

Szczecin, 15 września 2021r.

Jarosław Jerzykowski
radca prawny
wspólnik zarządzający

Stanisław Jerzykowski
radca prawny
wspólnik (of counsel)

Marcin Boczek
radca prawny
wspólnik

Anna Moczulska
radca prawny

Martyna Wójcik
radca prawny

Adrianna Gebel
radca prawny

Katarzyna Jurkowska
radca prawny

Maja Dec
radca prawny

Małgorzata Zasuwik
radca prawny

Agnieszka Garnyś
radca prawny

Magdalena Kupraszewicz
radca prawny

Jerzykowski i Wspólnicy
Radcowie Prawni sp. p.
(dawniej: Jerzykowski i Wspólnicy sp. k.)
Sąd Rejonowy Szczecin – Centrum
w Szczecinie XIII Wydział Gospodarczy
Krajowego Rejestru Sądowego
KRS nr 0000874765

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A
02-797 Warszawa
e-mail: odwolania@uzp.gov.pl

ODWOŁUJĄCY

GISPRO sp. z o.o.
ul. Teofila Firlika 19
71-637 Szczecin
KRS 0000263456

reprezentowana przez

r.pr. Martynę Wójcik
Jerzykowski i Wspólnicy
Radcowie prawni sp p.
ul. Sławomira 4/13
71-606 Szczecin
e-mail: kanclearia@jerzykowski.pl

ZAMAWIAJĄCY

Państwowe Gospodarstwo Wodne
Wody Polskie
Krajowy/Regionalny Zarząd Gospodarki
Wodnej
ul. Żelazna 59A
00-848 Warszawa

Numer ogłoszenia w BZP: Ogłoszenie nr 2021/BZP 00177539/01 z dnia 2021-09-10

ODWOŁANIE

Działając w imieniu GISPRO sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie („Odwołujący”) art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej - „PZP”) niniejszym wnoszę odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) dla postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. Przeprowadzenie wariantowego pilotażu inwentaryzacji urządzeń melioracji wodnych z wykorzystaniem danych teledetekcyjnych” („Postępowanie”)

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie :

- (1) art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP

poprzez sformułowanie w pkt 7.2.1.1. SWZ naruszającego zasadę uczciwej konkurencji i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w aspekcie wiedzy i doświadczenia, polegającego na wymaganiu aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednej usługi obejmującej swoim przedmiotem szacowanie kosztów prac związanych z pozyskaniem danych przestrzennych o charakterze liniowym wraz z opracowaniem strategii pozyskania lub aktualizacji tych danych dla podmiotu władającego siecią obiektów liniowych, pomimo że rodzaj podmiotu dla którego usługa jest realizowana pozostaje irrelevantny dla rodzaju i metodologii czynności podejmowanych przez wykonawcę celem jej wykonania,

- (2) art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP

poprzez sformułowanie w pkt 7.2.1.3. SWZ naruszającego zasadę uczciwej konkurencji i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w aspekcie wiedzy i doświadczenia, polegającego na wymaganiu aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednej usługi obejmującej swoim przedmiotem wykonanie czynności związanych z wdrożeniem elektronicznych ewidencji, pomimo iż przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu nie obejmuje czynności związanych z wdrożeniem elektronicznych ewidencji,

- (3) art. 112 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP

poprzez sformułowanie w pkt 7.2.3 ppkt 1 SWZ naruszającego zasadę uczciwej konkurencji i nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w aspekcie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, polegającego na wymaganiu w wykonawcę dysponował kierownikiem projektu, posiadającym doświadczenie zawodowe polegające na uczestnictwie w minimum 2 projektach obejmujących pozyskanie danych przestrzennych o charakterze liniowym wraz z opracowaniem strategii pozyskania lub aktualizacji tych danych dla podmiotu władającego siecią obiektów liniowych, w których realizował zadania z zakresu pozyskania danych przestrzennych, pomimo że rodzaj podmiotu dla którego usługa jest realizowana pozostaje irrelevantny dla rodzaju i metodologii czynności podejmowanych przez kierownika projektu w celu wykonania usługi

- (4) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP

poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejasny, nieprzejrzysty oraz niejednoznaczny oraz uniemożliwiający prawidłową ocenę ryzyka oraz kalkulację ofert bez wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przejawiające się w lakonicznym i ogólnikowym opisanie w Rozdziale IV poz. 4 OPZ wymagań odnoszących się do Oprogramowania do pozyskiwania danych GIS (...).

- (5) art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP

poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję, przejawiające się w nakazaniu w Rozdziale II pkt 1 lit. a) OPZ by wynik pomiaru został sporządzony w formacie danych opracowanych przez Wykonawcę był zgodny z formatami obsługiwanymi przez posiadane przez Zamawiającego oprogramowanie Geomelio, co determinuje konieczność korzystania z oprogramowania wskazanego przez

Zamawiającego i poniesienia związanych z tym kosztów udzielenia odpłatnej licencji, podczas gdy wystarczające dla zaspokojenia słusznego interesu Zamawiającego byłoby wymaganie, aby wynikiem wykonania pomiaru była baza danych zgodna z wytycznymi atrybutów danych systemu Geomelio, będąca w posiadaniu Zamawiającego,

wnoszę o:

- I. uwzględnienie odwołania w całości,,
- II. nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ w niżej wskazany sposób:
 - 1) w zakresie Zarzutu 1

zmianę pkt 7.2.1.1. SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

„jedną usługę obejmującą swoim przedmiotem szacowanie kosztów prac związanych z pozyskaniem danych przestrzennych o charakterze liniowym wraz z opracowaniem strategii pozyskania lub aktualizacji tych danych”
 - 2) w zakresie Zarzutu 2

poprzez usunięcie pkt 7.2.1.3. SWZ
 - 3) w zakresie Zarzutu 3

zmianę pkt 7.2.3 pkt 1. SWZ poprzez nadanie zastąpienie dotychczasowej treści:

„2) posiada doświadczenie zawodowe polegające na uczestnictwie w minimum 2 projektach obejmujących pozyskanie danych przestrzennych o charakterze liniowym wraz z opracowaniem strategii pozyskania lub aktualizacji tych danych dla podmiotu władającego siecią obiektów liniowych, w których realizował zadania z zakresu pozyskania danych przestrzennych”

treścią:

2) posiada doświadczenie zawodowe polegające na uczestnictwie w minimum 2 projektach obejmujących pozyskanie danych przestrzennych o charakterze liniowym wraz z opracowaniem strategii pozyskania lub aktualizacji tych danych, w których realizował zadania z zakresu pozyskania danych przestrzennych
 - 4) w zakresie Zarzutu 4

zmianę Rozdziału IV poz. 4 OPZ poprzez doprecyzowanie informacji odnoszących się do oprogramowania Geomelio poprzez załączenie do OPZ pełnego schematu UML bazy danych funkcjonującej u Zamawiającego, do której mają być zaimportowane pozyskane dane, zawierającego m.in. dane o rodzaju i długości pól, relacjach, danych słownikowych a także informacje o wykorzystywanym silniku bazodanowym (np. Oracle, PostgreSQL, inne).
 - 5) w zakresie Zarzutu 5

zmianę Rozdziału II pkt 1 lit. a) OPZ i nadanie mu następującego brzmienia:

„Wynikiem wykonania pomiaru powinna być baza danych zgodna z wytycznymi atrybutów danych systemu Geomelio, będąca w posiadaniu Zamawiającego.”

- III. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą („KIO”)

TERMIN NA WNIESIENIE ODWOŁANIA

Zamawiający zamieścił SWZ na stronie internetowej w dniu 10.09.2021r. Termin na wniesienie niniejszego odwołania, stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 2 PZP, wynosi 5 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej dokumentów zamówienia i został zachowany.

NARUSZENIE INTERESU ODWOŁUJĄCEGO W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż pragnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Z uwagi jednakże na sformułowanie przez Zamawiającego nadmiernych, nieproporcjonalnych i naruszających uczciwą konkurencję warunków udziału w postępowaniu a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz naruszający uczciwą konkurencję Odwołujący może w sposób bezprawny zostać pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, mimo iż posiadana przez Odwołującego wiedza i doświadczenie oraz zasoby osobowe i rzeczowe dają rękojmię należytego wykonania zamówienia udzielanego w Postępowaniu.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2014 roku w sprawie o sygnaturze akt. 527/14 „*środki ochrony prawnej określone w dziale VI ZamPublU przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie Interes w jego uzyskaniu. (...) Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (...)*”. Z kolei zgodnie z wyrokiem z dnia 18 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1776/1) „*sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty*”.

Tym samym wskazane przez Odwołującego nieprawidłowości godzą w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz utrudniają Odwołującemu dostęp do zamówienia i prawidłowe szacowanie oferty.

UZASADNIENIE

(1) UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZARZUTU NR 1

1. Zamawiający w pkt 7.2.1.1. SWZ zastrzegł, że o udzielenie zamówienia w Postępowaniu mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali co najmniej *jedną usługę obejmującą swoim przedmiotem szacowanie kosztów prac związanych z pozyskaniem danych przestrzennych o charakterze liniowym wraz z opracowaniem strategii pozyskania lub aktualizacji tych danych dla podmiotu władającego siecią obiektów liniowych.* Dopuszczalność wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usługi o określonych przez Zamawiającego parametrach zrealizowanej wyłącznie dla podmiotu władającego siecią obiektów liniowych nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia, a nadto w sposób rażąco ogranicza konkurencję w Postępowaniu.
2. Przede wszystkim zaakcentować trzeba, iż sam rodzaj podmiotu, dla którego realizowana jest usługa opisana przez Zamawiającego nie ma żadnego wpływu na metodologię czy sposób realizacji takiej usługi. Innymi słowy – wykonawca takiej usługi wykonywać będzie dokładnie te same czynności, niezależnie od tego, jakiego rodzaju podmiot będzie odbiorcą usługi.
3. Tego typu usługi, jak opisane przez Zamawiającego, w okresie w ostatnich 3 lat były w Polsce realizowane zarówno na rzecz podmiotów władających obiektami liniowymi, jak również na rzecz generalnych wykonawców. Wykonawcy usług, jak już wskazano powyżej, niezależnie od rodzaju podmiotu, który był odbiorcą usługi, wykonywali tożsame czynności, uzyskując analogiczny efekt realizacyjny.
4. Nabyte doświadczenie potencjalnych wykonawców i zespołu osób, którzy zrealizowali daną usługę na rzecz podmiotu, który nie jest podmiotem władającym siecią obiektów liniowych, jest analogiczne i wraz z posiadanymi umiejętnościami, gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Nie sposób zatem znaleźć obiektywnego uzasadnienia dla nieproporcjonalnego i rażąco ograniczającego konkurencję wymagania, aby wykonawcy mogli wykazywać się jedynie doświadczeniem nabytym przy realizacji opisanej przez Zamawiającego usługi dla podmiotu władającego siecią obiektów liniowych.
5. Obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie uczciwej konkurencji zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania, wyrażającej się przede wszystkim w zapobieganiu stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych warunków udziału w postępowaniu, które utrudniałyby dostęp do zamówienia ograniczając lub eliminując konkurencyjność postępowania poprzez zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców. Stąd akcentowanie w normach PZP konieczności zachowania proporcjonalności zarówno w ramach zasad naczelnych (vide art. 16 PZP) jak i pozostałych przepisów PZP.
6. Zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
7. W doktrynie jednolicie wskazuje się, że „Warunek udziału w postępowaniu ustalony przez zamawiającego podlega ocenie pod kątem proporcjonalności do opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten nie może być nadmierny oraz w nieuzasadniony

sposób eliminować z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców zdolnych do jego wykonania. Nie tylko wynika to z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, lecz także znajduje bezpośrednie potwierdzenie w treści ust. 1 in fine komentowanego przepisu [art. 112], stanowiącego o minimalnych poziomach zdolności. Wykroczenie poza całość działalności wykonawcy lub poza zasoby niezbędne do realizacji umowy uznaje się za nieproporcjonalne.¹

8. *Wskazuje się również, że „W oparciu o zasadę proporcjonalności wybory dokonywane przez zamawiającego oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem w szczególności jego rodzaju i zakresu)².*
9. *We wciąż aktualnym orzecznictwie KIO, wypracowanym na gruncie uprzedniej regulacji normatywnej wskazywano, iż „pojęcie proporcjonalności oznacza, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Określenie warunków udziału w postępowaniu powinno być przy tym odpowiednie do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. W praktyce kontrolnej wielokrotnie podkreślano, że zamawiający powinien unikać przy określaniu warunków udziału w postępowaniu nieprecyzyjnych sformułowań bądź odesłań do przedmiotu zamówienia w postaci używania wyrazów „odpowiadające”, „porównywalne z”, „podobne do”, jeżeli ich jednocześnie nie doprecyzowuje. Tego typu postanowienia niejednokrotnie są w różny sposób odczytywane przez potencjalnych wykonawców, co powoduje niepotrzebne problemy oraz spory związane z weryfikacją podmiotową wykonawców. Obowiązkiem zamawiającego jest więc wskazanie wykonawcom w warunku udziału w postępowaniu, na czym ma polegać odniesienie np. usług wykonywanych przez wykonawcę do przedmiotu prowadzonego postępowania (np. co należy rozumieć przez usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia). Ponadto za naruszenie zasad zamówień publicznych uznaje się dokonywanie wykładni pojęć ujętych w warunku udziału w postępowaniu dopiero na etapie oceny ofert.”³*
10. *Judykatura akcentowała również, że „Warunek udziału w postępowaniu ustalony przez zamawiającego podlega ocenie pod kątem proporcji do opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten nie może być nadmierny i w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”⁴*
11. *W świetle jasnego brzmienia przepisów art. 112 ust. 1 PZP, 16 PZP oraz jednoznacznego stanowiska doktryny i judykatury, sformułowany przez Zamawiającego wymóg wykazania się doświadczeniem w realizacji usługi na rzecz konkretnego podmiotu jest*

¹ A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 112

² H. Nowak (red.) M. Winiarz (red) *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 112. UZP, Warszawa 2021.

³ wyrok KIO z dnia 10 marca 2020r., sygn. akt: KIO

⁴ wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2019r., sygn. akt. KIO 916/19,377/20

pozbawiony jakiegokolwiek uzasadnienia, zaś jego wprowadzenie stanowi naruszenie zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

(2) UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZARZUTU NR 2

12. Analogiczną ocenę prawną, jak zaprezentowaną w uzasadnieniu do naruszenia objętego Zarzutem nr 1, należy odnieść również do Zarzutu nr 2.
13. Zamawiający w pkt 7.2.1.3. SWZ wymaga, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednej usługi obejmującej swoim przedmiotem wykonanie czynności związanych z wdrożeniem elektronicznych ewidencji. Tymczasem przedmiot zamówienia udzielanego w ramach Postępowania nie obejmuje w ogóle wykonania czynności związanych z wdrożeniem elektronicznych ewidencji (a jedynie zasilanie elektronicznej ewidencji).
14. W świetle powyższego Zamawiający dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawców wymagając posiadania doświadczenia w realizacji czynności, która w Postępowaniu nie będzie wykonywana.
15. Tymczasem w orzecznictwie KIO (wciąż aktualnym) podkreśla się, że „Warunki udziału nie mogą być określone w sposób abstrakcyjny, lecz muszą odnosić się do konkretnego zamówienia i jego przedmiotu. Stawiane wykonawcom wymagania podmiotowe powinny zatem znajdować umocowanie przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia.” Sformułowanie przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu z pkt 7.2.1.3 stanowi jaskrawy przejaw naruszenia norm art. 112ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez kreowanie wymagań niepowiązanych z przedmiotem zamówienia udzielanego w ramach Postępowania.

(3) UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZARZUTU NR 3

16. Nieproporcjonalność skutkująca ograniczeniem konkurencji cechuje również warunek udziału w postępowaniu sformułowany w pkt 7.2.3. ppkt 1 SWZ, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga posiadania przez osobę dedykowaną na stanowiska kierownika projektu doświadczenia zawodowego *polegającego na uczestnictwie w minimum 2 projektach obejmujących pozyskanie danych przestrzennych o charakterze liniowym wraz z opracowaniem strategii pozyskania lub aktualizacji tych danych dla podmiotu władającego siecią obiektów liniowych, w których realizował zadania z zakresu pozyskania danych przestrzennych.*
17. Jak już wskazano w uzasadnieniu Zarzutu nr 1, rodzaj i metodologia czynności koniecznych do dokonania w celu realizacji usługi opisanej przez Zamawiającego jest taka sama niezależnie od podmiotu, na rzecz którego usługa jest wykonywana. Tym samym nie ma żadnego obiektywnego uzasadnienia, by możliwe było wykazanie się jedynie doświadczeniem w realizacji usług wykonywanych dla podmiotu władającego siecią obiektów liniowych.

(4) UZASADNIENIE ZARZUT NR 4

18. W rozdziale IV poz. 4 OPZ Zamawiający sformułował wymóg, zgodnie z którym „Wykonawca powinien dysponować..., oprogramowaniem do pozyskiwania oraz analiz danych GIS umożliwiające stworzenie zbioru danych możliwych do zaimportowania w oprogramowaniu Geomelio”.
19. Zamawiający, wbrew nakazowi wynikającemu z art. 99 ust. 1 PZP, nie opisał w sposób jednoznaczny i precyzyjny wymagań dotyczących oprogramowania. Taka niejednoznaczność co do opisu przedmiotu zamówienia może powodować przyjęcie kompletnie odmiennych założeń u poszczególnych wykonawców przygotowujących oferty bądź zniechęcić do złożenia oferty w ogóle.
20. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, *„Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu, zobligowany jest posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, zrozumiałymi dla wykonawców, które nie będą wprowadzały w błąd co do rzeczywistych oczekiwań odnośnie do realizacji przedmiotu zamówienia. Sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty.”*⁵
21. Także judykatura jednoznacznie uznaje za nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny. Zdaniem KIO *„Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zniżenie.”*⁶
22. Warto również przywołać wyrok KIO w którym wskazano wyraźnie, iż *„zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p. wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny (...) Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy P.z.p.. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na*

⁵ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 99

⁶ tak KIO m.in. w wyroku: z dnia 6 czerwca 2018, sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18, z dnia 13 grudnia 2019, sygn. akt: KIO 2416/19

*sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia”.*⁷

23. Nieodzowne dla kalkulacji ceny ofertowej jest uzupełnienie OPZ o pełen schemat UML bazy danych funkcjonującej u Zamawiającego, do której mają być zaimportowane pozyskane dane, zawierający co najmniej dane o rodzaju i długości pól, relacjach, danych słownikowych a także informacje o wykorzystywanym silniku bazodanowym (np. Oracle, PostgreSQL, inne).

(5) UZASADNIENIE W ZAKRESIE ZARZUTU NR 5

24. W Rozdział II pkt 1. lit. a) OPZ Zamawiający sformułował wymóg by: *„Format przedmiotowych danych musi być zgodny z formatami obsługiwanymi przez oprogramowanie Geomelio, będące w posiadaniu Zamawiającego”*.
25. Jak podnosi się w orzecznictwie oraz stanowiskach kontroli, naruszenie uczciwej konkurencji może nastąpić w dwojaki sposób: bezpośredni i pośredni - w szczególności poprzez zbyt ścisłe, rygorystyczne sporządzenie opisu. Bezpośrednie naruszenie art. 99 ust. 4 zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia⁸.
26. Przywołany powyżej zapis powoduje ograniczenie konkurencji poprzez zawężenie możliwości wykorzystania przez wykonawców przy realizacji zamówienia innego oprogramowania, aniżeli posiadane przez Zamawiającego, pomimo iż oceniając obiektywnie, zastosowanie innego oprogramowania pozwoli na osiągnięcie rezultatów założonych i wymaganych przez Zamawiającego.
27. Redakcja ww. postanowienia OPZ narzuca Wykonawcom konieczność pozyskania odpłatnych, kosztownych licencji na oprogramowanie konkretnego twórcy, pomimo iż możliwe byłoby wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu jednego z wielu innych oprogramowań dostępnych na rynku – co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 PZP.

PODSUMOWANIE I WNIOSEK KOŃCOWY

28. Mając powyższe na uwadze wnoszę jak w *petitum*

Martyna Wójcik
radca prawny

⁷ wyrok KIO dnia 25 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2479/15

⁸ E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 99

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo
2. Opłata skarbową od pełnomocnictwa
3. Odpis z KRS Odwołującego
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania
5. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu