Sygn. akt: KIO 418/21

WYROK

z dnia 5 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę **ArchiDoc S.A. z siedzibą w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa** - **Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawcy **Scan Centre Sp. z o.o. z siedzibą w Wejherowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
B. wykonawcy **SkanSerwis Bis Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
C. wykonawcy **Digital – Center sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa** - **Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie** i
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy zero złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **ArchiDoc S.A. z siedzibą w Chorzowie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Skarbu Państwa** - **Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie** na rzecz wykonawcy **ArchiDoc S.A. z siedzibą w Chorzowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

…….....…...

Sygn. akt: KIO 418/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa wykonanie 120 000 000 stron skanów dokumentów oraz zapewnienie serwisu, wsparcia i rozwoju dla aplikacji dedykowanej dla zarządzania zdigitalizowanymi dokumentami i zapewnienie rozwoju tej aplikacji zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego, znak sprawy: Nr ZP/SR/15/20.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.
W dniu 8 lutego 2021 roku wykonawca ArchiDoc S.A. z siedzibą w Chorzowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec ustalenia treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") w wyniku jej zmiany dokonanej w dniu 27.01.2021r. oraz w konsekwencji treści ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie dyspozycji:
1) art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy **Pzp** poprzez określenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. b) tiret pierwszy SIWZ i sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a także w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:
1) uwzględnienie odwołania,
2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści, tj. rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. b) tiret pierwszy SIWZ i sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu poprzez nadanie im brzmienia: „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub należycie wykonuje minimum dwie usługi skanowania dokumentów lub akt należących do jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury lub jednostek sektora finansów publicznych lub banków lub zakładów ubezpieczeń, każda na minimum 500 000 stron".

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:
1. Zamawiający w dniu 27.01.2021 r. dokonał zmiany warunku udziału w Postępowaniu, określonego w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. b) tiret pierwszy SIWZ i sekcji III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu nadając mu następującą treść:„należycie wykonał lub należycie wykonuje minimum jedną usługę skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź

prokuratorskich na rzecz:
-jednostek sądownictwa powszechnego lub
-jednostek prokuratury, lub
-w ramach postępowań przeprowadzonych przez ministerstwo sprawiedliwości
w krajach Unii Europejskiej, każda na minimum 500 000 stron".

2. W ocenie odwołującego przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp ze względu na następujące jego aspekty:
1)przedmiotem usług referencyjnych musi być skanowanie, ale tylko i wyłącznie akt sądowych bądź prokuratorskich,
2)usługi powinny być wykonane na rzecz określonej, bardzo wąskiej grupy podmiotów,
3)podmioty na rzecz których wykonano usługi referencyjne muszą pochodzić z krajów Unii Europejskiej.

3. Odwołujący podniósł, że warunki udziału w postępowaniu wymienione w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp mają charakter blankietowy. Ich konkretyzacji dokonuje zamawiający w sposób adekwatny do potrzeb danego postępowania, mając na uwadze wytyczne, określone w art. 22 ust. 1a oraz art. 22a-22d ustawy Pzp. 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 je jako minimalne poziomy zdolności. W orzecznictwie wskazuje się jednolicie, że respektowanie tych wytycznych przez zamawiającego służy zapewnieniu realizacji podstawowych zasad - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak np. uchwała KIO z 23 stycznia 2014 r. - sygn. akt KIO/KU 2/14). Odwołujący uznał, że dotychczasowe orzecznictwo po wejściu w życie nowelizacji ustawy Pzp z czerwca 2016 r. zachowuje aktualność.

4. Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie i doktrynie wypracowany został również jednolity pogląd, że sformułowane warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, by ich weryfikacja pozwalała na ocenę, że sytuacja podmiotowa określonego wykonawcy, w szczególności potencjał, którym on dysponuje i który może wykorzystać do wykonania zamówienia, są wystarczające dla uznania, że wykonawca ten będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający przy ustalaniu warunku udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności czy warunki realizacji. Proporcjonalność opisu do przedmiotu zamówienia oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki muszą być adekwatne do celu, dla jakiego w danym postępowaniu określane są warunki udziału w postępowaniu oraz nie mogą ponad ten cel wykraczać. Zachowanie zasady proporcjonalności opisu oceny warunków do przedmiotu zamówienia służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Przykładowo w wyroku z 23.12.2009 r. w sprawie C- 376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, Zb.Orz. 2009, s. I-12169, wskazano, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

5. Odwołujący podniósł, że do wykonania usługi skanowania dokumentacji w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich nie potrzeba specjalistycznej wiedzy względem innych postępowań na usługi skanowania dokumentacji, ponieważ proces skanowania dokumentacji aktowej różnych formatów, umieszczonych w teczkach jest taki sam dla większości podmiotów funkcjonujących na rynku, zaś nabyte doświadczenie adekwatne i wystarczające do prawidłowej realizacji niniejszego zamówienia. W szczególności dotyczy to postępowań takich jak wykonane dla jednostek sektora finansów publicznych, zakładów ubezpieczeniowych, czy banków. Odwołujący ocenił, iż b**ez wątpienia wykonawca posiadający takie doświadczenie daje rękojmię należytego wykonania niniejszego zamówienia.**

6. Odwołujący stwierdził, że posiada w tym zakresie odpowiednie rozeznanie, ponieważ funkcjonuje na rynku od wielu lat i wykonywał w przeszłości usługi skanowania także akt sądowych dla sądu powszechnego, aczkolwiek dotyczyły one mniejszego wolumenu akt. Znane są mu zatem aspekty realizacji usług skanowania oraz archiwizacji akt sądowych i prokuratorskich, jak również takich usług wykonywanych w odniesieniu do akt/dokumentacji innych podmiotów (banki, zakłady ubezpieczeń, czy jednostki finansów publicznych).

7. Odwołujący wskazał, że rzeczywistym problem w tego typu usługach jest techniczna i organizacyjna strona ich realizacji. Co więcej, niniejsze zamówienie wcale nie należy do zamówień skomplikowanych pod kątem technicznym czy organizacyjnym. Na rynku są udzielane zamówienia, które cechują się znacznie wyższym poziomem zaawansowania pod tym względem.

8. Wskazanie w warunku na przedmiot skanowania w ramach usług referencyjnych - akta sądowe i prokuratorskie, pozbawione jest sensu, ponieważ referuje do treści tych akt, lecz dla samej usługi skanowania ich treść jest irrelewantna i nie determinuje ona technicznych czy organizacyjnych aspektów jej realizacji, nie wpływa na poziom trudności jej realizacji. Opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia, w żaden sposób nie wskazuje, że proces skanowania, jak i dokumentacja Zamawiającego jest na tyle specyficzna, by do jej zeskanowania wymagana była specjalistyczna wiedza, którą można nabyć tylko i włącznie podczas skanowania dokumentów na rzecz jednostek sądownictwa powszechnego, czy jednostek prokuratury, czy w ramach postępowań przeprowadzonych przez ministerstwo sprawiedliwości w krajach Unii Europejskiej.

9. Odwołujący podniósł, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do SIWZ „OPZ") opisał dokumenty podlegające procesowi skanowania „Skanowaniu będą podlegały dokumenty papierowe wchodzące w skład akt sądowych w postaci dokumentów dostarczonych do biura podawczego sądu, dostarczonych za pośrednictwem poczty lub wytworzone wewnętrznie przez wydziały sądu. Skanowaniu będą podlegać również dokumenty umieszczone w aktach sądowych w sposób trwały (zszyte w okładce akt)" (str. 1). Zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego oraz opisaną charakterystyką zbioru proces skanowania obejmować będzie dokumenty nie wyróżniające się niczym szczególnym względem dokumentów innych, wskazanych powyżej zamawiających, tj. dokumenty formatów A5/A4/A3, dokumenty zapisane jedno i dwustronnie (dokumenty simplex/duplex), dokumenty mieszane - korespondencja zwrotna, okładki teczek, dokumenty o wymiarach niestandardowych, papier o różnej gramaturze i różnym stopniu zachowania (często dokumenty naddarte, pogniecione, zawilgocone, czy posklejane), sprawy jedno i wielotomowe, akta (jeden tom) mają postać spiętych lub zszytych kart w ilości do 200 kart.

10. W ocenie odwołującego, charakterystyka opisanych przez Zamawiającego dokumentów wskazuje, że skanowaniu podlegać będą typowe dokumenty mające postać aktową, które są umieszczone i spięte w teczce, które należy

zeskanować w całości oraz dokumenty wpływające do organizacji. Forma prowadzenia papierowych akt spraw w Sądzie Rejonowym w Warszawie nie odbiega w żaden znaczący sposób od sposobu gromadzenia akt w innych instytucjach, zarówno sektora bankowego, ubezpieczeniowego ale też z jednostek sektora finansów publicznych, czy też dokumentacji zgromadzonej w prowadzonych zgodnie z przepisami teczkach osobowych pracowników.

11. Dokumentacja w postaci aktowej występuje w większości instytucji publicznych w których prowadzone są akta spraw, jak również w bankach i zakładach ubezpieczeń. W teczkach aktowych gromadzone są chronologicznie akta sprawy. Dokumenty są spinane w teczce w różny sposób (klipsem, nabijane na metalowy wąs, lub zszywane). Akta spraw mogą być jedno lub kilku tomowe. Taką samą postać mają również akta sądowe i prokuratorskie, które umieszczone są teczkach aktowych. Trudno zatem uznać, że akta sądowe i prokuratorskie mają jakąś odmienną postać od dokumentacji innych podmiotów, która jest gromadzona w teczkach aktowych lub napływa do organizacji. Z punktu widzenia realizacji usługi skanowania nie wykazują one cech specyficznych.
12. Zamawiający w przedmiotowym Postępowaniu wymaga *„skanowania całości materiału włączając w to strony niezadrukowane. Skanowana dokumentacja musi odzwierciedlać 1:1 dokumenty wchodzące w skład tomów akt sądowych i być integralna z dokumentami papierowymi*". Odwołujący podkreślił, że przy skanowaniu w modelu 1:1 polegającym na skanowaniu teczek aktowych nie ma znaczenia ich charakter merytoryczny oraz ich postać. Technicznie zawsze wykonywane są takie same czynności. Skanowana jest zawartość każdej teczki wraz z okładką, strona po stronie. Tego typu skanowanie jest najprostszym możliwym odzwierciedleniem papierowego dokumentu do postaci elektronicznej kopii dokumentu, w którym każda strona dokumentu będzie stanowiła osobny plik w formacie jpg i tif ponumerowany kolejno od 1 do n. W takim modelu skanowania pracownik skanujący dokumenty nie musi posiadać ani specjalistycznej wiedzy z charakterystyki skanowanych dokumentów, ani nie musi zaznajamiać się z ich treścią. Zdaniem Odwołującego, skanowanie dokumentacji ogranicza się tylko do czysto technicznych czynności i umiejętności pracownika obsługującego profesjonalne urządzenia skanujące - co ma się nijak do treści kwestionowanego warunku. Przy czym zapewniona zostanie integralność dokumentacji papierowej z elektroniczną. Skanowaniu podlega całość dokumentacji, więc wykonawca powinien zapewnić zeskanowanie dokumentacji 1:1.
13. Odwołujący stwierdził, że banki, zakłady ubezpieczeniowe czy instytucje publiczne zlecają masowe skanowanie i obsługę dokumentacji wykonawcom zewnętrznym, którzy posiadają doświadczenie w skanowaniu określonej ilości dokumentów (dostosowanej do zakresu zamówienia) bez stawiania dodatkowych warunków, np. że skanowanie dokumentacji bankowej może wykonać firma, która skanowała dokumentację w postaci akt bankowych na rzecz banków lub innych podmiotów finansowych. W innych postępowaniach odpowiadających zakresem przedmiotowemu Postępowaniu, zamawiający jednolicie uznają, że wykonawca, który może wykazać się doświadczeniem w skanowaniu kilkudziesięciu milionów stron dokumentów, gwarantuje należyte wykonanie usług skanowania ich dokumentacji. A przecież w przypadku skanowania dokumentacji bankowej (np. akta kredytów hipotecznych, czy karty wzorów podpisów), dokumentacja ta objęta jest tajemnicą bankową i wykonie takiej usługi przez Wykonawcę objęte jest klauzulą poufności. Podobnie w przypadku zakładów ubezpieczeniowych, które także obowiązane są do zachowania tajemnicy. Nie można zatem uznać, żeby usługi wykonywane dla Zamawiającego pod tym względem były wyjątkowe.
14. Skanowanie dokumentacji bankowej nie ogranicza się tylko do masowego skanowania jednorodnych dokumentów ale w dużej mierze to dokumentacja kredytów, w których prowadzone są akta spraw. W przypadku akt kredytów hipotecznych mają one postać teczek spraw zawierających różne formaty dokumentacji (koperty, pisma, decyzje, postanowienia, wyciągi z ewidencji gruntów i budynków w tym mapy, dokumentacja zdjęciowa, odpisy z ksiąg wieczystych, dzienniki budowy itp.), podobnie jak w przypadku dokumentacji sądowej i taką dokumentację skanuje się również 1:1. A przecież w tego typu dokumentacji występują często akty notarialne, które są niestandardowego formatu, na papierze o różnej gramaturze, trwale zszyte, zalakowane pieczęcią, której nie można naruszyć. Analogicznie jest w przypadku dokumentów zakładów ubezpieczeniowych. Z uwagi na integralność tych dokumentów skanowanie realizowane jest na odrębnym specjalistycznym urządzeniu skanującym, bez naruszenia postaci dokumentów, z zachowaniem bezpieczeństwa skanowanego dokumentu. Po zeskanowaniu dokument dołączony zostaje do akt sprawy. W takich przypadkach zarówno integralność dokumentów, jak ich postać, czy poufny charakter nie powodują wymogu nabycia specjalistycznej wiedzy w celu ich zeskanowania. Istotne jest posiadanie wiedzy i doświadczenia nabytego przy realizacji zamówień obejmujących skanowanie odpowiednio dużych zasobów, co gwarantuje posiadanie potrzebnej wiedzy technicznej i organizacyjnej.
15. Odwołujący podniósł ponadto, ze powyższy model skanowania opisany w przedmiocie zamówienia jest modelem skanowania dosyć prostym, nie wymagającym specjalistycznej wiedzy oraz dodatkowych prac. Inni zamawiający częstokroć wymagają dużo szerszej realizacji zadań w zakresie skanowania, w ramach których należy wyszukać i wyjąć z teczki aktowej wskazane przez zamawiającego dokumenty do skanowania; oznaczać początek i koniec dokumentu/sprawy tak, aby jeden plik elektroniczny zawierał w swej treści tylko ten jeden dokument; dokonać opisu pliku (dokumentu) zgodnie z określoną przez zamawiającego kategorią; pozyskać wymagane przez zamawiającego dane z dokumentu, np. numer i datę sprawy, czego sprawa dotyczy, adres, itp. a następnie przyporządkować do odpowiedniego katalogu/kategorii. Przy takim modelu realizacji rzeczywiście można rozważać, że wskazane byłoby, aby wykonawca wykazał odpowiedni, bardziej specjalistyczny zakres doświadczenia z realizacji zadań opartych o ten model realizacji. W niniejszym Postępowaniu tego typu czynności nie występują.
16. Odwołujący stwierdził, że jeżeli intencją Zamawiającego było zapewnianie wymogu zachowania szczególnej staranności i bezpieczeństwa skanowanej dokumentacji, bez wątpienia miał on możliwość wskazania tego w inny, adekwatny ku temu sposób np. żądania, aby wykonawca wykazał, że będzie dysponował osobą, która posiada odpowiednie wykształcenie, np. wyższe z zakresu archiwistyki albo ukończony kurs kancelaryjno- archiwalny lub kilkuletnie doświadczenie w skanowaniu. Każdy profesjonalny Wykonawca, działający na rynku digitalizacji dokumentów posiada wykwalifikowaną kadrę pracowniczą, której doświadczenie w skanowaniu chociażby dokumentacji bankowej, ubezpieczeniowej czy też dokumentacji jednostek sektora finansów publicznych jest w zupełności wystarczające, aby zrealizować proces z zachowaniem wszelkich wymogów jakościowych i wymogów bezpieczeństwa określonych przez Zamawiającego.
17. W odwołaniu wskazano na następujący element odpowiedzi Zamawiającego na pytania nr 18, 53 i 59 (odpowiedzi na pytania z 21.01.2021 r.).: „Zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia szczególnej staranności i zabezpieczenia integralności akt sądowych, które stanowią istotny element zaufania społecznego". Odwołujący podniósł, że wszystkie instytucje publiczne/jednostki sektora finansów publicznych kierują się zasadą zaufania społecznego i nie jest ona domeną wyłącznie sądów i prokuratur. W ocenie Odwołującego, trudno dopatrzeć się logicznego związku

pomiędzy postawieniem kwestionowanego warunku a zaufaniem społecznym, a tym bardziej znaleźć jakiekolwiek rzeczowe argumenty, że realizacja zamówienia przez podmiot wyłoniony w oparciu o warunek o treści zaproponowanej przez Odwołującego przeczyłaby tej zasadzie. Szczególna staranność wymagana jest nie tylko przy skanowaniu akt sądowych i prokuratorskich, ale również innych. Przede wszystkim skanowanie akt jedynie w sposób pośredni dotyczy ustawowych zadań sądów i prokuratur - sprawowania wymiaru sprawiedliwości, a to w nim ta zasada powinna być przede wszystkim urzeczywistniana.

18. Odwołujący podkreślał, że rozumie, że akta sądowe i prokuratorskie są ważne, wymagają zachowania tajemnicy, ich bezpieczeństwa. Ale nie jest to domena tylko i wyłącznie tego typu dokumentów. Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. z 2020 r. poz. 895): „Zakład ubezpieczeń i osoby w nim zatrudnione, a także osoby i podmioty, za pomocą których zakład ubezpieczeń wykonuje czynności ubezpieczeniowe, są obowiązane do zachowania tajemnicy dotyczącej poszczególnych umów ubezpieczenia". Warto wskazać także na art. 372 ust. 1 tejże ustawy: „Członkowie organu nadzoru, pracownicy Urzędu, osoby wykonujące pracę w Urzędzie na podstawie umowy o dzieło, umowy zlecenia albo innych umów cywilnoprawnych, osoby posiadające od organu nadzoru umocowanie do wykonywania obowiązków wynikających z prowadzonego postępowania naprawczego lub likwidacyjnego, a także osoby upoważnione do przeprowadzenia kontroli albo wizyty nadzorczej, są obowiązani do nieujawniania osobom nieupoważnionym informacji, z którymi zapoznały się w trakcie wykonywania swoich obowiązków wynikających z ustawy, z wyjątkiem informacji uniemożliwiających rozpoznanie pojedynczego zakładu ubezpieczeń lub zakładu reasekuracji". Podobnie ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1896) w art. 104 ust. 1 stanowi: „Bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje". Tajemnica bankowa została w tej ustawie bardzo szeroko uregulowana w wielu jej przepisach.

19. Odwołujący wskazał, że niniejsze postępowanie to trzecie już postępowanie prowadzone przez Zamawiającego na analogiczny przedmiot zamówienia, ale dopiero w tym postępowaniu Zamawiający wymaga w warunku, aby usługa skanowania dotyczyła skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich na rzecz jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury lub w ramach postępowań przeprowadzonych przez ministerstwo sprawiedliwości - wszystkie w krajach Unii Europejskie**. Zarówno w postępowaniu nr ZP/SR/08/17, jak i postępowaniu nr ZP/SR/09/20 przeprowadzonym przez Zamawiającego przedmiotem zamówienia była również** „Usługa digitalizacji akt z zasobu Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie".**Oba zamówienia w zakresie digitalizacji (skanowania) akt są analogiczne do obecnego postępowania nr ZP/SR/15/20, którego przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie skanów dokumentów wchodzących w skład akt sądowych.**

20. Odwołujący przywołał brzmienie warunku udziału w postępowaniu nr ZP/SR/08/17postawionego przez Zamawiającego w zakresie posiadania zdolności technicznych i zawodowych: „Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał minimum dwie usługi skanowania zbiorów archiwalnych, każda na kwotę minimum 300 000,00 zł brutto wykonana na rzecz jednostek sektora finansów publicznych.".

21. Dalej Odwołujący przywołał brzmienie warunku udziału w postępowaniu nr ZP/SR/09/20postawionego przez Zamawiającego w zakresie posiadania zdolności technicznych i zawodowych, który brzmiał dokładnie tak samo: „Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał minimum dwie usługi skanowania zbiorów archiwalnych, każda na kwotę minimum 300 000,00 zł brutto wykonaną na rzecz jednostek sektora finansów publicznych.".

22. Wcześniej Zamawiający referencje na usługi skanowania dokumentów innych, niż akta sądowe lub prokuratorskie uznawał za adekwatne dla spełnienia warunku udziału w postępowaniach na usługi digitalizacji akt z zasobu Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, a w ocenie Zamawiającego wykonawca, który się nimi legitymował dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia. W ocenie odwołującego, w niniejszym Postępowaniu Zamawiający, bezpodstawnie zmienił swoje stanowisko.

23. Zdaniem odwołującego istotne jest, że wykonawca, który zrealizował dla Zamawiającego tamte poprzednie zamówienia zapewne pozyskał z nich referencje (bo innych spełniających ten warunek na rynku nie ma). Zatem uznanie przez Zamawiającego, że warunek opierający się na realizacji usług dla innych podmiotów (w tym jednostek sektora finansów publicznych, banków, zakładów ubezpieczeniowych) jest niewystarczający, jest błędne skoro podmiot, który zrealizował dla Zamawiającego dwa zamówienia pozyskane w oparciu o taki warunek zrealizował je należycie.

24. Zgodnie z art. 131 d Prawa zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia (w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa) mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień. Przepisy nie uprawniają jednak takiego zawężania terytorialnego w zamówieniach innych, niż w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Dlatego ograniczenie możliwości spełnienia warunku w oparciu o usługi wykonane dla określonych podmiotów i tylko z terenu Unii Europejskiej jest bezpodstawne.

25. W ocenie Odwołującego, kwestionowany warunek udziału w postępowaniu powoduje, że monopol na złożenie oferty w tym Postępowaniu uzyskuje jeden podmiot. Oczywiście skutki tego monopolu znajdą odzwierciedlenie w cenie oferty tego wykonawcy, który ma świadomość tego, że przy takiej treści warunku, z konkurencją w tym Postępowaniu się nie spotka. Biorąc pod uwagę wybór wykonawcy we wcześniejszych postępowaniach, gdzie obydwa zamówienia udzielone zostały przez Zamawiającego jednej firmie, to oczywistym jest, że sposób, w jaki warunek ten został sformułowany wprost ogranicza dostęp do zamówienia dla innych wykonawców i powoduje, że warunki z obecnego postępowania będzie spełniać tylko jedna firma, którą jest dotychczasowy Wykonawca analogicznych usług dla Zamawiającego.

26. Odwołujący wskazał, ze od wielu lat na rynku digitalizacyjnym nie ma tak dużych zamówień na skanowanie dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich na rzecz jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury lub na rzecz ministerstwa sprawiedliwości, wobec czego warunek postawiony przez Zamawiającego nie tylko znacząco ogranicza dostęp do przedmiotowego zamówienia, ale ten rynek dodatkowo

hermetyzuje na przyszłość.

27. Ponadto odwołujący podkreślił, że wykonawcy chcący uczestniczyć w przedmiotowym Postępowaniu muszą spełnić kilka warunków udziału co do posiadanych referencji. W zakresie digitalizacji (skanowania) oprócz omawianego warunku Zamawiający postawił drugi wymóg dotyczący wykazania realizacji dwóch usług skanowania dokumentacji różnego formatu w ilości min. 3 000 000 stron każda. Wykonawcy mogący wykazać się realizacją dwóch usług skanowania dokumentacji na poziomie 3 milionów stron posiadają dużą wiedzę i doświadczenie w skanowaniu, umożliwiające realizację niniejszego zamówienia, zgodnie z wymogami SIWZ. Tylko profesjonalne i doświadczone podmioty mogą wykazać się realizacją tak dużych zamówień. Ponadto bardzo wysokie wadium w wysokości 2 160 000 zł (dwa miliony sto sześćdziesiąt tysięcy złotych) oraz wysokie zabezpieczenie należytego wykonania umowy (10%) wartości umowy na okres 48 miesięcy wraz z okresem gwarancji) stanowią wymogi na tyle rygorystyczne, że w okresie pandemii nawet profesjonalnym wykonawcom trudno będzie przystąpić do przedmiotowego postępowania.
28. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający wymaga osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez Wykonawcę. Zgodnie z rozdz. V ust. 1 SIWZ:„Zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom tylko w części i w zakresie powierzenia zamówienia osobą w zakresie tworzenia aplikacji dedykowanych dla digitalizacji dokumentów.” Zatem skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku kwestionowanego, jest niemożliwe.
29. W ocenie odwołującego, wszystkie te okoliczności, niezależnie od kwestionowanego warunku, powodują, że o niniejsze zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie bardzo doświadczone podmioty i w dobrej kondycji finansowej. Zatem stanowią one wystarczające zabezpieczenie interesu Zamawiającego i pozwalają na wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w trakcie posiedzenia przed Izbą przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania Wykonawcy oraz o zasądzenie od Wykonawcy kosztów postępowania obejmujących koszty zastępstwa procesowego przed KIO na podstawie faktury VAT. Ponadto zamawiający na podstawie art. 521 ust. 2 w zw. z 535 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

1)analizy istotnych ryzyk związanych z procesem digitalizacji na fakt konieczności posiadania doświadczenia przez Wykonawcę, zakresu i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz ewentualnych skutków dla Zamawiającego braku doświadczenia Wykonawcy;

2)linków z ogłoszeń o zamówieniu:

-usługi - 98162-2019 - TED Tenders Electronic Daily (europa.eu) skanowanie akt ksiąg wieczystych - Chorwacja,

-:121172-2020:TEXT:PL:HTML&src=0 -Francja,

-usługi - 232588-2017-TED Tenders Electronic Daily (europa.eu) -***?uri=TED:NOTICE:398649-2017:TEXT:PL:HTML&src=0***na fakt przeprowadzania na obszarze UE postępowań na usługi scanowania akt sądowych oraz istnienia wykonawców spełniających wymagania postawione przez Zamawiającego.

Ponadto zamawiający wskazał, że odwołujący zarzucił mu sprzeczne z prawem ukształtowanie SWIZ, poprzez postawienie nieproporcjonalnego warunku wykonywania usługi na rzecz określonych podmiotów instytucji wymiaru sprawiedliwości w kraju, jak również w innych państwach UE, czym rzekomo naruszył zasadę równego traktowania uczestników konkursu. Wykonawca w odwołaniu zażądał nakazania zamawiającemu dokonania zmiany treści określonego warunku SWIZ. W ocenie zamawiającego z odwołaniem nie sposób się jednak zgodzić.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 - dalej: p.z.p.) w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020) zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Obowiązek równego traktowania oznacza, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. W przypadku aukcji elektronicznych, aby znali pozycję i punktację swojej oferty, względem oferty najkorzystniejszej przez cały okres trwania aukcji” (wyrok KIO z 11.01.2011 r., KIO/UZP 2824/10, LEX nr 707662). Kryteria te wynikają również z motywów 45 i 90 dyrektywy UE 2014/24/UE.

W ocenie zamawiającego, w postępowaniu warunki uczciwej konkurencji oraz równego traktowania zostały spełnione. Wykonawcy od początku zostali zaznajomieni ze specyfikacją zamówienia, mogli również uczestniczyć w wizji lokalnej oraz zadawać pytania odnośnie do przedmiotu zamówienia. Warto również nadmienić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem unijnym, nie zaś krajowym. Zdaniem zamawiającego, nie sposób uznać za trafny, zarzutu odwołującego dotyczącego ograniczenia konkurencyjności z uwagi na fakt, że na rynku UE istnieją podmioty, które są w stanie spełnić stawiane przez zamawiającego wymagania, zaś zasada konkurencyjności winna dotyczyć całej UE nie zaś tylko Polski. Nadto podmioty te mogą łączyć się w konsorcja, które wykorzystując doświadczenie wykonawcy spełniającego określone przez zamawiającego wymagania mogą czerpać z zasobów technicznych i osobowych podmiotów mniej doświadczonych - takich jak odwołujący. Zamawiający podkreślił, że prawidłowo ocenił sytuację rynkową, określając warunki udziału w zamówieniu. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO z 9 września 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 1988/20 obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Biorąc pod uwagę więc, że na rynku Unii Europejskiej występują wykonawcy, to przedstawiony warunek udziału nie narusza przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Celem warunku udziału w postępowaniu jest ocena minimalnych zdolności wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia, przy założeniu, że jeżeli wykonawca zrealizował z sukcesem zbliżone usługi, jest również w stanie wykonać zbliżone zamówienie, o ile cechuje się ono podobnymi właściwościami, zaś oferowany przedmiot dostawy jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1219/19). Podobne właściwości należy interpretować przez skanowanie np. akt sądowych, ponieważ są one specyficzne i zdecydowanie różnią się od wykonywania skanu np. książki czy choćby akt zazwyczaj co najwyżej spraw administracyjnych w innych jednostkach w sektorze finansów publicznych.

Zamawiający podkreślił, że archiwa jednostek sektora finansów publicznych, zakładów ubezpieczeniowych czy banków nie są takie same jak dokumentacja z sądów. Wiedza na temat danego rodzaju dokumentów to nie tylko znajomość ich fizycznych cech, ale także wiedza, która pozwala odpowiednio dobierać sprzęt. Waga wykonania prawidłowych skanów akt sądowych w tym spraw w toku jest niewspółmiernie wyższa, niż innych dokumentów, czy nawet akt postępowania mandatowego. Ponadto zamawiający podkreślił, że należy uwzględnić np. fakt braku możliwości rozszycia aktów notarialnych, konieczności odpowiedniego skanowania czerwonych pieczęci (często np. pieczęć, która

się nie skseruje dokładnie może świadczyć o ważności dokumentów), niesamowitej odpowiedzialności przy skanowaniu wielomilionowych weksli - w tym odpowiednim zeskanowaniu np. tzw. przedłużków itp. Czym innym jest bowiem ryzyko, że ktoś zapłaci lub nie zapłaci mandatu, od ryzyka że pedofil ojciec otrzyma zabezpieczenie w postaci ustalenia z nim miejsca zamieszkania dziecka, czy też zwolnienia z aresztu mordercy - bo nie będzie wskanowana jedna strona opinii psychiatrycznej.

Zamawiający wskazał, że celem zamówienia jest umożliwienie pracy na aktach w wersji elektronicznej przede wszystkim sędziom. Każda pomyłka w zakresie skanowanych dokumentów, ich rozszycie czy zniszczenie może skutkować pomyłką procesową, jak również wydaniem błędnego rozstrzygnięcia. W aktach sądowych znajduje się cały materiał dowodowy zebrany w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że poprzedził procedurę udzielenia zamówienia publicznego szeroką analizą ryzyka związanego z kwestią digitalizacji akt sądowych (w załączeniu). Racjonalizacja tego projektu polega przede wszystkim na podwyższeniu wymagań względem wykonawcy, aby zminimalizować a nawet wykluczyć możliwość popełnienia pomyłki na etapie realizacji zamówienia. Poprawność wykonania usługi będzie oceniania dopiero po wykonaniu zamówienia, w niektórych przypadkach na długo po zakończeniu obowiązywania umowy. Często postępowania sądowe prowadzone przez Zamawiającego trwają najczęściej kilka lat, następnie zaś przechodzą do kolejnej instancji itd.. co może powodować wystąpienie do Zamawiającego z roszczeniem nawet po kilkunastu latach. Zamawiający kładzie zatem duży nacisk na samodzielność działania Wykonawcy, który winien w odpowiedni sposób selekcjonować i oceniać materiały zgromadzone w aktach postępowania. Jakakolwiek niestaranność skutkująca odstępstwami w treści lub układzie akt fizycznych z elektronicznymi skutkować będzie tym, że akta elektroniczne staną się bezużyteczne, a więc zakładany przez Zamawiającego cel nie zostanie zrealizowany. W tym kontekście zamawiający podkreślił, że wydatkuje środki publiczne, co również nakłada na niego surowe wymagania ostrożnościowe. Odpowiadając niejednokrotnie za życie ludzi, decydując o ich życiowym dorobku Zamawiający ma obowiązek zabezpieczyć odpowiednio wyższe środki i mieć zagwarantowaną, sprawną i bezbłędną obsługę.

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 je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu służą wyłonieniu wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. W związku z tym muszą być tak określone, aby możliwe było osiągnięcie celu ich postawienia, tj. aby wybrany wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania umowy. W wyroku z 16 września 2020 r. KIO 2005/20, Izba uznała, że doświadczenie w wykonaniu pojedynczych przedsięwzięć przez dwa różne podmioty nie jest bowiem tym samym, co doświadczenie jednego podmiotu w wykonaniu większej ilości tych przedsięwzięć. Powtarzalność wykonania określonej usługi, roboty czy dostawy, powoduje bowiem, że posiadane doświadczenie jest większe. Chybione są zatem argumenty odwołującego, że doświadczenie zdobyte przez niego w digitalizacji akt dokonywanych na rzecz innych podmiotów, jest tożsame, z umiejętnościami wymaganymi przez zamawiającego, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia.

Biorąc to pod uwagę, w ocenie Zamawiającego miał on prawo zmienić stanowisko odnośnie do wymaganych referencji, ponieważ wskazane przez Odwołującego przetargi dotyczyły znacznie mniejszego zakresu prac. Realizowane, również w zakresie działalności Zamawiającego zamówienia wykazały, że Wykonawcy nie posiadając wiedzy i doświadczenia, popełniają błędy, muszą zdobywać wiedzę ucząc się na bieżąco. Z uwagi na to, że postępowanie, którego dotyczy sprawa ma znacznie większy zakres oraz większą dynamikę, to Zamawiający miał prawo postawić stosowne wymagania, aby uniknąć potencjalnych problemów z realizacją. W tym miejscu należy wskazać, również że Zamawiający nie może pozwolić sobie na błędy po stronie Wykonawcy. Zamawiający jednocześnie ma pełną świadomość, że za odpowiednią jakość musi zapłacić wyższą cenę.

Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że podmioty doświadczone w wykonywaniu przedmiotowych zamówień mają świadomość, że np. jedna sprawa może mieć ok 2.600 tomów i 100 tyś stron, wśród których może być jedna faktura, uznanie długu, jeden stary akt notarialny, które mogą zmienić kierunek sprawy. Rozeznanie w zakresie specyfiki budowy akt sądowych jest wymogiem wynikającym z wcześniejszych doświadczeń zamawiającego, zlecającego digitalizację odmiennych od akt sądowych - akt KRS. Doświadczenie przy wcześniejszym digitalizowaniu akt sądowych, prokuratorskich czy wytworzonych przez inne jednostki podlegające Ministerstwu Sprawiedliwości w ocenie zamawiającego ma znaczący wpływ na jakość wykonanych prac, zważywszy, że w procesie digitalizacji akt będącym przedmiotem zamówienia, nie będą uczestniczyli pracownicy sądu. Digitalizacji podlegać będą akta już istniejące wraz z bieżącymi pismami, przy tym procesowi podlegać będą akta przesyłane z innych sądów, akta spraw połączonych do wspólnego postępowania, dołączone jako załącznik, akta zastępcze tworzone na potrzeby skierowania akt do biegłego, akta spraw odesłanymi do tut. Sądu po udzieleniu pomocy sądowej, załączniki adresowe w sprawach karnych, czy choćby karty, które nie stanowią akt sprawy, a są dołączane do akt (np. karta przeglądowa, karty osób, które zapoznawały się z aktami).

W ocenie zamawiającego odwołujący niezasadnie zatem utożsamia przedmiot zamówienia jedynie z czynnościami polegającymi na skanowaniu akt. Poza ich fizycznym przetworzeniem na wersję elektroniczną o wykonawcy wymaga się również zapewnienie właściwej formy układu kart akt, a ponadto umiejętności samodzielnego zakwalifikowania i oceny skanowanych dokumentów. W ocenie zamawiającego czynności te wykraczają znacząco poza mechanicznie powtarzalny proces wykonywania skanu, więc rękojmię należytego wykonania usługi dają jedynie podmioty realizujące podobne zamówienia w określonym obszarze działalności (wymiar sprawiedliwości) oraz we wskazanym w SWIZ zakresie.

Zamawiający wskazał, że przekornym wydaje się w tej sytuacji Wyrok KIO 3254/20 z 19 stycznia 2021 r. wydany na skutek odwołania Odwołującego - w którym to właśnie on podkreślał znaczenie i rolę doświadczania „Zdaniem Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że wiedza i doświadczenie, którego wyrazem są referencje również wchodzi w skład przedsiębiorstwa" (str.8 uzasadnienia w/w Wyroku), wysoce zastanawiająca jest więc zmiana poglądów Odwołującego w niniejszej sprawie.

W ocenie zamawiającego, chybiony jest zatem argument odwołującego oparty na orzeczeniu KIO w sprawie KIO/KU/213/13. W orzeczeniu tym Komisja potwierdziła, że Zamawiający bezzasadnie ograniczył możliwość składania ofert do tylko tych podmiotów, które wykazywały określony przychód netto, obroty i rentowność. Orzeczenia tego nie można odnosić do stanu faktycznego postępowania, ponieważ Zamawiający prawidłowo określił zdolności do wykonania zamówienia na zasadzie wykazania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający uznał, że określone przez niego warunki udziału w zamówieniu są zgodne z prawem, a niespełniający ich wykonawca nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia. Zamawiający przywołał wyrok KIO z 26.7.2019 r. w sprawie o sygn. KIO 1500/19 warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób

umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają, również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia.

Podsumowując zamawiający stwierdził, iż warunki przetargu musiały być tak określone by wyłoniony w jego toku oferent dawał rękojmię właściwego wykonania kontraktu. W tym wypadku celem kontraktu jest przejście z procedowania przez sąd na aktach papierowych na procedowanie na aktach cyfrowych, a to w celu przyśpieszenia procesów, a to przez podwyższenie efektywności pracy każdego kto na tych aktach pracuje. Prowadzić to ma również do obniżenia wielu kosztów, w tym osobowych i lokalowych. Cel ten powiedzie się jedynie w przypadku w pełni właściwego wykonania zleconego procesu digitalizacji obejmującego skanowanie, zarządzanie procesem oraz rozwojem systemów informatycznych. O właściwym wykonaniu kontraktu prowadzącym do osiągnięcia zamierzonego celu. może być mowa jedynie gdy bieżąca (codzienna), zgodną z harmonogramem, wierna, w wysokiej jakości, sprawnie zarządzana digitalizacja dziesiątków tysięcy rozmaitych dokumentów sądowych tworzących akta sądowe, doprowadzi do wytworzenia we właściwym tempie i czasie bazy cyfrowych akt sądowych wiernie odzwierciedlających akta papierowe. Jedynie wówczas procesy odbywające się z wykorzystaniem tych baz nie będą prowadziły do wydania wadliwych orzeczeń, których wadliwość byłaby konsekwencją niedokładności i pomyłek w toku procesu digitalizacji. Pomyłki takie doprowadzą nie tylko do pokrzywdzenia stron procesu, co samo w sobie narusza interes wymiaru sprawiedliwości wypaczając jego sens, ale również do obniżenia zaufania do akt elektronicznych przez orzeczników co zniweczy w ogóle cel digitalizacji, a więc cel zamówienia. Stąd wysokie wymagania w zakresie doświadczenia potencjalnych oferentów.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ich zmiany, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) do postepowania odwoławczego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „nową Pzp" lub „nPzp".

Przystępując do rozpoznania odwołania, w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosili skuteczne przystąpienie trzej wykonawcy. Wykonawca Scan Centre Sp. z o.o. z siedzibą w Wejherowie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego**.** Wykonawca SkanSerwis Bis Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz wykonawca Digital – Center sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

23 grudnia 2020 r. zamawiający przekazał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu na „Usługę wykonania 120 000 000 stron skanów dokumentów oraz zapewnienie serwisu, wsparcia i rozwoju dla aplikacji dedykowanej dla zarządzania zdigitalizowanymi dokumentami i zapewnienie rozwoju tej aplikacji zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego", numer referencyjny: ZP/SR/15/20 które zostało opublikowane 28 grudnia 2020 r., pod numerem 2020/S 252-636837. W tym samym dniu Zamawiający opublikował dla tego postępowania specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) na stronie .

W pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu,Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe wskazano: Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem spełniania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub należycie wykonuje minimum dwie usługi skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich na rzecz jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury, każda na minimum 500 000 stron. Rozdział IV SIWZ pkt 1.1. b) ustanawiał tożsamy warunek udziału w brzmieniu:

O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia: Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub należycie wykonuje minimum dwie usługi skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich na rzecz jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury, każda na minimum 500 000 stron.

Wykonawcy w tym ArchiDoc S.A. (12 stycznia 2021 r.) oraz Scan Center Sp. z o.o. (12 stycznia 2021 r.) zwracali się do zamawiającego w trybie wyjaśnień SIWZ o zmianę powyższego warunku. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania nr 18; 53; 59 w dniu 21 stycznia 2021 r. odmówił zmiany przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 27 stycznia 2021 r. zamawiający dokonał modyfikacji zapisów SIWZ (o czy w tym samym dniu poinformował wykonawców) m.in. w zakresie warunku określonego w Rozdziale IV pkt 1.1.b) SIWZ. 1 lutego 2021 r. zostało opublikowane ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji, zgodnie z którym w sekcji VII.1.2. zmiany, wskazano tekst, który należy poprawić w pierwotnym ogłoszeniu:

Numer sekcji: lll.1.3

Zamiast:

• w okresie ostatnich trzech lat przed upływem spełniania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub należycie wykonuje minimum dwie usługi skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich na rzecz jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury, każda na minimum 500 000 stron

Powinno być:

Należycie wykonał lub należycie wykonuje minimum jedną usługę skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich na rzecz:

— jednostek sądownictwa powszechnego lub

— jednostek prokuratury lub
— w ramach postępowań przeprowadzonych przez ministerstwo sprawiedliwości
w krajach Unii Europejskiej, każda na minimum 500 000 stron.
Rozdział IV pkt 1.1.b) tiret pierwszy SIWZ otrzymał brzmienie analogiczne do zmienionego ogłoszeniem.
28 stycznia 2021 r. ArchiDoc S.A. (Odwołujący) złożył do zamawiającego następujący wniosek „W związku z modyfikacją z dnia 27 stycznia 2021 r. przez Zamawiającego zapisów Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IV Wymagania i dokumentacja, ust. 1 pkt 1) ppkt. b) tiret pierwszy wskazujemy, że wprowadzona przez Zamawiającego zmiana ma charakter pozorny, ponieważ warunek ten został ograniczony do terenu Unii Europejskiej. W poprzedniej treści Zamawiający dopuszczał wykazanie zamówień zrealizowanych poza terenem Unii Europejskiej, więc Wykonawcy mieli większe możliwości wykazania realizacji tego warunku.
Poza tym, dopuszczenie przez Zamawiającego realizacji usługi skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich w ramach postępowań prowadzonych przez Ministerstwo Sprawiedliwości jest pozorne, ponieważ to sądy i prokuratury są dysponentami akt sądowych i prokuratorskich a nie Ministerstwa Sprawiedliwości.
Wobec powyższego wnosimy o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu profesjonalnych wykonawców poprzez zmianę warunku poprzez nadanie mu treści:
„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub należycie wykonuje minimum jedną usługę skanowania dokumentów lub akt należących do jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury lub jednostek sektora finansów publicznych na minimum 500 000 stron".
8 lutego 2021 r. wykonawca ArchiDoc S.A. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ.
11 lutego 2021 r. upłynął termin składania i otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenia zamówienia. W tym terminie wpłynęła do zamawiającego i została otwarta jedna oferta – oferta wykonawcy DIGITAL – CENTER Sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach.

Izba zważyła, co następuje:

Izba działając z urzędu, stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp. Jednakże biorąc pod uwagę ugruntowane stanowisko Izby, wskazujące, że jeżeli odwołujący wiąże początek biegu terminu na wniesienie odwołania z datą modyfikacji SIWZ, to ta modyfikacja musi być związana z podnoszonymi zarzutami w taki sposób, że przed dokonaniem modyfikacji przez zamawiającego podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe (tak np. postanowienie KIO z dnia 09 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1810/13), Izba uznała, że ta część zarzutu podniesionego przez odwołującego, która nakierowana jest na zmianę warunku w zakresie przedmiotu usług referencyjnych, oraz wskazania podmiotów na rzecz których usługi referencyjne mogły być wykonane tj. jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury i dalszego rozszerzenia kręgu tych podmiotów, nie może być przez Izbę rozpatrzona, jako spóźniona.
Ogłoszenie o zamówieniu oraz SWIZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego będącym przedmiotem postępowania odwoławczego zostały opublikowane w dniu 28 grudnia 2020 r. Oba te dokumenty zawierały warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu: O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, spełniają warunki dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia: Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub należycie wykonuje minimum dwie usługi skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich na rzecz jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury, każda na minimum 500 000 stron. W związku z tym termin na skarżenie tej treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 1 nPzp, wynosił 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej i upłynął w dniu 7 stycznia 2021 r. W tym terminie żaden wykonawca nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej.
Zmiana warunku udziału w postępowaniu będącego przedmiotem sporu dokonana przez zamawiającego w dniu 27 stycznia 2021 r. nie zmieniła jego brzmienia w aspekcie przedmiotu usług referencyjnych tj. konieczności wykonania usługi skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich oraz częściowo kręgu podmiotów na rzecz których usługi referencyjne mogły być wykonane, a także w zakresie liczby skanowanych stron - wymagania te znane były wykonawcom od momentu publikacji pierwotnego tekstu ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ 28 grudnia 2020 r.
Zamawiający w treści przedmiotowego warunku zniósł cenzus czasowy wykonania usług, zmniejszył liczbę wymaganych usług referencyjnych, wprowadził nowe podmioty na rzecz których dopuszczał realizację usług referencyjnych tj. sformułowanie „w ramach postępowań przeprowadzonych przez ministerstwo sprawiedliwości oraz dodał aspekt terytorialny do określenia podmiotów na rzecz których usługi referencyjne mogły być realizowane tj. sformułowanie „w krajach Unii Europejskiej". Niewątpliwie argumentacja odwołującego była w zasadniczej mierze nakierowana na zmianę warunku w zakresie wymaganego przedmiotu usług referencyjnych oraz rozszerzenia grupy podmiotów na rzecz których usługi mogły być realizowane, lecz zarzut w tym zakresie, za wyjątkiem określenia terytorium z którego mogą wywodzić się podmioty na rzecz których zrealizowano usługę, należy uznać za spóźniony.
W ocenie Izby odwołujący nie dochował należytej staranności oczekując zgody zamawiającego na zmianę spornego warunku przez zadawanie pytań a nie przez złożenie odwołania w terminie ustawowym. Wykonawca przy dochowaniu należytej staranności powinien skorzystać z przysługujących mu środków ochrony w terminie uwzględniającym datę pierwotnej publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w których zamawiający nie dopuścił usług skanowania akt innych niż sądowe lub prokuratorskie na rzecz jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury. Powoływanie się na uzyskanie prawa do złożenia odwołania kwestionującego te aspekty po zmianie warunku która ich nie obejmowała jest nieuprawnione, gdy ż zaskarżenie tych aspektów warunku było możliwe od momentu jego pierwotnej publikacji.
Reasumując Izba stwierdza, że termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i przyznanie odwołującemu prawa do zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ w zakresie opublikowanym w dniu 28 grudnia 2020 r. dopiero w dniu 8 lutego 2021 r. wobec obowiązywania 10 dniowego terminu na wniesienia odwołania jest niedopuszczalne i stanowiłoby nadużycie prawa.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszeń o zamówieniu, zmiany ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej zmian. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak

również oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone w piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 marca 2021 r.

Strony i uczestnicy w toku postępowania złożyli poniższe dowody, które Izba oceniła w następujący sposób:

Wykonawca ArchiDoc S.A. powołał następujące dokumenty:

1. specyfikacje istotnych warunków zamówienia wraz z ogłoszeniami o udzieleniu zamówienia w postępowaniach nr ZP/SR/08/17 i ZP/SR/09/20 prowadzonych przez zamawiającego Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania
2. mapa wraz z zaznaczeniem miejsc oraz załączonymi do niej adresami działalności prowadzonej przez OASIS Group do której należy ArchiDoc S.A. – Izba dopuściła ten dowód, stwierdzając, iż dowód ten potwierdza internacjonalność działalności grupy kapitałowej do której należy odwołujący,
   wykaz zamówień zrealizowanych przez ArchiDoc S.A. dla jednostek sądowych, prokuratur oraz ministerstwa sprawiedliwości – dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, dokument prywatny strony,
3. zestawienie cen ofertowych złożonych w postępowaniu o zamówienie publiczne na „Świadczenie kompleksowych usług pocztowych, usług archiwizacyjnych i usług towarzyszących w Głównym Inspektoracie Transportu Drogowego" – część II, nr postepowania BDG.ZPB.230.13.2020 prowadzonym przez Główny Inspektorat Transportu Drogowego wraz z wydrukiem ogłoszenia o zamówieniu dla ww. postępowania - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Zamawiający wnioskował o przeprowadzenie dowodów z:

1. analizy ryzyka w zakresie projektu digitalizacji akt w Sądzie Rejonowym dla m.st. Warszawy w odniesieniu do sposobu realizacji projektu oraz wymagań stawianych potencjalnym wykonawcom, na okoliczność konieczności posiadania doświadczenia przez wykonawcę, zakresu i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz ewentualnych skutków dla Zamawiającego braku doświadczenia wykonawcy – w zakresie wnioskowanym dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, albowiem w zakres rozpoznania odwołania nie wchodzi ocena żądanego przedmiotu usług referencyjnych, oraz wskazania podmiotów na rzecz których usługi referencyjne mogły być wykonane tj. jednostek sądownictwa powszechnego lub jednostek prokuratury i dalszego rozszerzenia kręgu tych podmiotów. Jednakże, w związku z tym, iż zamawiający powoływał się na ten dokument jako dokument leżący u podstaw sformułowania spornego warunku udziału w postepowaniu, Izba uwzględniła ten dokument odnośnie rozumienia warunku doświadczenia i uznała, że może on stanowić swoistą wykładnię autentyczną.
2. linków z ogłoszeń o zamówieniu/wydruków tych ogłoszeń załączonych do odpowiedzi na odwołanie i wskazanych w pkt 2 tezy dowodowej postawionej w odpowiedzi na odwołanie na fakt przeprowadzenia na obszarze UE postępowań na usługi scanowania akt sądowych oraz istnienia wykonawców spełniających wymagania postawione przez Zamawiającego – Izba nie dopuściła tego dowodu, gdyż przedłożone dokumenty zawierają istotne treści (np. nazwa zamawiającego, nazwa postępowania czy też jego krótki opis) w językach obcych a ich tłumaczenie zgodnie z art. 506 ust. 2 nPzp nie zostało przedłożone. W ocenie Izby nieistotne jest oznaczenie tych dokumentów oznaczeniem PL tj. jako sporządzone w języku polskim, gdyż nie zmienia to faktu, iż ich ważne treści nie zostały przetłumaczone na język polski.
3. wydruk ze strony internetowej odwołującego – dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Wykonawca Digital - Center powołał następujące dokumenty:

1. analiza grupy specyfikacji przetargowych dotyczących digitalizacji różnych typów dokumentacji – dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania,
2. wydruki ze strony internetowej odwołującego - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania,
3. wydruki ze stron internetowych www.innpoland.pl oraz dot. systemu digitalizacji akt wdrażanego w Prokuraturze Krajowej - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania, wydruki dot. informacji nt. zakupu systemu informatycznego, a nie usług skanowania.

W zakresie, w którym odwołanie podlega rozpoznaniu jest zasadne i jako takie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp tj. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej, w związku z
- art. 22 ust. 1a ustawy Pzp tj. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, w związku z
- art. 22d ust. 1 ustawy Pzp tj. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, w związku z
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W kwestiach ogólnych Izba stwierdziła, że oceny warunku udziału w postępowaniu należy dokonać przez pryzmat przedmiotu zamówienia, a nie indywidualnych możliwości konkretnego wykonawcy zainteresowanego realizacją usługi, gdyż to nie interes wykonawcy powinien w tym zakresie determinować ocenę warunku, ale cel któremu służyć ma postawiony warunek udziału w postępowaniu. Natomiast zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Należy zatem odróżnić określenie przedmiotu zamówienia od warunków udziału w postępowaniu, które zawsze muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwiać ocenę wykonawcy, pod kątem jego zdolności do należytego wykonania zamówienia. Nie oznacza to jednak, iż warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, istotne jest aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji. Decyzja w zakresie ustanowienia warunku, jego rodzaju, rozmiaru czy zakresu, należy do zamawiającego. To na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność, za ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu

w taki sposób, aby każdy wykonawca, który wykaże się spełnieniem warunku, mógł być jednocześnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia (tak Izba w wyroku z dn. 23 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 550/20). Ponadto jak wskazano w wyroku KIO dnia 16 sierpnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1500/19 Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych poprzez ich minimalny poziom. Zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu. Podobnie Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 1 sierpnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1342/19 gdzie wskazała, iż zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. W kwestii konieczności przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE w wyroku z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ECLI:EU:C: 2009:808, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECLI:EU:C:2005:644, TSUE orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Niemniej 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.

W ocenie Izby warunek w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych w brzmieniu nadanym mu zmianą dokonaną w dniu 27 stycznia 2021 r. w zakresie dopisania sformułowania „w krajach Unii Europejskiej", nie jest niezbędnym dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Fakt ten potwierdza pośrednio, również złożona przez zamawiającego jako dowód, analiza ryzyka z dn. 18 grudnia 2020 r. (chociaż na potwierdzenie innych okoliczności), z której wynika, iż już w tej dacie tj. przed publikacją pierwotnego ogłoszenia o zamówieniu, jednostki merytoryczne zamawiającego rekomendowały jako minimalny poziom doświadczenia „realizację skanów materiału aktowego spraw sądowych lub prokuratorskich na terenie UE", i pomimo takiej rekomendacji zamawiający nie zdecydował się na wprowadzenie wymagania „terytorialnego" do pierwotnego ogłoszenia i SIWZ. Wskazanie „w krajach Unii Europejskiej" bezspornie stanowi element warunku udziału w postępowaniu sprzeczny z zasadą proporcjonalności oraz obiektywnie prowadzącym do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji. Chociażby ze względu na brak możliwości wykorzystania przez wykonawców wchodzących w skład międzynarodowych grupy kapitałowych, potencjału do nawiązywania kontaktów handlowych z partnerami spoza Unii Europejskiej np. z krajów Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił argumentacji, która by obiektywnie i merytorycznie uzasadniała wprowadzone ograniczenie.

Nie sposób zgodzić się z zamawiającym, iż wprowadzone przez niego zmiany w treści warunku rozszerzały krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie – tak niewątpliwie było w przypadku obniżenia ilości wymaganych usług oraz wprowadzenia dodatkowego podmiotu na rzecz którego usługi referencyjne mogły być realizowane, co pozostaje irrelewantne dla niniejszego postępowania odwoławczego, lecz wprowadzenie do warunku wymogu aby usługi te były realizowane na rzecz określonych podmiotów w krajach Unii Europejskiej, na kilka dni przed upływem terminu składnia ofert, niewątpliwie zawężał krąg tych wykonawców (uprzednio warunek w tym zakresie była warunkiem otwartym – nie dookreślonym terytorialnie). W tym zakresie Izba w całej rozciągłości popiera stanowisko odwołującego i wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po jego stronie. Przepisy ustawy Pzp nie uprawniają do zawężenia terytorialnego w zamówieniach, jeśli ze specyfiki i szczególnych uwarunkowań tych zamówień nie wynika, iż takie ograniczenie znajduje obiektywne uzasadnienie. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał zasadności dokonanego ograniczenia. W szczególności nie przedstawił żadnych dowodów na odrębność usług skanowania dokumentów w postaci akt sądowych bądź prokuratorskich świadczonych na rzecz określonych podmiotów w krajach Unii Europejskiej od świadczenia tego typu usług na rzecz określonych podmiotów w krajach innych niż kraje Unii Europejskiej. Wobec powyższego ograniczenie możliwości spełnienia warunku w oparciu o usługi wykonane dla określonych podmiotów w krajach Unii Europejskiej jest bezpodstawne.

Stosownie do art. 555 nPzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, jednocześnie stosownie do art. 552 nPzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Biorąc pod uwagę przytoczone przepisu, Izba uznała, że podczas wyrokowania nie mógł być pominięty fakt, iż Zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego dokonał czynności faktycznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia w postaci otwarcia ofert. W związku z tym oraz z dyspozycją art. 554 ust. 3 nPzp Izba uwzględniła odwołanie lecz z uwagi na etap na jakim aktualnie znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia, stwierdziła, że brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Żądania odwołania są niemożliwe do zrealizowania na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego zasadne było stwierdzenie wyłącznie naruszenia przepisów.

Jednocześnie Izba wskazuje, że co prawda przepisy ustawy Pzp oraz analogicznie nPzp nie zakazują Zamawiającemu dokonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sytuacji gdy równolegle toczy się postępowanie odwoławcze przed Izbą, jednakże w ocenie Izby uzasadnione jest wstrzymanie dokonywania przez zamawiającego czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia, które w skutkach swych są nieodwracalne, do czasu wydania orzeczenia przez Izbę. Aktualnie w niniejszym postępowaniu o zamówienie, w wyniku działań zamawiającego zaistniało nieusuwalne naruszenie przepisów ustawy Pzp, wobec czego, w ocenie Izby zamawiający powinien rozważyć

zaistnienie w przedmiotowym postępowaniu przesłanek z art. 93 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 554 ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……