 16 marca 2015 r., w którym wskazano „nie sposób odmawiać zamawiającym prawa do określania liczby zamówień, których wykonanie (wykonywanie) świadczyć będzie, w ich ocenie, o należytym przygotowaniu wykonawców. Uprawnione jest bowiem zapatrywanie, że podmiot, który legitymuje się realizacją kilku świadczeń danego rodzaju na rzecz różnych zamawiających i w różnych okolicznościach faktycznych posiada większe doświadczenie niż ten, który incydentalnie zrealizował jedno zamówienie". Powyższe wynika z utrwalonego w doktrynie poglądu, że Zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem, „jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabyciem wprawy), a nie dokonanym (przeprowadzonym) eksperymentem, czy też próbą, jak byłoby to w przypadku ograniczenia się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania tożsamych prac lub czynności, (...) określając wymaganą wiedzę i doświadczenie ilością wykonanych robót, dostaw czy też usług, należy mieć na uwadze przedmiot zamówienia, warunki jego realizacji, ilość zrealizowanych rozwiązań w skali kraju, nowatorstwo technologiczne lub konstrukcyjne i wiele innych aspektów".
Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 października 2015 r. „Wprowadzenie warunków tożsamych lub istotne zbliżonych do warunków realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania w sposób znaczący narusza ten przepis i stanowi o ograniczeniu konkurencyjności zamówień publicznych. Odwołujący wskazuje na wyrok TSUE z 4 grudnia 2003 r. (sygn. akt. C-488/01), wyrok KIO z 4 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 749/08), wyrok KIO z 13 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2106/10); wyrok KIO z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 350/08). Wychodząc natomiast od językowego rozumienia słowa "proporcjonalny", należy stwierdzić, iż przymiotnik ten oznacza "mający określony stosunek części do całości, wyrażający określony stosunek do jakiejś wielkości" (Słownik języka polskiego pod redakcją Witolda Doroszewskiego, wersja elektroniczna, Wydawnictwo Naukowe PWN 1997). Natomiast w przypadku określania sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oczywistym jest, iż przy ustalaniu właściwej proporcji do przedmiotu zamówienia na podstawie przepisu art. 22 ust. 4 ustawy należy kierować się koniecznością

zachowania podstawowych zasad jego prowadzenia wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy jako zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".
Nieproporcjonalność wymagania dotyczy również wymagania opisanego w 9.1.2 ppkt 3 lit. a) i b) SIWZ. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia i odpowiednio SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób

wskazany
w punkcie 11.(4) odwołania.
(1) Mając na uwadze powyższe Odwołujący żąda uwzględnienia odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub unieważnienia postępowania, a także obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w tym kosztami zastępstwa przez pełnomocnika Odwołującego.
(2) Odwołanie wniesiono na 10 stronach, z zachowaniem obowiązujących terminów na jego wniesienie plus załączniki.
(3) Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu nastąpiło pocztą elektronicznie w dniu 11.12.2017 r. bez przekazywania załączników.

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2017 roku pismem datowanym na dzień 22 grudnia 2017 roku udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.
Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017r., poz. 1579, ze zm., dalej jako: „ustawa Pzp"), w imieniu Zamawiającego składamy niniejszą odpowiedź na odwołanie i wnosimy o:
1) oddalenie w całości odwołania wniesionego przez Odwołującego - SoftHard SA.;
2) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika Zamawiającego.
W imieniu Zamawiającego wnosimy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wchodzących w skład dokumentacji postępowania, w tym w szczególności:
1) pisma z prośbą o podanie szacunkowej ceny realizacji zamówienia, którego przedmiotem będzie dostawa i wdrożenie systemu informatycznego klasy ERP wraz z usługą 12 miesięcznej usługi asysty technicznej dedykowanego Przedsiębiorstwu Usługowo - Handlowo - Produkcyjnemu „LECH" Spółka z o.o., który będzie wykorzystywany do zarządzania i administrowania pracą całego przedsiębiorstwa;
2) formularza szacowania ceny z dnia 26 września 2017 roku złożonego przez TDZ Technika dla zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Starych Babicach, gdzie wartość szacunkowa netto zamówienia została określona na poziomie kwoty 621 470,00 złotych;
3) formularza szacowania ceny z dnia 27 września 2017 roku złożonego przez TORN sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdzie wartość szacunkowa netto zamówienia została określona na poziomie kwoty 892 980,00 złotych;

---

4) ogłoszenia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 października 2017 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „wdrożenie ZSI oraz elektronicznych usług dla ludności przez Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne „SuPeKom" sp. z o.o. w Sulechowie; informacji z art. 86 ust. 5 ustawy PZP w przedmiotowym postępowaniu;
5) informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w przetargu nieograniczonym pn. Budowa systemu e - usług dla mieszkańców w Przedsiębiorstwie Usług Komunalnych „USKOM" sp. z o.o. w Kożuchowie. Przetarg 2"; oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i informacji z sesji otwarcia ofert;
na okoliczność; prawidłowego określenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu; przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób zgodny z zasadami proporcjonalności; ustalenia warunków udziału w postępowaniu w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie; adekwatności warunku wartości zrealizowanych prac do przedmiotu zamówienia; określenia granicy objętych doświadczeniem zawodowym prac znacznie poniżej wartości szacunkowej zamówienia, co wskazuje na zachowanie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu dla przedmiotu zamówienia;
6) Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 9060-2015 z dnia 2015-01-14r. dotyczącego zamówienia pn. „Dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego";
7) Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 187019-2015 z dnia 2015-12-18 r. dotyczącego zamówienia pn. „Dostawa oraz wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (dalej:

ZSI) wraz z infrastrukturą sprzętową dla łącznej liczby 15 jednoczesnych uczestników (nie dotyczy portalu pracowniczego), przeprowadzenie szkoleń oraz świadczenie usługi serwisowej wdrożonego systemu oraz dostęp do portalu pracowniczego zapewniający licencje dla co najmniej 500 użytkowników";
8) Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia nr 130461-2014 z dnia 2014-06-17r. dotyczącego zamówienia pn. „Dostawa wraz z usługą instalacji, konfiguracji, integracji i wdrożenia szpitalnego systemu informatycznego klasy ERP - część administracyjną dla Szpitala Specjalistycznego im. F. Ceynowy Sp. z o.o. w Wejherowie";"
na okoliczność: zdolności technicznej lub zawodowej innych podmiotów do wykonania przedmiotowego zamówienia; zdolności innych podmiotów na rynku IT niż wskazaną przez Odwołującego firma UNISOFT Sp. z o.o. do spełnienia określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, tj. legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu zamówień, których przedmiotem jest dostawa i wdrożenie systemu informatycznego, o

wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto; braku zasadności stawianej przez Odwołującego tezy, że warunki udziału w postępowaniu spełnia jedynie jeden wykonawca na rynku IT.
Uzasadnienie
Odwołanie zostało wniesione od treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") odnośnie określenia warunku udziału w postępowaniu dla zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia Wykonawcy/Odwołującego).
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie w sprzeczności z ustawą Pzp następujących czynności:
1. określenia warunków udziału w postępowaniu;
2. ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, prowadzącego do świadomej rezygnacji z możliwości pozyskania ofert konkurencyjnych pod względem cenowym od innych wykonawców;
3. przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Powyższe czynności zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał niezgodnie z ustawą Pzp poprzez naruszenie w szczególności przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2, ust. 1a, ust. 1 b pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunków dotyczących posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także w sposób, który przekracza określony w Pzp cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
W niniejszej odpowiedzi Zamawiający odniesie się do poszczególnych zarzutów odwołania - z uwzględnieniem wskazanych przez Odwołującego podstaw prawnych oraz okoliczności faktycznych przedstawionych w uzasadnieniu odwołania.
Niezależnie od faktu, iż Zamawiający neguje zasadność odwołania w całości, Zamawiający wskazuje, że Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, które nie zostały przez Zamawiającego określone zarówno w ogłoszeniu, zamówieniu, jak i w SIWZ. Odwołujący na stronie 2 odwołania podniósł bowiem zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 b pkt 1 ustawy Pzp, który dotyczy warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w art. 22 ust. 1 b pkt 1) ustawy Pzp.
Podnoszone przez Odwołującego naruszenie procedury Pzp miałoby polegać na określeniu warunków dotyczących posiadania zdolności technicznej lub zawodowej (wiedzy i doświadczenia) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także w sposób,

który przekracza określony w Pzp cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego

wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wskazuje na zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia, który obejmuje w szczególności:
1) dostawę licencji i oprogramowania oraz komponentów stanowiących jego integralną część tj. bazę danych;
2) instalację oprogramowania w środowisku Zamawiającego, na wyznaczonych zasobach;
3) wdrożenie systemu informatycznego;
wykonanie integracji systemu z 4) systemami informatycznymi określonymi przez Zamawiającego w OPZ (Tom III SIWZ);
5) szkolenie administratorów i użytkowników;
6) opracowanie i dostarczenie dokumentacji wdrożonego rozwiązania;
7) świadczenie usług wsparcia technicznego w pierwszym roku użytkowania systemu informatycznego.
Powyższe oznacza, że określony przez Zamawiającego warunek zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący dostawy i wdrożenia systemu informatycznego pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia i wpisuje się w jego zakres, co przeczy tezie stawianej przez Odwołującego o braku zachowania proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia.
Zamawiający wskazuje, że w dniu 20 grudnia 2017r. dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ (dowód: ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 20.12.2017r.; wyjaśnienie i zmiana treści SIWZ z dnia 20.12.2017r. - w aktach sprawy). Wymaganie, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w okresie ostatnich pięciu latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - w wykonaniu co najmniej 2 (dwóch) zamówień, których przedmiotem była dostawa i wdrożenie systemu informatycznego, o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto każde zamówienie, w tym:
a) co najmniej jedno zamówienie dotyczy dostawy i wdrożenia systemu informatycznego dla minimum 55 użytkowników,
b) co najmniej jedno zamówienie dotyczy dostawy i wdrożenia systemu informatycznego w zakresie obejmującym wdrożenie aplikacji mobilnych: Mobilny BOK, Mobilna Inwentaryzacja Środków Trwałych, Mobilny Kalendarz, Mobilna Rejestracja Prac, Mobilny Pracownik,
c) co najmniej jedno zamówienie dotyczy dostawy i wdrożenia systemu informatycznego w zakresie obejmującym wdrożenie obszarów: Obsługa umów, Zaopatrzenie, Zlecenia i Gospodarka Remontowa, Przetargi, Transport i Flota, Kalendarium, Obieg Dokumentów, Korespondencja seryjna,

nie jest nadmierne do przedmiotu zamówienia, ani nie przeczy zasadzie poszanowania uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców. Zamawiający skomponował warunki udziału w postępowaniu w sposób bezpośrednio wynikający z przewidzianego do wykonania przedmiotu zamówienia oraz w sposób proporcjonalny do jego przedmiotu, zakresu, charakteru, poziomu złożoności i szacowanej wartości, która została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 750 000,00 złotych netto, tj. 922 500,00 zł brutto. Powyższa kwota stanowi uśrednioną arytmetyczną wartości szacunkowych zamówienia podanych w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego o podanie szacunkowej wartości zamówienia. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 03 lipca 2017r. (wyrok KIO z 03 lipca 2017 r., sygn. KIO 1234/17): „Należy bowiem zauważyć, że to ustawodawca przesądził, iż wartość zrealizowanego zamówienia jest jednym z wyznaczników zdolności zawodowej wykonawcy. Świadczy o tym chociażby okoliczność, że zgodnie z § 2 ust. 4 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.2016.1126), wykaz zrealizowanych dostaw ma zawierać m.in: informacje o ich wartości. Stąd zamawiający wskazują w treści warunków udziału w postępowaniu wartość zamówień, których potwierdzenia żądają następnie w dokumentach, jakimi są wykazy dostaw, usług, czy robót budowlanych".
W innym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok KIO z dnia 13 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 402/08) przyjęła opis odnoszący się do wartości zrealizowanych robót budowlanych

za właściwy dla oceny podmiotowej wykonawców podkreślając, że „warunek realizacji basenów o wartości po 10 000 000 zł, w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, nie może być uznany obiektywnie za wygórowany, skoro stanowi niespełna ułamek 2/3 przedmiotowego zamówienia". W dalszej części wyroku Izba wskazała, „iż za warunek wygórowany dotyczący wartości zrealizowanych prac i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, uznaje się taki, który określa górną granicę objętych doświadczeniem zawodowym znacznie powyżej wartości szacunkowej zamówienia".
Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, iż analizowany w niniejszej sprawie warunek udziału w postępowaniu sprowadzający się do wykazywania zdolnością techniczną lub zawodową obejmującą co najmniej dwa zamówienia o wartości co najmniej 500 0 0 0,00 złotych brutto każde, nie może być uznany za wygórowany, ponieważ został ustalony znacznie poniżej wartości szacunkowej zamówienia. W przedmiotowej sprawie stosunek wartości wymaganych dostaw i wdrożeń do wartości szacunkowej zamówienia wynosi 54,20%, co przesądza o zachowaniu zasady proporcjonalności oraz postawieniu wymagań w stopniu adekwatnym i koniecznym do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający wskazuje, że żaden z innych potencjalnych wykonawców nie zakwestionował tak określonego warunku zdolności technicznej i zawodowej, a tym samym uznał go za odpowiedni, proporcjonalny i

---

adekwatny do przedmiotu zamówienia i pozwalający na prawidłową, obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy 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 jej jako minimalne poziomy zdolności, przy czym z przepisu art. 22 ust. 1b ustawy Pzp wynika, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:
1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
2) sytuacji ekonomicznej i finansowej;
3) zdolności technicznej i zawodowej.
Zamawiający stoi na stanowisku, że dla prawidłowej oceny stosowania obowiązującego art. 22 ust. 1a ustawy Pzp należy przyjąć dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle poprzednio obowiązujących przepisów, z których wynikało, że warunki udziału powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego (uchylony art. 22 ust. 4 ustawy Pzp), a warunki te mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (uchylony art. 22 ust. 5 zd. 1 ustawy Pzp). Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 maja 2017r. (wyrok KIO z dnia 12 maja 2017r., sygn. akt KIO 843/17) w doktrynie i orzecznictwie już dawno dostrzeżono, że poprzestanie na definicji językowej przymiotnika „proporcjonalny", nie jest wystarczające, gdyż warunek związany z przedmiotem zamówienia zawsze pozostaje w jakiejś proporcji do niego. Za utrwalone należy uznać stanowisko, uwzględniające dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE"), że przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (por. np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270). Należy przy tym zauważyć, że według doktryny i orzecznictwa ustalenie warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsame z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, które są zainteresowane danym zamówieniem. Regulacje ustawy wskazują wręcz na przyjęcie diametralnie odmiennego założenia, czyli realizacji zamówienia publicznego jedynie przez podmioty należycie zweryfikowane pod kątem możliwości należytego wykonania przez nie umowy. Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 maja 2009 r.

(sygn. akt XII Ga 143/09; niepubl.) przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia. Również Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 08.05.2014r. (sygn. XII Ga 211/14) zajął podobne
stanowisko:
„Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać warunek ze sposobem spełnienia świadczenia, z szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu

w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie [składają się na całokształt przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TS, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nie nadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym przypadku najniższej ceny”.
Zamawiający wskazuje, iż przedmiot analizowanego zamówienia stanowi kluczowy element działalności Zamawiającego i jako taki wymaga odpowiednich umiejętności, zdolności, wiedzy i doświadczenia we wdrażaniu tego rodzaju zamówień publicznych w branży IT. Wdrożenie systemu ERP dla 120 osób jest procesem czasochłonnym i w zależności od zakresu działalności złożonym pod względem relacji między obszarami działań Zamawiającego. Powiązanie tych obszarów w jeden kompletny i spójny system wymaga nakładów w postaci analiz istniejącego już u Zamawiającego rozwiązania, dostosowania do obowiązujących struktur i polityk zarządzania oraz przeprowadzenia szkoleń pracowników i administratorów systemu. Stąd oczekiwanie Zamawiającego, by potencjalni wykonawcy legitymowali się odpowiednim doświadczeniem oraz zdolnością techniczną lub zawodową w zakresie dostaw i wdrożeń systemu informatycznego, o wartości co najmniej 500 000,00 złotych brutto każde zamówienie. Zamawiający zastosował więc warunek powiązany z przedmiotem zamówienia

---

oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, natomiast zasada proporcjonalności, której naruszenia dopatruje się Odwołujący - nie może być interpretowana jako nakaz dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni prawidłowej realizacji zadania.
Podobnie wypowiadała się wielokrotnie Izba (uzasadnienia wyroków wydanych: 8 kwietnia 2008r. (sygn. akt KIO/UZP 259/08), 28 maja 2008r. (sygn. akt: KIO/UZP 641/09, KIO/UZP 646/09, 13 maja 2013r. (sygn. akt KIO 966/13). W uzasadnieniu ostatniego z wymienionych wyroków Izba zwróciła uwagę, że warunki udziału w postępowaniu winny zmierzać do wyłonienia wykonawcy dającego jak największą gwarancję prawidłowej realizacji zadania. Ponadto stawiane warunki udziału w postępowaniu mogą sprawdzać doświadczenie wykonawcy w różnym aspekcie i zakresie. W szczególności również sama wartość wykonywanych zamówień może nieść informacje na temat doświadczenia i zdolności wykonawców. Jakkolwiek wartość zamówienia nie zawsze oddaje jakość, czy techniczne zaawansowanie wykonywanych prac, jest jednak przeważnie obiektywnym miernikiem ich skali. Może również dowodzić i potwierdzać, że wykonawca jest w stanie organizacyjnie podołać wykonaniu umowy o znacznym zakresie i wartości. Z kolei w uzasadnieniu wyroku z

dnia 29 stycznia 2010r. (sygn. akt KIO/UZP 1862/09) podkreślono, że zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności, zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Opis oceny spełniania warunków jest podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, a także stopniem złożoności. I nie musi zatem zapewniać możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu. Nie stanowi zatem naruszenia (utrudniania) uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Na potwierdzenie zgodności swoich działań z prawem Zamawiający pragnie powołać się również na treść poniższego orzeczenia KIO (wyrok KIO z 13 lipca 2017r., sygn. KIO 1234/17):
„Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego opisania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z odwołaniem się do wartości wykonanych wdrożeń, którymi mają legitymować się wykonawcy. Izba stanęła na stanowisku, że wartość zrealizowanego wdrożenia jest jednym z elementów obrazujących jego skalę i złożoność. Zamawiający nie ma obowiązku, ale ma prawo posługiwać się tym elementem przy opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Granice swobody Zamawiającego w dokonaniu tego opisu

---

wyznacza art 22 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że powinien on być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba nie dopatrzyła się naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający uznał, że wartość zrealizowanych zamówień jest istotna z punktu widzenia doświadczenia, to miał prawo to zrobić, o ile wartość tę określił na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia."
Niezależnie od wykazania bezzasadności zarzutów odwołania, Zamawiający uważa także za niezbędne odniesienie się do żądania Odwołującego unieważnienia postępowania, który to wniosek w całości neguje. Powyższe żądanie zgłoszone przez Odwołującego nie koresponduje w żaden sposób z deklarowanym przez Odwołującego interesem w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący nie precyzuje, który z zarzutów odwołania wskazuje na przesłankę unieważnienia postępowania wyrażoną w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wyjaśnia również dlaczego którakolwiek z domniemanych wad postępowania miałaby się okazać niemożliwa do usunięcia. Wyrażenie żądania alternatywnego w postaci wniosku o nakazanie wprowadzenia określonych zmian w postanowieniach SIWZ powoduje, że odwołanie jest w tym zakresie wewnętrznie sprzeczne. Poza tym - w obecnym stanie prawnym trudno wyobrazić sobie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na etapie pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu, a upływem terminu składania ofert jakąkolwiek wadę (inną niż brak publikacji samego ogłoszenia o zamówieniu), której większym czy mniejszym staraniem nie dałoby się usunąć.
Z uwagi na powyższe, w imieniu Zamawiającego wnosimy jak na wstępie.
Do odwołania załączono pisma jako dowody na okoliczność prawidłowego ustalenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwestionowanego odwołaniem doświadczenia zawodowego i tak jak poniżej:

1) pismo Zamawiającego z prośbą o podanie szacunkowej ceny realizacji zamówienia, którego przedmiotem będzie dostawa i wdrożenie systemu informatycznego klasy ERP wraz z usługą z uwzględnieniem 12 miesięcznej usługi asysty technicznej dedykowanego Przedsiębiorstwu Usługowo - Handlowo - Produkcyjnemu „LECH" Spółka z o.o., który będzie wykorzystywany do zarządzania i administrowania pracą całego przedsiębiorstwa;
2) formularz szacowania ceny z dnia 26 września 2017 roku złożony przez TDZ Technika dla Zdrowia sp. z o.o. z siedzibą w Starych Babicach, gdzie wartość szacunkowa netto zamówienia została określona na poziomie kwoty 621 470,00 złotych;
3) formularz szacowania ceny z dnia 27 września 2017 roku złożony przez TORN sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdzie wartość szacunkowa netto zamówienia została określona na poziomie kwoty 892 980,00 złotych;

4) ogłoszenie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 października 2017 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „wdrożenie ZSI oraz elektronicznych usług dla ludności przez Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne „SuPeKom" sp. z o.o. w Sulechowie; informacja z art. 86 ust. 5 ustawy PZP w przedmiotowym postępowaniu;
5) informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w przetargu nieograniczonym pn. Budowa systemu e - usług dla mieszkańców w przedsiębiorstwie Usług Komunalnych „USKOM" sp. z o.o. w Kożuchowie. Przetarg 2"; ocena ofert w przedmiotowym postępowaniu i informacja z sesji otwarcia ofert;
6) Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 9060-2015 z dnia 2015-01-14r. dotyczącego zamówienia pn. „Dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego";
7) Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 187019-2015 z dnia 2015-12-18 r. dotyczącego zamówienia pn. „Dostawa oraz wdrożenie zintegrowanego systemu informatycznego (dalej: ZSI) wraz z infrastrukturą sprzętową dla łącznej liczby 15 jednoczesnych uczestników (nie dotyczy portalu pracowniczego), przeprowadzenie szkoleń oraz świadczenie usługi serwisowej wdrożonego systemu oraz dostęp do portalu pracowniczego zapewniający licencje dla co najmniej 500 użytkowników";
8) Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 130461-2014 z dnia 2014-06-17r. dotyczącego zamówienia pn. „Dostawa wraz z usługą instalacji, konfiguracji, integracji i wdrożenia szpitalnego systemu informatycznego klasy ERP - część administracyjną dla Szpitala Specjalistycznego im. F. Ceynowy Sp. z o.o. w Wejherowie"

Dnia 27 grudnia 2017 roku w dniu rozprawy odwołujący złożył wniosek dowodowy na poparcie argumentacji odwołania co do braku proporcjonalności warunku udziału w zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia zawodowego obejmujący następujące dokumenty:
Wniosek dowodowy oraz o zwrot kosztów postępowania w imieniu SoftHard S.A. wnoszę o:
I. Zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych w kwocie wskazanej na fakturze VAT , która stanowi załącznik do niniejszego pisma.
II. Dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów z dokumentów i świadków:
1. Pisma SoftHard S.A. do Wodociągi Miejskie Sp. z o.o. w Braniewie z dnia 09- 07-2017r. - na okoliczność wcześniejszych sytuacji w których Zamawiający przygotowywał SIWZ w taki sposób, że złożenie prawidłowej oferty było możliwe wyłącznie przez firmę

Unisoft SA , oraz niechęci Zamawiającego do zmian SIZW , które otworzyłyby możliwość złożenia oferty także przez innych wykonawców niż Unisoft,
2. Informacji z otwarcia ofert przez Wodociągi Miejskie Sp. z o.o. w Braniewie - na okoliczność, że tylko Unisoft SA była w stanie złożyć prawidłową ofertę w przetargu ,
3. Informacji z otwarcia ofert Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Ełku - na okoliczność jakie oferty wcześniej składała SoftHard S.A. oraz Unisoft S.A. ,
4. Pisma SoftHard S.A. do Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Ełku z dnia 31-07-2017r. - na okoliczność, że firma SoftHard S.A. była wzywana do wyjaśnień pod względem rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia te w sposób wiarygodny i przekonywujący składała
5. Informacji z otwarcia ofert przez Sulechowskie Przedsiębiorstwo Komunalne „SuPeKom” sp. z o.o. w Sulechowie - na okoliczność jakie oferty składała SoftHard S.A. oraz Unisoft S.A.
6. Pisma SoftHard S.A. do Sulechowskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego „SuPeKom” sp. z o.o. w Sulechowie z 28.08.2017r. - na okoliczność , że firma SoftHard S.A. była

wzywana do wyjaśnień pod względem rażąco niskiej ceny
oraz wyjaśnienia te w sposób wiarygodny i przekonywujący składała

7. Dokumentacji z postępowania przetargowego zorganizowanego przez Agencję Mienia Wojskowego - na okoliczność, że SoftHard SA realizowała w swojej historii umowy na dostawę i wdrożenia programów za wyższe kwoty niż 500.000 zł oraz dla większej ilości użytkowników niż 55 wymagane przez Zamawiającego;
8. Informacji o przyznaniu wyróżnień: „Gepard biznesu" oraz „Przedsiębiorstwo Fair play" - na okoliczność, że firma SoftHard S.A. jest uznana na polskim rynku oprogramowania informatycznego oraz stosuje zasady fair play w procesie pozyskiwania nowych zamówień i klientów
9. Dokumentacji finansowej SoftHard S.A. za rok 2016 - na okoliczność , że firma SoftHard mimo stosowania niższych marż niż konkurencja jest w stanie wykonywać zamówienia po takich cenach, które pozwalają uzyskiwać dodatnie wyniki finansowe
10. Dokumentacji autorskiego oprogramowania ERP własności SoftHard SA - na okoliczność jakie funkcjonalności (moduły) posiada ten program, oraz że posiada wszelkie funkcjonalności i moduły wymagane przez Zamawiającego.
11. Z zeznań osoby/ osób, które w imieniu Zamawiającego przygotowały SIWZ - na okoliczność jakim doświadczeniem dysponowały te osoby, czym kierowały się w przygotowaniu dokumentacji tej treści, jakimi przykładami (wzorami) dokumentów posiłkowały się ww. osoby , czy osoby te miały styczność z Unisoft S.A. przed przygotowaniem dokumentacji SIWZ lub w trakcie tej procedury np. w formie prezentacji autorskiego oprogramowania Unisoft S.A.

---

12. Zeznań SoftHard S.A. - na okoliczność, że SoftHard SA posiada niezbędną wiedzę i kompetencję do wykonania zamówienia na rzecz Zamawiającego, dokumentacja SIWZ została przez Zamawiającego przygotowana w taki sposób, że dyskryminuje w sposób pośredni innych wykonawców w tym m.in. SoftHard SA

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła jak poniżej

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentów przywołanych przez strony z dokumentacji postępowania powadzonej przez zamawiającego i przekazanej do akt sprawy jak i dowodów z dokumentów przedstawionych zarówno przez odwołującego jak i zamawiającego w złożonych pismach procesowych **Izba ustaliła** jak poniżej.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obejmującego dostawę zintegrowanego systemu informatycznego (ZSI) dla prowadzonej działalności gospodarczej w ramach jego przedsiębiorstwa komunalnego obejmującego swoją działalnością eksploatację zakładu utylizacyjnego, unieszkodliwiania, składowiska odpadów komunalnych oraz targowiska.

Zamawiający dla potrzeb ustalenia wartości szacunkowej zamówienia wystąpił do około ośmiu potencjalnych wykonawców, bez udziału odwołującego, z zapytaniem o szacunek zamówienia obejmującego dostawę oprogramowania ZSI, jego wdrożenie, zintegrowanie z istniejącym sprzętem informatycznym jak i programami oraz szkolenie załogi jak i pilotaż wdrożeniowy, wskazując na zakres zamówienia jak i moduły informatyczne jakich oczekuje od dostawcy oprogramowania.
Tylko dwóch potencjalnych wykonawców udzieliło odpowiedzi wskazując szacunkową cenę na poziomie około 1 miliona złotych i to wykonawców z branży służby zdrowia. Pozostali nie udzielili odpowiedzi oczekując bardziej szczegółowych informacji o zamówieniu jak zeznali na rozprawie pełnomocnicy zamawiającego. Na podstawie tak uzyskanych informacji zamawiający ustalił próg doświadczenia na poziomie co najmniej 500.000 złotych brutto dla każdego z dwóch oczekiwanych realizacji zamówieniowych. Z kolei odwołujący domaga się poziomu 200. 000 złotych brutto przedkładając na tę okoliczność dowody w postaci informacji o złożonych przez niego ofertach w innych postępowaniach jak i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wynik finansowy jego spółki z osiągniętym zyskiem, przyznane nagrody fair play i gepard biznesu w kolejnych ostatnich latach.

Z kolei na rozprawie stwierdzono brak protokołu zamawiającego z postępowania z przekazanej przez niego dokumentacji w tym informacji o ustalonej wartości szacunkowej zamówienia. Również w ogłoszeniu o zamówieniu nie podano wartości szacunkowej zamówienia.

Odwołujący w złożonym odwołaniu domaga się oprócz obniżenia pułapu kwotowego doświadczenia wykonanych co najmniej dwóch zamówień również wykreślenia wymaganego doświadczenia w zakresie modułów „Infrastruktura" oraz „Gospodarka Odpadami i Wagowa".

Na tę okoliczność zamawiający przywołał dowód ze zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i ogłoszenia o zamówieniu z dnia 20 grudnia 2017 roku w którym z opisu wymagań w zakresie doświadczenia wykreślił kwestionowane moduły.

Na podstawie ustaleń ze zgromadzonego materiału dowodowego oraz wyjaśnień i oświadczeń złożonych na rozprawie przez przedstawicieli stron **Izba zważyła** jak poniżej.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu nieuzasadnionego ustalenia przez zamawiającego kwotowego pułapu „co najmniej 500.000,00zł brutto" doświadczenia zawodowego jako gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Izba nie uznaje za racjonalną argumentację zamawiającego do ustalenia progu kwotowego wymaganego doświadczenia zawodowego na poziomie ok. 50 % kwoty jaką wskazano w wyniku zapytania potencjalnych wykonawców o oczekiwane wynagrodzenie. Po pierwsze są to wykonawcy z branży służby zdrowia a nie z branży komunalnej oraz ustalanie w tak uproszczony sposób wymogu nie świadczy o należytej staranności przy wycenie zamówienia przez służby zamawiającego. Poza tym wskazane na rozprawie inne postępowania z lat poprzednich albo dotyczą innych usług np.: Kożuchów e- usługi a nie ZSI a w przypadku Sulechowa postępowanie zostało unieważnione. Z kolei odwołujący wskazał dowody na to, że na takim poziomie jakim domaga się zmiany kwoty wykonanych zamówień oferował dostawy w innych postępowaniach, był wzywany do składania wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny i składał wyjaśnienia, osiąga dodatni wynik prowadzonej działalności oraz jest utytułowanym przedsiębiorcą w biznesie informatycznym działając na tym rynku od 2004 roku jako spółka akcyjna a jak podaje w odwołaniu na rynku funkcjonuje od 1990 roku. Ponadto realizuje usługi dla przedsiębiorstw komunalnych o zbliżonym zakresie usług do przedmiotowych o czym oświadcza również w odwołaniu jak i na rozprawie (Prezes zarządu spółki) .
W tym stanie rzeczy wobec stwierdzonego przez Izbę braku należytej staranności po stronie zamawiającego w ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia (brak protokołu z postępowania w aktach sprawy, informacja od dwóch wykonawców spoza branży o ofercie cenowej na

przedmiotowe zamówienie) a która mogłaby stanowić odniesienie do wymogu kwotowego co do doświadczenia zawodowego składających oferty, posługiwanie się argumentacją, że jest to poziom tylko ok.50 % wyceny szacunkowej jest bezprzedmiotowe i bezużyteczne dla ustalenia racji zamawiającego.

Izba uwzględniając żądanie odwołującego w tym zakresie wzięła również pod uwagę, że odwołujący z powodzeniem prowadzi działalność gospodarczą w przedmiotowej branży komunalnej na rynku informatycznym uzyskując wyróżnienia jako solidny wykonawca, składający oferty na poziomie wnioskowanej przez niego kwoty doświadczenia zawodowego. Również Izba wzięła pod uwagę, że zamówienie dotyczy nie dostaw sprzętowych a myśli technologicznej, która rządzi się odmiennymi prawami w zakresie wpływu cen w związku z upływem czasu jak i w związku z upowszechnieniem się tego rodzaju usług, jakim jest dostawa i wdrożenie oprogramowania ZSI.

Izba nie uwzględniła żądania co do wykreślenia modułu „Gospodarka Odpadami i Wagowa" jak i „Infrastruktura" uznając je za bezprzedmiotowe a przez to nieuzasadnione w związku ze

zmianą siwz i ogłoszenia w dniu 20 grudnia 2017 roku przez zamawiającego.

Reasumując powyższe Izba na podstawie art.192 ust.2 pzp uznała, że naruszenia przepisów w zakresie warunku udziału w postępowaniu wskazane w odwołaniu mają wpływ na wynik postępowania, uniemożliwiając złożenie oferty odwołującemu, czym naruszył zamawiający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwą konkurencję na rynku zamówień publicznych.
O kosztach orzeczono zgodnie a art. 192 ust.10 pzp zasądzając uiszczony wpis od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego od zamawiającego w kwocie 11.100,00 zlotych.

Przewodniczący: ….……