Sygn. akt: KIO 882/22

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez odwołującego ZETO Projekt Sp. z o. o. w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez

zamawiającego Gminę Miasta Braniewo w Braniewie przy udziale wykonawcy Centrum Informatyki "ZETO" S. A. w Białystoku przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentacji części I postępowania poprzez usunięcie z warunków udziału w postępowaniu:

1.1. wymagania dotyczącego posiadania przez kierownika projektu wiedzy

i doświadczenia z zakresu zarządzania ryzykiem projektowym potwierdzonej

certyfikatem M_o_R Practitioner (Management of Risk) lub innym

równoważnym certyfikatem potwierdzającym wiedzę i doświadczenie z zakresu warunków efektywnego zarządzania ryzykiem, polityki i strategii zarządzania ryzykiem, identyfikacji ryzyka i jego kontekstu, pomiaru efektów

zarządzania ryzykiem oraz zarzadzania ryzykiem kontraktowym i finansowym,

1.2. wymagania dotyczącego dysponowania co najmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję specjalisty ds. cloud - co najmniej jedną osobą, która posiada minimum trzyletnie doświadczenie jako programista systemów informatycznych, minimum trzyletnie doświadczenie jako programista rozwiązań opartych o architekturę cloud oraz certyfikat Microsoft Certified Solution Developer (MCSD) lub równoważny, a także brała udział jako specjalista ds. rozwiązań cloud w co najmniej jednym projekcie,

1.3. wymagania dotyczącego posiadania aktualnego certyfikatu ISO 27018,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Miasta

Braniewo w Braniewie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego ZETO Projekt Sp. z o. o. w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miasta Braniewo w Braniewie na rzecz odwołującego ZETO Projekt Sp. z o. o. w Olsztynie kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

wyroku z dnia 19 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 882/22

Zamawiający - Gmina Miasta Braniewa ul. Kościuszki 111, 14-500 Braniewo, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i uruchomienie niezbędnej infrastruktury IT", podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 18 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 055-142615, zwane dalej „postępowaniem".

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 28 marca 2022 r. odwołanie wobec treści dokumentacji postępowania w części I wniósł wykonawca ZETO Projekt Sp. z o. o. ul. Seweryna Pieniężnego 6/7, 10-005 Olsztyn (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 112 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłową ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, określonej jako minimalne poziomy zdolności, tzn. poprzez wskazanie wymogu dot. posiadania M_o_R Practitioner (Management of Risk) lub równoważnego podczas, gdy nie jest on niezbędny do wykonania przedmiotu zamówienia i ma charakter odcinający, a także wskazanie wymagania dot. dysponowania co najmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Specjalisty ds. cloud oraz wymagania dot. posiadania certyfikatów ISO 27001 oraz ISO 27018, obejmujących bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych w chmurach obliczeniowych, podczas gdy treść opisu przedmiotu zamówienia dla Części I Postępowania nie wskazuje na to, że dot. on rozwiązań chmurowych.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SWZ w następujący sposób:

1. wykreślenie z pkt IV ppkt 4 zdolność techniczna lub zawodowa, lit. e, dla części

I postępowania, części wymogu w treści oraz posiadającą wiedzę i doświadczenie z zakresu zarządzania ryzykiem projektowym, potwierdzoną certyfikatem M_o_R Practitioner (Management of Risk) lub innym równoważnym potwierdzającym wiedzę i doświadczenie z zakresu: warunków efektywnego zarządzania ryzykiem, politykę

i strategię zarządzania ryzykiem, identyfikację ryzyka i jego kontekstu, pomiar efektów zarządzania ryzykiem, zarzadzanie ryzykiem kontraktowym i finansowym.",

2. wykreślenie z pkt IV ppkt 4 zdolność techniczna lub zawodowa, lit. g, dla części I postępowania w treści „Wykonawca musi dysponować co najmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Specjalisty ds. cloud. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże co najmniej jedna osobę, która posiada min. 3 - letnie doświadczenie jako programista systemów informatycznych, posiada min. 3 - letnie doświadczenie jako programista rozwiązań opartych o architekturę cloud oraz posiada certyfikat Microsoft Certified Solution Developer (MCSD) lub równoważny, a także brała udział jako specjalista ds. rozwiązań cloud w co najmniej jednym projekcie (z podaniem nazw, przedmiotu i zakresu." oraz odpowiednią modyfikację załącznika nr 4 do SWZ wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia,

3. wykreślenie z pkt IV ppkt 4 zdolność techniczna lub zawodowa, dla części I postępowania wymogu w treści - „Wykonawca spełni warunek dla I części zamówienia, jeżeli wykaże, że posiada aktualny certyfikat ISO 27001 oraz ISO 27018, obejmujące bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych w chmurach obliczeniowych". oraz wykreślenie wymogu z pkt VI ppkt 2. podmiotowe środki dowodowe dot. I i II części zamówienia, ppkt 5, lit. j SWZ w treści „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia: (...) lit. j) aktualnych certyfikatów ISO 27001 oraz ISO 27018 dla I części zamówienia, obejmujących bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych w chmurach obliczeniowych".

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.

I. Wymaganie od kierownika projektu posiadania certyfikatu M_o_R Practitioner (Management of Risk) lub innego równoważnego, przy jednoczesnym wymaganiu certyfikatu Prince 2 (lit. e ppkt 4 pkt IV SWZ).

Przedmiotowe postępowanie jest jednym z wielu postępowań realizowanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko - Mazurskiego na lata 2014-2020, w których odwołujący z sukcesem składa oferty. Swoim przedmiotem, w zakresie części I, postępowanie nie różni się zbytnio od innych tego typu postępowań organizowanych przez gminy podobne do zamawiającego, mające niejako takie same potrzeby. Biorąc pod uwagę, że dokumentacja postępowania jest często tworzona przez tych samych inżynierów kontraktu, SWZ w różnych postępowaniach, w wielu fragmentach są wręcz bliźniacze. Z wiedzy odwołującego wynika, że po raz pierwszy widzi, aby SWZ na przedmiot zamówienia objęty postępowaniem zawierał kwestionowane wymogi, jak wymóg dotyczący posiadania osoby będącej kierownikiem projektu, mającej certyfikat M_o_R Practitioner (Management of Risk) lub równoważny.

W ocenie odwołującego legitymowanie się posiadaniem takiej osoby w żaden sposób nie wpłynie na należyte wykonanie zamówienia. Postawienie tego wymogu stoi w sprzeczności do podstawowej zasady wydatkowania środków unijnych - zasady konkurencyjności. Dla wielu wykonawców, w tym dla odwołującego jest to wymóg wręcz odcinający, co wpłynie na zmniejszenie ilości ofert złożonych w postępowaniu. Należy mieć przy tym na uwadze, że odwołujący jest liderem tego typu wdrożeń na rynku. Postawienie spornego wymogu, przy jednoczesnym wymaganiu posiadania wiedzy i doświadczenia z zakresu zarządzania projektami potwierdzonej ważnym certyfikatem Prince2 Practitioner lub równoważnym jest zdaniem odwołującego bezcelowe.

Stopień skomplikowania postępowania, biorąc pod uwagę niejako seryjność tego typu postępowań, w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, że wymaganie w zakresie osoby kierownika projektu posiadania certyfikat M_o_R Practitioner (management of risk) jest niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, a przecież taki jest cel stawiania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający swym działaniem narusza zatem zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

II. Wymaganie dotyczące rozwiązań chmurowych, pomimo że nie są one przedmiotem zamówienia dla części I postępowania (lit. g ppkt 4 pkt IV SWZ, lit. j ppkt 5 pkt VI SWZ).

Zamawiający podzielił zamówienie na dwie odrębne części, które są dwoma odrębnymi zamówieniami. W OPZ dla części I postępowania nie znajdują się wymagania, które wskazują na umieszczenie przedmiotu zamówienia w chmurze, więc wymaganie dysponowania przez wykonawcę specjalistą ds. cloud i certyfikatami ISO 27001 oraz ISO

27018 jest bezpodstawne.

W pkt 2.1. załącznika nr 5 do SWZ wymagania ogólne 2.1. wymagania realizacji przedmiotu zamówienia wskazano 1. oprogramowanie aplikacyjne jest to oprogramowanie wdrażane w ramach przedmiotowego zamówienia, istniejące i dystrybuowane przez wykonawcę, niezależnie od niniejszego zamówienia, w tym modyfikowane i rozbudowywane na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Do oprogramowania aplikacyjnego zalicza się: Centralna Platforma e-Usług Mieszkańca, elektroniczny system obiegu dokumentów, zmodernizowany system dziedzinowy, system informacji przestrzennej, system do zarządzania umowami/projektami, system e-zamówień, ponadto oprogramowanie funkcjonujące w jednostce zamawiającego, o ile jego modyfikacja bądź rozbudowa stanowi przedmiot umowy oraz oprogramowanie wytworzone w trakcie realizacji umowy powstałe

w wyniku prac programistycznych na potrzeby uruchomienia systemu. Dostarczane

oprogramowanie musi w całości posiadać polskojęzyczny interfejs i instrukcję obsługi w języku polskim. W języku polskim muszą być również wyświetlane wszystkie komunikaty przekazywane przez system, włącznie z komunikatami o błędach. W ramach zamówienia wykonawca jest zobowiązany do instalacji, konfiguracji i wdrożenia całego systemu

informatycznego.

Natomiast w SWZ zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu związane z rozwiązaniami chmurowymi, gdy przedmiot zamówienia dla części I o takim wdrożeniu systemu w chmurze nie wspomina. Niezależnie - nawet gdyby przedmiot zamówienia odnosił się do wdrożenia systemu w chmurze - to postawione wymogi należy również wskazać za nadmiarowe, które w żaden sposób nie zwiększają gwarancji należytego wykonania zamówienia, a jedynie ograniczają w sposób nieuzasadniony konkurencyjność w postępowaniu.

Odwołujący dodał, że warunki udziału w postępowaniu, jak wynika wprost z przepisów ustawy p.z.p., powinny określać minimalny poziom zdolności wykonawcy, jakiego oczekuje dany zamawiający dla wykonania przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu w żaden sposób nie można uznać, że wykonawcy realizujący zamówienia o określonym przedmiocie i wartości, nie posiadający osoby kierownika projektu

z certyfikatem M_o_R Practitioner (Management of Risk), specjalisty ds. cloud, czy certyfikatów ISO 27018 oraz ISO 27018 obejmujących bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych w chmurach obliczeniowych, nie są zdolni do wykonania przedmiotu

zamówienia dla części I postępowania. W ocenie odwołującego kwestionowane warunki nie mają żadnego merytorycznego uzasadnienia i nie są w żaden sposób proporcjonalne do przedmiotu zamówienia obejmującego część I, co zdaniem odwołującego potwierdza orzecznictwo wskazane w odwołaniu. Zaś proponowane zmiany treści warunków udziału w przetargu nie spowodują dopuszczenia do udziału wykonawców nie dających rękojmi należytego wykonania zamówienia, o niskim lub niewystarczającym poziomie kwalifikacji i doświadczenia wykonawców. Wręcz przeciwnie, żądane zmiany dokumentacji postępowania zagwarantują zachowanie zasady konkurencyjności, z korzyścią dla zamawiającego, który otrzyma większą ilość ofert.

Ponadto, w dniu 14 kwietnia 2022 r. odwołujący przedłożył stanowisko procesowe, w którym dokonano modyfikacji żądania nr 3 w następujący sposób: a) usunięcie z wymogu pkt IV warunki udziału w postępowaniu, ppkt 4 dla części I zamówienia SWZ treści: oraz ISO 27018, obejmujące bezpieczeństwo przetwarzania danych w chmurach obliczeniowych, b) usunięcie z wymogu pkt VI ppkt 2. podmiotowe środki dowodowe dot. I i II części zamówienia, ppkt 5, lit. j SWZ w treści „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia: lit. j) treści: oraz ISO 27018 dla I części zamówienia, obejmujących bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych w chmurach obliczeniowych". Reasumując, odwołujący wskazał, że nie kwestionuje już wymogu w zakresie wymagania od wykonawcy certyfikatu ISO 27001.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu, zgodnie z zestawieniem kosztów i fakturą, które zostały złożone na rozprawie.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający

dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Centrum Informatyki "ZETO" S. A. ul. Skorupska 9, 15-048 Białystok (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego.

Izba oddaliła zgłoszoną przez odwołującego opozycję przeciwko przystąpieniu stwierdzając, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego powinien być rozumiany szeroko, a ustawodawca w sposób świadomy, mając na uwadze zasady zupełności i racjonalności systemu prawa, rozróżnił przesłankę materialnoprawną interesu z art. 505 ust. 1 p.z.p. i art. 525 ust. 1 p.z.p., gdzie „Aby interwenient uboczny uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, musi mieć interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Ustawa nie wymaga jednak, aby był to wyłącznie interes prawny. Lege non distinguente za wystarczający należy uznać interes faktyczny, musi on jednak pozostawać w adekwatnym z związku z odwołaniem strony, do której interwenient przystępuje. W orzecznictwie Izby jednolicie przyjmuje się szerokie postrzeganie tego interesu”. (tak J. Jerzykowski [w:] Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505 - 590 ustawy Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 525, LEX).

Powyższe jest spójne z koniecznością zapewnienia efektywnej ochrony sądowej, która jest zasadą wywodzoną z TFUE, jako zasada ogólna prawa unijnego. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie 222/84 wskazał, że stanowi ona warunek konieczny dla zasady skuteczności prawa Unii Europejskiej. (tak W. Dzierżanowski, Prawo do sądu w Unii Europejskiej [w:] Prawo do sądu w zamówieniach publicznych, Warszawa 2018, str. 25, por. także wyroki TSUE C-406/08 i C-440/13, gdzie stwierdzono, że regulacje unijne stanowią gwarancję istnienia efektywnych środków ochrony prawnej zapewniających skuteczne wykonanie prawa zamówień publicznych).

W ocenie składu orzekającego wykładnia norm dotyczących postępowania odwoławczego powinna zmierzać do rozszerzenia ochrony prawnej przedsiębiorców, celem zapewnienia im skutecznej ochrony sądowej, przejawiającej się także poprzez zapewnienie prawidłowego kręgu uczestników postępowania odwoławczego. Przystąpienie po stronie zamawiającego umożliwi wykonawcy zgłaszającemu przystąpienie próbę obrony aktualnego brzmienia SWZ, co jego zdaniem ma bezpośredni wpływ na możliwość uzyskania przez niego zamówienia. W przystąpieniu podnoszono iż żądania sformułowane w odwołaniu są całkowicie bezzasadne, a uwzględnienie środka ochrony prawnej będzie wpływało na sytuację wykonawcy w postępowaniu, co jest zbieżne z uzyskaniem rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, który podjął się obrony ukształtowanej przez siebie treści dokumentacji postępowania. Odwołujący zaś nie uprawdopodobnił, iż przystępujący nie posiada interesu w oddaleniu odwołania.

Izba wskazuje również, że w dniu 1 kwietnia 2022 r. wykonawca HyperView Sp. z o. o. ul. Chorzowska 50, 44-100 Gliwice zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W dniu 13 kwietnia 2022 r. wykonawca złożył oświadczenie o wycofaniu swojego przystąpienia. W ustawie p.z.p. i przepisach wykonawczych do ustawy nie ma regulacji zakazującej odstąpienie od przystąpienia do postępowania odwoławczego, stwierdzić więc należy, że co do zasady cofnięcie przystąpienia jest dopuszczalne. Wykonawca może kształtować swoją sytuację procesową według własnej woli, zgodnie ze składanymi oświadczeniami procesowymi i nie ma żadnych przeszkód, aby wycofać oświadczenie o przystąpieniu. Normy p.z.p. nie przewidują też terminu, dodatkowych wymagań czy specjalnej formy dla cofnięcia zgłoszenia przystąpienia. Oświadczenie z dnia 13 kwietnia 2022 r. zostało Izbie właściwie doręczone i złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy, zatem skład orzekający uznał je za skuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu,

odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Osią sporu była weryfikacja prawidłowości ukształtowania warunków udziału w przetargu, ponieważ odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. podnosząc, że zostały one określone w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłową ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, poprzez postawienie wymogu dotyczącego posiadania certyfikatu Management of Risk (dalej zwanego „MoR") lub równoważnego, kiedy nie jest on niezbędny do wykonania zamówienia i ma charakter odcinający, a także postawienie wymagania dotyczącego dysponowania co najmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję specjalisty ds. cloud oraz wymogu dotyczącego posiadania certyfikatu ISO 27018, podczas gdy opis przedmiotu zamówienia dla części I postępowania nie dotyczy rozwiązań chmurowych.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu - stwierdził, że postawione czynnościom zamawiającego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie zostało uwzględnione, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu dokonania zmian dokumentacji postępowania w sposób wskazany w sentencji orzeczenia.

W ramach uwag ogólnych Izba wskazuje, że zgodnie z art. 112 ust. 1 p.z.p. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zatem to na zamawiającym, ustalającym wymagane zdolności podmiotowe, które mają bezpośredni wpływ na możliwość ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, ciąży obowiązek zapewnienia, aby postawione wymogi pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, eliminując podmioty przypadkowe, które nie dają gwarancji prawidłowej realizacji umowy. Jednocześnie ustawodawca ogranicza swobodę gospodarza postępowania zakazując mu stawiania wymogów, które są nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczające uczciwą konkurencję czy wykraczające poza cel podmiotowej weryfikacji wykonawcy.

Każdy warunek udziału w postępowaniu musi więc zostać przez zamawiającego merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. Nie można mówić o potencjale do wykonania zamówienia w sposób hipotetyczny, bez powiązania go z konkretnym świadczeniem, które ma zostać zrealizowane w ramach wykonania danej umowy, tak by możliwa była rzeczywista weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, o które się ubiega. Jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny „Prawidłowe określenie warunków i wymogów w ogłoszeniu o zamówieniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych." (tak. wyrok NSA z 20.04.2017 sygn. akt II GSK 2633/15, LEX nr 2303258).

Ponadto w ocenie Izby, co do zasady, każdy warunek podmiotowy prowadzi do

ograniczenia dostępu do wzięcia udziału w postępowaniu. Niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu - co wynika z konieczności zachowania zasad naczelnych określonych w art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. O ustanowieniu warunku podmiotowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy zostanie on określony na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy. Zaś nieproporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to wprowadzenie ograniczenia w dostępie do przetargu, które jest nieuzasadnioną barierą - nie zaś wymogiem koniecznym do osiągnięcia zakładanego celu zamówienia - pomijającą konieczność zapewnienia symetrii pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać bezpodstawnie wyeliminowani z udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego rozpoznawanym środkiem zaskarżenia, Izba wskazuje, że zamawiający nie był w stanie rzeczowo i merytorycznie uzasadnić postawionych wymogów, zaś z drugiej strony odwołujący przekonująco i racjonalnie, w oparciu o warunki realizacji zamówienia i praktykę rynkową, zanegował wymaganą przez zamawiającego nadmierną zdolność zawodową.

Odwołujący kwestionował warunek udziału w przetargu dotyczący wymagania posiadania przez kierownika projektu wiedzy i doświadczenia z zakresu zarządzania ryzykiem projektowym potwierdzonej certyfikatem MoR lub równoważnym (potwierdzającym wiedzę i doświadczenie z zakresu warunków efektywnego zarządzania ryzykiem, polityki i strategii zarządzania ryzykiem, identyfikacji ryzyka i jego kontekstu, pomiaru efektów zarządzania ryzykiem oraz zarzadzania ryzykiem kontraktowym i finansowym) będącym wymogiem dotyczącym zdolności zawodowej wykonawcy z pkt IV ppkt 4 lit. e dokumentacji części I postępowania.

Zarówno zamawiający, jak i przystępujący przedłożyli dokumenty wyjaśniające czym jest kwestionowany certyfikat MoR, niemniej dowody te nie wykazują, że dla tego konkretnego postępowania, o szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia określonym w dokumentacji przetargu, posiadanie rzeczonego certyfikatu przez kierownika projektu jest niezbędne do należytego wykonania umowy. Innymi słowy, samo przedstawienie szczegółowych informacji dotyczącym certyfikatu MoR nie spowodowuje, że wymóg ten zostanie uznany za uzasadniony na kanwie danej SWZ. Zamawiający powinien bowiem powiązać postawiony przez siebie wymóg dotyczący kompetencji, które potwierdza sporny certyfikat, z ustalonymi fragmentami opisu przedmiotu zamówienia, tak aby Izba mogła zweryfikować czy wymaganie posiadania certyfikatu MoR (lub certyfikatu równoważnego) jest powiązane z konkretnym czynnościami, które wykonuje kierownik projektu, a tym samym czy jest to certyfikat, który jest bezpośrednio związany z przedmiotem umowy i dalej czy jest on niezbędny do właściwej realizacji zamówienia. Natomiast w dalszej kolejności - o ile zamawiający zdecydowałby się przenieść postawiony wymóg na konkretną treść dokumentacji przetargu - czy postawienie takiego warunku udziału w przetargu jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nienadmierne i nie zaburza uczciwej konkurencji w postępowaniu, czego w stanowisku zamawiającego zabrakło.

Zamawiający co prawda odnosił się w sposób ogólny do skomplikowania przedmiotu zamówienia, priorytetowego charakteru usług publicznych objętych zamówieniem czy wartości zamówienia, jednakże umknęło uwadze strony, że każdy warunek udziału w przetargu winien być ściśle związany nie tyle ze znaczeniem i wagą przedmiotu zamówienia - co też nie było kwestionowane, ale z konkretnymi, jednoznacznie określonymi w SWZ tu czynnościami kierownika projektu, do których prawidłowej realizacji niezbędny będzie certyfikat MoR. W szczególności, że dość oszczędna argumentacja zamawiającego o konieczności wyposażenia kierownika projektu w kompetencje umożliwiające lepsze zarządzenie ryzykiem w projekcie, co według jednostki zamawiającej wiąże się z poprawą efektywności projektu, dotyczy raczej umiejętności pożądanych przez organizatora przetargu, a nie kwalifikacji, bez których nie dojdzie do należytej realizacji umowy. Zamawiający zdaje się mylić warunki udziału w przetargu z wymaganiami przez siebie preferowanymi, które jego zdaniem mogłyby spowodować lepszą realizację zamówienia. Ustawa p.z.p. umożliwia zamawiającym dodatkowe premiowanie za takie kompetencje, które nie są konieczne dla prawidłowego wykonania umowy, a wpłynęłyby na np. lepszą jakość świadczenia usługi, jednakże nie jest to instytucja warunków udziału w postępowaniu, które dotyczą minimalnych poziomów zdolności podmiotowych ograniczających złożenie oferty w postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że wymóg legitymowania się kierownikiem projektu, który posiada omawiany certyfikat, w żaden sposób nie wpłynie na należyte wykonanie zamówienia, a jedynie spowodowuje nieuprawnione ograniczenie konkurencji, które skutkuje składaniem w postępowaniach o takim wymogu oferty tylko przez jednego wykonawcę. Na dowód powyższego przedstawiono informację z otwarcia ofert w postępowaniu ZWiK w Mrągowie, w którym ofertę złożył jedynie Polski Instytut Rozwoju Sp. z o. o. w Warszawie (informacja z dnia 21.10.2021 r.), co istotne informacja ta dotyczy postępowania, na które wskazała jednostka zamawiająca podnosząc, że taki wymóg jest stosowany na rynku (SWZ ZWiK w Mrągowie z dnia 05.10.2021 r.). Złożenie tylko jednej oferty - przez wykonawcę Polski Instytut Rozwoju Sp. z o. o. w Warszawie, gdzie w SWZ wymagano dla kierownika zespołu posiadania certyfikatu MoR, wynika także z przedłożonego przez odwołującego wyciągu SWZ Miasta Chełm i informacji z dnia 13.04.2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu, którą złożył Polski Instytut Rozwoju Sp. z o. o. w Warszawie. Natomiast zamawiający nie zdecydował się na podważanie stanowiska odwołującego i podjęcie jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej w zakresie udowodnienia, że na rynku są inni wykonawcy niż Polski Instytut Rozwoju Sp. z o. o. w Warszawie, którzy są w stanie spełnić zaskarżone odwołaniem wymagania SWZ, czyli że ukształtowanie warunków udziału w przetargu nie powoduje ograniczenia konkurencji i de facto monopolu ww. wykonawcy.

Odwołujący przedłożył także listę projektów wybranych do dofinansowania w ramach konkursu finansowanego z Osi priorytetowej 3 Cyfrowy Region, Działanie 3.1 Cyfrowa dostępność informacji sektora publicznego oraz wysoka jakość e-usług publicznych Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020, gdzie nie znajdują się wymagania dotyczące certyfikatów MoR. Odwołujący zaznaczył, że niniejsze postępowanie, pod kątem przedmiotu zamówienia, nie różni się znacząco od innych zamówień ze złożonej listy. Dalej przedstawiono cztery wyciągi z SWZ: dla Gminy Działdowo, Gminy Lidzbark, Gminy Grunwald i Gminy Morąg, gdzie także nie postawiono wymogu posiadania przez kierownika projektu certyfikatu MoR - przy przedmiocie

zamówienia, który dotyczy publicznych e-usług. Ponadto odwołujący złożył fragment SWZ wraz z jej zmianą, dotyczący znacznego postępowania na świadczenie usług utrzymania projektu pn. Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania zasobów cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych (Projekt P1) i jego rozwój dla Centrum e-Zdrowia w Warszawie, co jak wyjaśniono dotyczy utrzymania i rozwoju systemu kluczowego dla funkcjonowania systemu ochrony zdrowia w Polsce odpowiadającego za e-recepty i system szczepień, gdzie zamawiający nie zawarł żadnych wymogów dla kierownika projektu co do certyfikatu MoR, wymagano jedynie kompetencji potwierdzonych certyfikatem Prince 2.

Powyższe dowody wskazują na pewną praktykę rynkową zamawiających, którzy realizują podobne lub znacznie większe projekty dotyczące e-usług i nie stawiają warunków legitymowania się przez wymagany potencjał kadrowy certyfikatem MoR (dodatkowo wynika to także z dowodu złożonego przez zamawiającego - SWZ Województwa Podlaskiego, dotyczącego rozwoju e-usług, gdzie nie wymagano certyfikatu MoR). Jednakże złożonego przez odwołującego materiału dowodowego nie było z czym skonfrontować, ponieważ zamawiający, który twierdził, że jest to wymóg powszechnie stosowany na rynku, ograniczył się do przedłożenia tylko jednej SWZ potwierdzającej jego stanowisko - specyfikacji ZWiK w Mrągowie, co jak wynika z szeregu dokumentacji postępowań, na które powołał się odwołujący, nie jest standardem na rynku nabywania publicznych e-usług, a wręcz działaniem marginalnym. Pomijając już, że ZWiK Mrągowo otrzymał ofertę jedynie od Polskiego Instytut Rozwoju Sp. z o. o. w Warszawie, zaś zamawiający nie udowodnił, aby jakikolwiek inny wykonawca spełniał sporny warunek udziału w postępowaniu, więc trudno uznać te postępowanie za miarodajny wzorzec, do którego należy dążyć.

Skład orzekający wskazuje dalej, że zamawiający podnosił, iż certyfikat MoR i także wymagany w przetargu certyfikat Prince 2 są certyfikatami komplementarnymi, jednakże okoliczność, że niezakwestionowany przez odwołującego certyfikat Prince 2 uzupełnia się z certyfikatem MoR nie spowodowuje, że postawiony sporny wymóg jest prawidłowy, proporcjonalny i posiada uzasadnienie w przedmiocie zamówienia. W szczególności, że nie udowodniono, aby kierownik projektu, który legitymuje się kompetencjami potwierdzonymi certyfikatem Prince 2, nie mógł należycie realizować umowy bez posiadania certyfikatu MoR. Natomiast z dowodu złożonego przez odwołującego dotyczącego postępowania dla Centrum e-Zdrowia w Warszawie wynika, że dla wymogu posiadania certyfikatu Prince 2 nie jest konieczne legitymowaniem się certyfikatem MoR - Centrum e-Zdrowia w Warszawie wymagało posiadania przez kierownika projektu wyłącznie certyfikatu Prince 2.

Konkludując, Izba stwierdziła, że wskazany w dokumentacji postępowania przez zamawiającego wymóg posiadania przez kierownika projektu spornego certyfikatu MoR

powoduje naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., ponieważ nie stanowi kwalifikacji zawodowych, które są niezbędne do należytej realizacji zamówienia. Jest to wymaganie nadmiarowe, nieproporcjonalne i w sposób nieuzasadniony ograniczające konkurencję w postępowaniu, zatem odwołanie w tym zakresie zostało uwzględnione.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu również nieprawidłowe postawienie wymagania z pkt IV ppkt 4 lit. g dokumentacji części I postępowania w przedmiocie dysponowania co najmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję specjalisty ds. cloud (posiada minimum trzyletnie doświadczenie jako programista systemów informatycznych, posiada minimum trzyletnie doświadczenie jako programista rozwiązań opartych o architekturę cloud oraz certyfikat Microsoft Certified Solution Developer lub równoważny, a także brała udział jako specjalista ds. rozwiązań cloud w co najmniej jednym projekcie) i nieuzasadnione wymaganie posiadania aktualnego certyfikatu ISO 27018 (pkt IV ppkt 4 - wykonawca spełni warunek dla I części zamówienia, jeżeli wykaże, że posiada aktualny (...) certyfikat ISO 27018 obejmujący bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych w chmurach obliczeniowych).

Część I postępowania dotyczy zakupu, instalacji, konfiguracji i wdrożenia centralnej platformy e-usług mieszkańca, Elektronicznego Systemu Obiegu Dokumentów, Systemu informacji przestrzennej, Systemu Zarządzania umowami, Systemu do obsługi rady, modernizacja Systemu Dziedzinowego oraz opracowanie API, a także przeprowadzenia szkoleń/instruktaży stanowiskowych i parametryzacji systemów - w szczególności zgodnie

ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia dla I części zamówienia (załącznik nr 5a do SWZ) i wzorem umowy (załącznik nr 6a do SWZ).

Zamawiający nie był w stanie wskazać jednoznacznych, konkretnych postanowień dokumentacji postępowania uzasadniającej wymóg dysponowania przez wykonawcę osobą, która posiada aż trzyletnie doświadczenie jako programista wskazany w pkt IV ppkt 4 lit. g SWZ, ponieważ takiej treści tam nie ma. W odpowiedzi na odwołanie powołano się na konieczność wdrożenia systemu centralnej platformy e-usług mieszkańca oraz systemu informacji przestrzennej wraz z digitalizacja zasobów i - według zamawiającego - dla ich prawidłowej realizacji (w szczególności zapewnienia bezpieczeństwa danych na wypadek awarii czy innych nieprzewidzianych zdarzeń) posługiwanie się technologami chmurowymi wydaje się faktem notoryjnym. Ponadto zamawiający argumentował, że przedmiot zamówienia obejmuje szereg zagadnień zwianych z koniecznością stosowania technologii chmurowych (korzystanie z ePUAPu), a logowanie pozwalające na korzystanie z e-usług odbywa się przez instrument realizowany w chmurze.

Krótko wskazać należy, ponieważ nie wymaga to szerokiego uzasadnienia, że czym innym jest programowanie rozwiązań opartych o architekturę cloud, a czym innym wdrożenie takich rozwiązań, co zresztą dotyczy raczej uzasadnienia dla wymagania dysponowania przez wykonawcę specjalistą ds. wdrożeń systemów dziedzinowych (pkt 4 ppkt 4 lit. h SWZ), a nie programistą rozwiązań opartych o architekturę cloud. Ponadto, to że jakiś element umowy jest luźno związany z zewnętrznymi rozwiązaniami chmurowymi (np. zaimplementowanie na potrzeby realizacji e-usług odpowiednich interfejsów integracyjnych dla platformy ePUAP, która jest uruchomiona w chmurze obliczeniowej) nie oznacza, że do realizacji umowy niezbędny jest programista o trzyletnim doświadczeniu, kompetencjach i umiejętnościach z pkt IV ppkt 4 lit. g SWZ lub koniecznym jest posiadanie przez wykonawcę certyfikatu ISO 27018 związanego z normą dotyczącą ochrony danych osobowych zgodnie z zasadami prywatności dla przetwarzania danych w chmurze publicznej (vide wydruk informacji dotyczących charakterystyki certyfikatu, który został złożony przez zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie).

Jak zaznaczono we wcześniejszej części uzasadnienia, każdy postawiony w SWZ wymóg powinien znaleźć bezpośrednie odzwierciedlenie w obowiązkach nałożonych na wykonawcę. Nie można wymagać od przedsiębiorcy wiedzy i doświadczenia personelu oraz certyfikatu ISO, które nie są niezbędne do wykonania zamówienia. Jeżeli zamawiający nie potrafi rzeczowo uzasadnić, wskazując na konkretne elementy realizacji umowy, do których wymagane byłoby posiadanie uprawnień i kompetencji programisty zgodnie z wymaganiami dotyczącymi pełnienia funkcji specjalisty ds. cloud oraz certyfikatu ISO 27018, to postawione wymogi nie mogą zostać uznane za uzasadnione, celowe i proporcjonalne.

Ponadto, w zakresie wymogu legitymowania się przez wykonawcę certyfikatem ISO 27018, zamawiający podnosił, że jest on standardowym dokumentem potwierdzającym doświadczenie w realizacji projektów informatycznych oraz gwarantującym bezpieczeństwo danych. Umknęło tylko uwadze zamawiającego, że w pierwszej kolejności powinien wykazać na kanwie SWZ, że taki wymóg jest celowy dla jego zamówienia, ponieważ o ile nawet mógłby to być pewien standard (czemu przeczy treść specyfikacji dotyczących e-usług Gminy Morąg, Gminy Grunwald, Gminy Działdowo, Gminy Lidzbark), to nie oznacza to, że dla danego postępowania jest to wymóg prawidłowy.

Także w zakresie tych wymagań odwołujący podnosił, że spowodują one złożenie oferty tylko przez jednego wykonawcę, powołując się na wyciąg SWZ Miasta Chełm i informację z dnia 13.04.2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu, którą złożył Polski Instytut Rozwoju Sp. z o. o. w Warszawie oraz na postępowanie ZWiKu w Mrągowie, gdzie także jako jedyną ofertę złożył ww. wykonawca. Zamawiający zaś nie udowodnił, że jakikolwiek inny wykonawca spełnia omawiany sporny warunek udziału w postępowaniu, czyli jest w stanie złożyć ofertę - tym samym nie wykazano, aby wymóg nie ograniczał konkurencji do jednego, wskazanego przez odwołującego wykonawcy.

Rekapitulując, zaskarżony przez odwołującego poziom warunków udziału w postępowaniu dotyczący wymaganej zdolności podmiotowej dysponowania specjalistą ds. cloud i posiadania certyfikatu ISO 27018 nie znajduje merytorycznego uzasadnienia w warunkach realizacji zamówienia. Zamawiający nie wykazał, aby ustanowił w przetargu wymogi dotyczące spornych kwalifikacji zawodowych, które byłyby proporcjonalne i niezbędne do prawidłowego wykonywania umowy, co powoduje, że potwierdziło się zarzucane zamawiającemu naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., więc odwołanie w tym zakresie zostało uwzględnione.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania

odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: