

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę InSolutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąd Najwyższy z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Sądowi Najwyższemu z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego InSolutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Sąd Najwyższy z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Sądu Najwyższego z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego InSolutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Zabrze kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Sąd Najwyższy z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wdrożenie, uruchomienie i utrzymanie zintegrowanego systemu informatycznego klasy ERP wspomagającego zarządzanie w Sądzie Najwyższym” (nr postępowania: KPP 111.2611.10.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 listopada 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 725372-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 22 kwietnia 2025 r. wykonawca InSolutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Zabrze (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu, zarzucając naruszenie:

- 1) art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 1 w zw. z art. 137 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że miał on nie wykazać spełnienia określonego w rozdz. III ust. 2 SWZ warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, jako że w świetle ww. warunku niedopuszczalne miało być jego spełnienie przez zsumowanie doświadczenia wykonawcy oraz podmiotu udostępniającego zasoby oraz że powinien go spełniać samodzielnie wykonawca albo podmiot trzeci, podczas gdy Odwołujący spełnia powyższy warunek udziału w postępowaniu, jako że w postępowaniu nie wyłączono możliwości jego spełnienia przez zsumowanie doświadczenia wykonawcy oraz podmiotu udostępniającego zasoby ani nie określono, że powinien go spełniać samodzielnie wykonawca albo podmiot trzeci, zaś Zamawiający powołał się na taką treść warunku udziału w postępowaniu dopiero na etapie badania i oceny oferty, czego konsekwencją jest zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

2)art. 255 pkt 2 Pzp - poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na odrzucenie wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, podczas gdy oferta złożona przez Odwołującego nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

Zamawiający w dniu 15 maja 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący w dniu 16 maja 2025 r. złożył pisemną replikę wraz z dowodami, podtrzymując stanowisko w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca, którego oferta została odrzucona z postępowania, a wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia tej czynności oraz do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść SWZ, ofertę Odwołującego oraz składane przez niego podmiotowe środki dowodowe, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego i o unieważnieniu postępowania. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do pisma Odwołującego z dnia 16 maja 2025 r., tj. wyciągów z SWZ oraz z ogłoszeń o zamówieniu w innych postępowaniach (lista załączników na str. 9 pisma) na okoliczność zastrzegania przez innych zamawiających w treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu zakazu sumowania doświadczenia wykonawcy i podmiotu trzeciego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP wspomagającego zarządzanie instytucją Zamawiającego. 1) Wdrożenie Systemu obejmuje następujące moduły/obszary działalności: Kadry; Płace; Finanse: księgowość, ewidencja, rejestr VAT, sprawozdawczość, plan i zaangażowanie; Środki Trwałe; Gospodarka Magazynowa; Portal Pracowniczy; 2) świadczenie usług utrzymania przez okres 24 miesiące (Serwis Gwarancyjny). Przedmiot zamówienia obejmuje także pełnienie Nadzoru Autorskiego w wymiarze 100 roboczogodzin. Opcjonalnie Zamawiający może w ramach Umowy zlecić dodatkowo 1400 roboczogodzin Nadzoru Autorskiego.

Zamawiający w Rozdziale III SWZ określił warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. (ust. 2) następujący warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - doświadczenie wykonawcy: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia dla dwóch różnych podmiotów (wartość każdego zamówienia nie może być mniejsza niż 3 600 000,00 zł brutto), których przedmiotem była dostawa, wdrożenie i utrzymanie przez min 6 miesięcy w jednostce sektora finansów publicznych systemu klasy ERP obejmującego co najmniej obszar finansowo-księgowy oraz kadrowo-płacowy.

Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu w wyznaczonym terminie zobowiązany był złożyć wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przed upływem terminu składania ofert Zamawiający zmodyfikował postanowienia Rozdziału III ust. 2 SWZ, nadając warunkowi dotyczącemu doświadczenia wykonawcy brzmienie: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w

tym okresie wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia dla dwóch różnych podmiotów (wartość każdego zamówienia nie może być mniejsza niż 3 600 000,00 zł brutto), w tym co najmniej jedno zamówienie dla jednostki sektora finansów publicznych, których przedmiotem była dostawa, wdrożenie i utrzymanie przez min 6 miesięcy systemu klasy ERP obejmującego co najmniej obszar finansowo-księgowy oraz kadrowo-płacowy.

W postępowaniu ofertę złożył tylko Odwołujący. Do oferty załączono zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (Dr IT Warszawa sp. z o.o.) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wskazując w treści wezwania, że: „zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, niedopuszczalne jest proste sumowanie doświadczenia przez kilka podmiotów. Doświadczenie w wykonaniu pojedynczych przedsięwzięć przez dwa różne podmioty nie jest bowiem tym samym, co doświadczenie jednego podmiotu w wykonaniu większej ilości tych przedsięwzięć (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2020 r., KIO 2005/20). Zamawiający tym samym zastrzega, że doświadczeniem, o którym mowa w rozdziale III ust. 2 SWZ musi w całości wykazać się wykonawca - Insolutions sp. z o. o. sp. k. albo podmiot trzeci, na którego zasoby wykonawca się powołuje.”

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył wykaz dostaw, w którym w poz. 1 i 2 wskazano dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu klasy ERP w jednostkach sektora finansów publicznych (Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, Zamek Królewski na Wawelu – Państwowe Zbiory Sztuki) realizowane przez podmiot udostępniający zasoby, a w poz. 3 dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu klasy ERP dla podmiotu niebędącego jednostką sektora finansów publicznych (Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH – Państwowy Instytut Badawczy) realizowaną przez Odwołującego.

Zamawiający pismem z 10 marca 2025 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu dostaw kwestionując zamówienie realizowane na rzecz Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau przez Dr IT Warszawa sp. z o. o. i wskazując na konieczność uzupełnienia wykazu dostaw o zamówienie spełniające warunek udziału w postępowaniu, w tym obejmujące co najmniej 6-miesięczny okres utrzymania systemu oraz do przedłożenia referencji lub innych dokumentów potwierdzających należytą realizację zamówienia w odpowiedniej formie zgodnie z rozporządzeniem w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. Ponadto wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonych referencji w zakresie dostawy realizowanej na rzecz Zamku Królewskiego na Wawelu – Państwowych Zbiorów Sztuki przez Dr IT Warszawa sp. z o. o. Zamawiający wezwał również Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy do wyjaśnienia lub uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy wykazu dostaw w zakresie dostawy realizowanej na rzecz Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego PZH – Państwowego Instytutu Badawczego z uwagi na realizację tego zamówienia w konsorcjum. W treści wezwania Zamawiający ponadto podkreślił, że „doświadczeniem, o którym mowa w rozdz. III ust. 2 SWZ musi w całości wykazać się wykonawca - Insolutions Sp. z o. o. Sp. k. albo podmiot trzeci, na którego zasoby wykonawca się powołuje. Uzupełniony wykaz dostaw powinien więc potwierdzać, że wykonawca albo podmiot trzeci, na którego zdolności wykonawca się powołuje, zrealizował dwa zamówienia o cechach określonych w rozdz. III ust. 2 SWZ.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył uzupełniony wykaz dostaw wskazujący w poz. 1, w miejsce projektu realizowanego na rzecz Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau przez Dr IT Warszawa sp. z o. o. informację o realizacji przez Odwołującego projektu wdrożenia systemu klasy ERP, którego przedmiotem była dostawa, wdrożenie i utrzymanie systemu klasy ERP, realizowanego na rzecz ERA sp. z o.o. Jednocześnie w piśmie przewodnim Odwołujący wskazał m.in., że „Celem dołączenia oświadczenia z ERA Sp. z o.o. jest pokazanie powtarzalności realizacji i tym samym kompetencji Insolutions sp z o.o. sp. k. w zakresie realizacji przedsięwzięć jak w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: (...) Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż projekt zrealizowany dla ERA Sp. z o.o., w naszej opinii swoim zakresem był zdecydowanie szerszym i bardziej skomplikowanym niż przedmiotowe postępowanie. To samo dotyczy zrealizowanego projektu dla NIZP PZH-PIB (wykaz dostaw). Dodatkowo, mimo wielu podobieństw prowadzenia działalności w obszarach wymaganych wdrożeniem w Sądzie Najwyższym i NIZP PZH-PIB NIZP PZH-PIB które nie należy do sektora finansów publicznych zostało wykluczone. W tej sytuacji byliśmy zmuszeni do użyczenia zasobu innego partnera, który realizował projekt właśnie w tym sektorze by wykazać, że jesteśmy również zabezpieczeni w zakresie specjalizowanych wymagań sektora finansów publicznych gdyby takowe podczas realizacji się pojawiły. Jednocześnie chcieliśmy zwrócić uwagę na fakt, że w dokumentacji postępowania nie było zakazu sumowania doświadczenia a tym samym nie było wymogu by tylko jeden z uczestników wykazał całość wymaganych doświadczeń.”

Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2025 r. zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. W

uzasadnieniu faktycznym i prawnym odrzucenia oferty Odwołującego wskazano:

„Zgodnie z treścią warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdz. III ust. 2 SWZ, Wykonawca spełni warunek dotyczący doświadczenia, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia dla dwóch różnych podmiotów (wartość każdego zamówienia nie może być mniejsza niż 3 600 000,00 zł brutto), w tym co najmniej jedno zamówienie dla jednostki sektora finansów publicznych, których przedmiotem była dostawa, wdrożenie i utrzymanie przez min 6 miesięcy systemu klasy ERP obejmującego co najmniej obszar finansowo-księgowy oraz kadrowo-płacowy. Warunek udziału w Postępowaniu został skonstruowany jako warunek niepodzielny, tj. Zamawiający wymagał zrealizowania dwóch dostaw o wskazywanych cechach przez jeden podmiot. Zamawiający nie dopuścił wykazywania się po jednej dostawie przez członków konsorcjum lub wykonawcę i podmiot trzeci udostępniający zasoby. W dniu 10 lutego 2025 r. Wykonawca przedstawił podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz zrealizowanych dostaw. W toku Postępowania w dniu 10 marca 2025 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia i/lub wyjaśnienia wykazu dostaw w zakresie każdego z trzech wykazywanych zamówień, w tym w zakresie dostawy realizowanej na rzecz Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau przez podmiot trzeci udostępniający zasoby, tj. DR IT Warszawa Sp. z o. o. Na potwierdzenie należytego wykonania przedmiotowego zamówienia został przedłożony protokół odbioru częściowego. Dokument ten został przedłożony w formie skanu dokumentu, w oryginale sporządzonego w formie papierowej i nie został opatrzony podpisem podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, który poświadczałby zgodność cyfrowego odwzorowania dokumentu z jego oryginałem w formie papierowej. Ponadto referencje dotyczące przedmiotowej dostawy obejmowały odbiór jedynie części procesów składających się na etap wdrożenia. Z protokołu wynikało także, że etap wdrożenia nie został zakończony oraz, że proces utrzymania systemu jeszcze się nie rozpoczął lub nie jest objęty zakresem zamówienia. W wykazie dostaw wskazano natomiast, że utrzymanie systemu trwa od 1 stycznia 2025 r. do nadal, co nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymogu świadczenia usługi utrzymania przez okres minimum 6 miesięcy.

Wykonawca nie zakwestionował zasadności wezwania w zakresie dostawy na rzecz Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau. Uzupełniając/wyjaśniając podmiotowe środki dowodowe, Wykonawca w żaden sposób nie próbował wykazać także, że dostawa realizowana dla Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau przez DR IT Warszawa sp. z o. o. spełnia warunek udziału w Postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedstawił w miejsce dostawy realizowanej na rzecz Państwowego Muzeum Auschwitz – Birkenau przez DR IT Warszawa Sp. z o. o. zamówienie realizowane przez Insolutions sp. z o.o. Sp. k. na rzecz ERA Sp. z o.o.

Wykonawca w uzupełnionym wykazie dostaw wskazał finalnie trzy zamówienia: 1. dwa zamówienia realizowane przez Wykonawcę (dla instytutu badawczego i spółki prawa handlowego), 2. jedno zamówienie realizowane przez podmiot trzeci udostępniający zasoby DR IT Sp. z o. o. (dla jednostki sektora finansów publicznych).

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że ani Wykonawca, ani podmiot trzeci udostępniający zasoby nie spełniają warunku udziału w Postępowaniu. Wymaganym doświadczeniem dysponują dopiero oba podmioty łącznie. Wykonawca w piśmie przewodnim do uzupełnionego wykazu dostaw stwierdził, że sytuacja taka jest dopuszczalna, ponieważ Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zakazał wykazywania spełniania warunku udziału w Postępowaniu w ten sposób.

Zamawiający natomiast w pierwotnym wezwaniu do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, jak w wezwaniu do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów, podkreślał, że doświadczeniem, o którym mowa w rozdz. III ust. 2 SWZ, musi w całości wykazać się Insolutions Sp. z o. o. Sp. k. albo podmiot trzeci, na którego zasoby wykonawca się powołuje. Uzupełniony wykaz dostaw powinien więc potwierdzać, że wykonawca albo podmiot trzeci, na którego zdolności Wykonawca się powołuje zrealizował dwa zamówienia o cechach określonych w rozdz. III ust. 2 SWZ. Zakaz taki wynika zarówno z konstrukcji warunku udziału w Postępowaniu, jak i z istoty warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie doświadczenia. Zakaz ten był również wielokrotnie przywoływany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2005/20, podkreślono, że niedopuszczalne jest proste sumowanie doświadczenia przez kilka podmiotów. Doświadczenie w wykonaniu pojedynczych przedsięwzięć przez dwa różne podmioty nie jest bowiem tym samym, co doświadczenie jednego podmiotu w wykonaniu większej ilości tych przedsięwzięć. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2169/16, wskazano: *Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może prowadzić do traktowania konsorcjum albo wykonawcy nie mającego doświadczenia lepiej niż wykonawcy indywidualnie ubiegającego się o zamówienie i korzystającego wyłącznie z własnego potencjału. Zasada ta nie może prowadzić do uznania, że Zamawiający ma się zadowolić „gorszym” wykonawcą, który nie nabył doświadczenia przy realizacji dwóch wymaganych usług ochrony fizycznej dla jednostek wojskowych. Ani dyrektywy unijne, ani ustawa Prawo zamówień publicznych, w żaden sposób nie odnoszą się do tego zagadnienia, pozostawiając je interpretacjom i praktyce. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch*

usług. Powyższe oznacza, że oczekiwał wykazania się przez wykonawców krotnością, a więc powtarzalnością w wykonywaniu usługi o oczekiwanym zakresie, a tym samym biegłością w jej realizacji. Owa krotność (w tym przypadku dwukrotność) wyraża stopień zaawansowania doświadczenia wykonawcy. Zatem zrealizowanie jednej usługi zostało przez Zamawiającego uznane za niewystarczające dla realizacji zamówienia i z tego względu, w treści warunku wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w zrealizowaniu nie jednej, ale dwóch usług. Zamawiający uprawniony był do postawienia takiego wymogu. W ocenie Izby, fakt wykazania się przez różnych uczestników konsorcjum realizacją tylko po jednym zadaniu, oznacza brak wykazania wymaganego doświadczenia Odwołującego (Konsorcjum). Okoliczność, że wykonawcy stworzyli konsorcjum, nie oznacza automatycznie, że uzyskano podmiot, który posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Innymi słowy - dwóch niedoświadczonych wykonawców tylko poprzez zawiązanie konsorcjum nie tworzy doświadczonego podmiotu. Nie powoduje powstania podmiotu, który posiada doświadczenie odpowiadające wielokrotnemu zrealizowaniu usługi. Zamawiający trafnie stwierdził - w ślad za Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych - że konsorcja mogą być tworzone zupełnie dowolnie, gdyż przede wszystkim muszą być one zdolne do wykonania zamówienia oraz nie mogą być w sposób nieuzasadniony faworyzowane w stosunku do wykonawców indywidualnych, bo to także narusza uczciwą konkurencję między wykonawcami. Także w ocenie Izby, ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana jednakowo - zarówno w odniesieniu do wykonawcy biorącego udział samodzielnie w postępowaniu, jak również w odniesieniu do podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Fakt połączenia poszczególnych wykonawców w konsorcjum nie może prowadzić do obejścia prawa, czy złagodzenia wymagań względem podmiotów tworzących konsorcjum. Powyższe stanowisko powieliła Izba również w wyroku z dnia 31 maja 2022 r. sygn. akt KIO 1253/22.

W przedmiotowej sytuacji Zamawiający nie może uznać, że warunek udziału w Postępowaniu został spełniony, skoro ani Wykonawca ani podmiot trzeci udostępniający zasoby nie dysponuje wymaganym doświadczeniem. Wykonawca nie zrealizował dostawy na rzecz jednostki sektora finansów publicznych. Podmiot trzeci natomiast zrealizował jedynie jedną (a nie wymagane minimum dwie dostawy) dostawę o cechach wymaganych warunkiem udziału w Postępowaniu.

Należy także podkreślić, że Zamawiający, udzielając wyjaśnień treści SWZ, w odpowiedzi na wnioski o zmianę treści SWZ, nie wyraził zgody na obniżenie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia w realizacji dostawy na rzecz jednostki sektora finansów publicznych. Nie wyraził również zgody na to, aby wystarczającym było posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w realizacji jednego określonego w SWZ zamówienia. Zaakceptowanie przez Zamawiającego przedłożonego przez Wykonawcę uzupełnionego wykazu dostaw stanowiłoby działanie niezgodne z udzielonymi wyjaśnieniami i prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji."

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 118 ust. 1 w zw. z art. 137 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale III ust. 2 SWZ.

Przywołując treść przepisów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 118 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Ust. 2 tego przepisu wskazuje, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zgodnie zaś z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Przedmiotem sporu w sprawie była kwestia dopuszczalności posłużenia się przez Odwołującego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale III ust. 2 SWZ zsumowanym doświadczeniem zdobytym przez Odwołującego i podmiot udostępniający zasoby.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że jednym z zasadniczych celów, jakie realizuje ustawa Pzp, będąca implementacją unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, jest wsparcie sektora MŚP i uczynienie zamówień

publicznych bardziej dostępnymi dla mikro, małych i średnich przedsiębiorców. Sumowanie potencjału kilku podmiotów w celu wykazania faktu dysponowania odpowiednim w stosunku do przedmiotu zamówienia doświadczeniem jest istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie czy powoływania na potencjał podmiotu trzeciego. W tym kontekście wskazać należy na przepis art. 117 ustawy Pzp, który co prawda dotyczy wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, niemniej zawiera istotne wytyczne w zakresie sumowania zdolności posiadanych przez wykonawców. Przede wszystkim z art. 117 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Ergo, zasadą jest możliwość łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a wyjątek od tej zasady powinien zostać wyartykułowany w dokumentach zamówienia. Określenie szczególnego sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest uprawnieniem zamawiającego, który jednak aby z uprawnienia tego skorzystać musi po pierwsze jednoznacznie i czytelnie wskazać to w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia, a po drugie tak określić sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjum, aby był on obiektywny, uzasadniony charakterem zamówienia i proporcjonalny. Również na gruncie art. 118 ust. 1 ustawy Pzp zasadą jest możliwość posłużenia się potencjałem podmiotu udostępniającego zasoby (z zastrzeżeniem spełnienia wytycznych wynikających z art. 118 ust. 2-4 ustawy Pzp). Jak wskazano w wyroku z dnia 16 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1987/22, który to pogląd skład orzekający podziela, „*choć w przepisach ustawy Pzp wprost została przewidziana jedynie możliwość łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez członków konsorcjum, to w literaturze prawniczej oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi większych wątpliwości, że dopuszczalna jest również możliwość łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę wraz z podmiotem udostępniającym mu zasoby. (...) Poza tym z regulacji ustawy Pzp nie wynika ogólny zakaz łącznego spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę i podmiot trzeci, który udostępnia mu zasoby.*”

W rozpoznawanej sprawie okolicznością bezsporną było to, że Odwołujący, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału III ust. 2 SWZ („wykonał co najmniej dwa zamówienia dla dwóch różnych podmiotów (wartość każdego zamówienia nie może być mniejsza niż 3 600 000,00 zł brutto), w tym co najmniej jedno zamówienie dla jednostki sektora finansów publicznych, których przedmiotem była dostawa, wdrożenie i utrzymanie przez min 6 miesięcy systemu klasy ERP obejmującego co najmniej obszar finansowo-księgowy oraz kadrowo-płacowy”), ostatecznie (po wezwaniu z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp), powołał się na dwa zamówienia zrealizowane samodzielnie dla dwóch różnych podmiotów niebędących jednostką sektora finansów publicznych oraz jedno zamówienie zrealizowane przez podmiot udostępniający zasoby na rzecz jednostki sektora finansów publicznych. Nie było sporne to, że zamówienia te spełniały pozostałe określone w treści warunku wymagania dotyczące wartości i przedmiotu zamówienia. Natomiast Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu z tego powodu, że w jego ocenie warunek udziału w postępowaniu z Rozdziału III ust. 2 SWZ został sformułowany jako niepodzielny, tj. Zamawiający wymagał zrealizowania dwóch dostaw o wskazywanych cechach przez jeden podmiot. Zamawiający nie dopuścił sumowania potencjałów, tj. wykazywania się po jednej dostawie przez członków konsorcjum lub wykonawcę i podmiot trzeci udostępniający zasoby.

Powyższe stanowisko Zamawiającego nie znajduje oparcia w treści dokumentów zamówienia ani w przepisach ustawy Pzp, które w ślad za dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, jako regułę wprowadzają dopuszczalność sumowania potencjałów. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), „*art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu w rozumieniu art. 48 ust. 3 omawianej dyrektywy poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie mają wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uzna, że dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego. (...) Nie można bowiem wykluczyć, że szczególne prace wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może zatem w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jednego wykonawcę lub, stosownie do okoliczności, przez skorzystanie z usług ograniczonej liczby wykonawców, na mocy art. 44 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo)”. Powyższe uwarunkowania prawne pozostały aktualne na gruncie przepisów obowiązującej dyrektywy klasycznej (2014/24/UE), której implementację*

stanowią przepisy ustawy Pzp.

Z powyższego orzeczenia wynika w sposób jednoznaczny, że owszem, Zamawiający może uznać, że *„dane zamówienie jest niepodzielne, czyli że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę, oraz że wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców jest związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi więc zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego”*, tj. może w przypadku specyficznych zamówień w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych, o ile wymóg ten jest związany z przedmiotem danego zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalny, a wykazania określonych zdolności nie da się uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Zasada przejrzystości i zasada równego traktowania wykonawców, wymagają jednak, aby Zamawiający – wprowadzając tego rodzaju ograniczenie – dał temu wyraz w dokumentach zamówienia. Zgodnie z zasadą przejrzystości wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia muszą być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób (por. m.in. wyrok TSUE z dnia 14 grudnia 2016 r., Connexion Taxi Services, C-171/15, pkt 40, wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., RTS infra BVBA, C-387/19, pkt 35). Warto wskazać w tym kontekście także na wyrok TSUE z dnia 2 maja 2019 r., Lavorgna, C-309/18, pkt 20), gdzie stwierdzono, że *„zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk.”*

Zamawiający w treści dokumentów zamówienia dopuścił możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego i nie zastrzegł żadnego szczególnego sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału III ust. 2 SWZ na wypadek polegania na zasobach podmiotu trzeciego czy przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie przewidział żadnego ograniczenia, które wyłączałoby możliwość sumowania doświadczenia dwóch podmiotów. Gdyby tego rodzaju postanowienia wprowadził, wykonawcy mogliby skorzystać ze środków ochrony prawnej i poddać zasadność takiego ograniczenia, w tym w szczególności jego proporcjonalność do przedmiotu zamówienia, ocenie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przywołał w pismach orzecznictwo potwierdzające zasadę możliwości sumowania potencjałów, jak i przywołał szereg orzeczeń, w których Izba dokonała oceny – jeszcze na etapie kształtowania treści dokumentów zamówienia, przed upływem terminu składania ofert – zgodności z przepisami ustawy Pzp wprowadzonych przez zamawiających w SWZ ograniczeń co do sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył ponadto jako dowód wyciągi z dokumentów zamówienia z różnych postępowań, które dodatkowo potwierdzają prawidłową praktykę zamawiających polegającą na komunikowaniu w dokumentach zamówienia tego rodzaju ograniczeń. Podkreślić należy, że to Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada za transparentność zasad, jakimi kierować mają się wykonawcy. Ustalona zaś na dzień składania ofert ostateczna treść SWZ wiąże nie tylko wykonawców, ale i samego Zamawiającego, który nie może po upływie terminu składania ofert precyzować czy zmieniać ustaleń uprzednio podanych wykonawcom.

W ocenie Izby Zamawiający błędnie uznał, że skoro nie napisał wprost w SWZ, że dopuszcza możliwość sumowania potencjałów, to należało w sposób domyślny przyjąć, że istnieje zakaz łączenia zasobów, a warunek udziału w postępowaniu jest niepodzielny. Tymczasem w ocenie Izby jest odwrotnie – na gruncie przepisów ustawy Pzp, to sumowanie potencjałów jest regułą, a więc jeśli Zamawiający chciał wprowadzić w tym zakresie stosowne ograniczenie, to powinno ono jednoznacznie wynikać z treści SWZ. Przy czym obowiązkiem Zamawiającego, jak już wyżej wskazano, jest w takim wypadku zagwarantowanie, że wprowadzone ograniczenie będzie związane z przedmiotem danego zamówienia, proporcjonalne w stosunku do niego, a wykazania określonych zdolności nie da się uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Uprawnieniem wykonawców jest zaś to, by ewentualnie poddać tak ukształtowane ograniczenie kontroli Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli nie znajduje ono uzasadnienia w przedmiocie zamówienia. Oczywiście dla oceny spełnienia przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu w sytuacji łączenia potencjałów istotne znaczenie będzie miała także literalna treść warunku, do każdego przypadku należy bowiem podchodzić indywidualnie. Niemniej w rozpoznawanej sprawie Izba nie zgodziła się z Zamawiającym, że zakaz łączenia potencjałów miałby już wynikać z samej treści warunku. Zamawiający nie wskazał w żadnym miejscu, że warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale III ust. 2 SWZ ma charakter niepodzielny, a warunek ten referował do dwóch usług o tożsamym przedmiocie,

ale realizowanych na rzecz różnych rodzajowo podmiotów (jedna usługa musiała być realizowana na rzecz jednostki sektora finansów publicznych). Nie budziła wątpliwości okoliczność, że Odwołujący, sumując swoje doświadczenie z doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby, ostatecznie legitymował się nie dwiema, lecz trzema usługami, w tym jedną zrealizowaną na rzecz jednostki sektora finansów publicznych. Zamawiający twierdząc, że nie może zaakceptować sytuacji, w której Odwołujący nie ma doświadczenia w realizacji zamówienia na rzecz jednostki sektora finansów publicznych, a podmiot trzeci nie ma powtarzalnego doświadczenia, pominął okoliczność, że łącznie oba podmioty wymagane doświadczenie posiadają (i to z naddatkiem), zaś Odwołujący i podmiot udostępniający zasoby z założenia mieliby realizować zamówienie wspólnie. Łączenie zasobów jest działaniem naturalnym i w przypadku wykazania, że zagwarantowano rzeczywisty dostęp do tych zasobów, w ocenie Izby nie ma przeszkód, aby uznać przedmiotowy warunek za spełniony przez Odwołującego. Przy czym należy podkreślić, że Zamawiający treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby nie kwestionował, wobec czego okoliczność ta nie podlegała ocenie Izby w tym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba zgodziła się z Odwołującym, że w przedmiotowej sprawie, w toku badania i oceny ofert, a konkretnie w procesie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, Zamawiający – powołując się na ograniczenie w zakresie dopuszczalności łączenia potencjałów wykonawcy i podmiotu trzeciego niewyartykułowane w SWZ - odstąpił od ustalonych uprzednio reguł postępowania, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców. Dlatego odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz art. 16 pkt 2 ustawy Pzp. Dla tak dokonanej oceny nie ma znaczenia podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że wzywając Odwołującego do złożenia czy uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych Zamawiający wskazywał na brak możliwości sumowania doświadczenia. Ograniczenie takie powinno wynikać z treści SWZ, a jego braku nie można konwalidować przez następcze wskazanie na zakaz łączenia potencjałów w treści korespondencji kierowanej do wykonawcy po upływie terminu składania ofert.

W konsekwencji zasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu. Odwołujący w postępowaniu odwoławczym skutecznie podważył czynność odrzucenia jego oferty, tym samym nie zaistniała sytuacja, w której wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, a zatem nie ziszcila się podstawa do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w ww. przepisie.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł).

Przewodnicząca:.....