



Warszawa, dnia 22 listopada 2023 r.

**Do: Prezes Krajowej Izby
Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

**Zamawiający: Państwowy Fundusz Rehabilitacji
Osób Niepełnosprawnych (PFRON)**

Al. Jana Pawła II 13

00-828 Warszawa

NIP 525-100-08-10

tel.: (22) 50 55 500

adres poczty elektronicznej:

zamowienia_publiczne@pfron.org.pl

Odwołujący: IBC Advisory Spółka Akcyjna

ul. Mokotowska 1

00-640 Warszawa

NIP 701-013-10-84

tel.: +48 (0) 22 250 18 39

Adres poczty elektronicznej:

ibc@ibc-advisory.pl

reprezentowany przez:
r. pr. Radosław Mytkowski
adres do doręczeń:
ul. Żelazna 51/53
00-841 Warszawa
e-mail: biuro@krpmytkowski.pl

Dotyczy: Badania potrzeb osób niepełnosprawnych w Polsce (numer sprawy: ZP/31/23)

Adres strony internetowej na której została udostępniona specyfikacja:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/849803>

Miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu: Ogłoszenie nr 2023/BZP 00501358/01 z dnia 2023-11-17

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej "Ustawą", w imieniu IBC Advisory Spółka Akcyjna, (zwanej dalej „Odwołującym” lub „Wykonawcą”), składam odwołanie od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia, przygotowanej przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie („Zamawiający”), w związku z zamiarem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Badania potrzeb osób niepełnosprawnych w Polsce” (numer sprawy: ZP/31/23), zwanego dalej „Przetargiem”, podnosząc zarzut naruszenia przepisu:

- 1) **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 Ustawy** poprzez określenie warunku udziału w Przetargu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nieuzasadniony, nieproporcjonalny i niejasny, w części:
 - dotyczącej wymagania wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem związanym z wykonaniem usług finansowanych/ współfinansowanych ze środków publicznych oraz w zakresie obowiązku przedstawienia na żądanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Przetargu dotyczącego wymaganego doświadczenia, przy uwzględnieniu wymagań określonych przez Zamawiającego,

2

- dotyczącej wymagania wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem zespołem badawczym, którego skład tworzą osoby, posiadające wymagane kwalifikacje w tym doświadczenie związane z wykonaniem badań finansowanych/ współfinansowanych ze środków publicznych,
- dotyczącej wymagania, aby wskazane przez wykonawcę w Wykazie Usług badania dotyczyły badań, których wyniki są jawne lub możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej.
- dotyczącej wymagania, przedstawienia przez wykonawcę na żądanie Zamawiającego dokumentów (np. wyników badań, raportów), pozwalających Zamawiającemu jednoznacznie ocenić, czy metodologia przyjęta w tych badaniach była adekwatna do wymagań określonych przez Zamawiającego;

2) **art. 240 Ustawy**, poprzez nieprawidłowe określenie jakościowych kryteriów oceny ofert w zakresie: kryterium – Sposób dotarcia do respondentów wraz z pozyskaniem danych kontaktowych - „MR” oraz kryterium – Dodatkowe pytania badawcze z ich uzasadnieniem „P”, wyrażające się w niejednoznacznym i niezrozumiałym opisie poszczególnych kryteriów, prowadzącym do dowolnej oceny ofert;

3) **art. 16 Ustawy**, poprzez naruszenie zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji w związku z:

- nieuzasadnionym, nieproporcjonalnym i niejasnym określeniem warunków udziału w Przetargu, które nie mają racjonalnego uzasadnienia, a w konsekwencji, wprowadzającym nieuprawnione ograniczenie potencjalnego grona wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz
- nieprawidłowym opisem jakościowych kryteriów oceny ofert, który pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nie budzi wątpliwości fakt posiadania przez Odwołującego legitymacji czynnej do złożenia przedmiotowego odwołania. Odwołujący w omawianym przypadku ma interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem Przetargu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, a tym samym może zostać pozbawiony szans udziału w Przetargu, a w konsekwencji uzyskania zamówienia publicznego.

Niniejsze odwołanie dotyczy postępowania, które jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla zamówień klasycznych o wartości nieprzekraczającej progów unijnych. Ogłoszenie o Przetargu wraz z SWZ zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego - platformy zakupowej w dniu 17 listopada 2023 r. Niniejsze odwołanie wnoszone jest w dniu 22 listopada 2023 r., a zatem w terminie ustawowym, wyznaczonym do składania odwołania.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 22 listopada 2023 r., zgodnie z art. 514 ust. 2 Ustawy.

Z uwagi na powyższe, wnoszę o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian w ogłoszeniu o zamówieniu (oraz odpowiednich postanowień SWZ), a mianowicie:
 - 1) w Sekcji V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu ppkt 2.4.1:
 - i. usunięcie warunku, określonego w lit. b) w brzmieniu „każda z wykazanych usług była finansowana/współfinansowana ze środków publicznych”,
 - ii. usunięcie zastrzeżenia - zawartego w uwagach - w tirecie czwartym, zdaniu pierwszym w brzmieniu „Wszystkie wymagane usługi muszą dotyczyć badań, których wyniki są jawne lub możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej.”
 - iii. zmianę zastrzeżenia – zawartego w uwagach – w tirecie czwartym, zdaniu drugim, poprzez wprowadzenie postanowienia: „W przypadku jeżeli wyniki badań nie będą możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej, Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, przedłoży niezbędne dokumenty, pozwalające na weryfikację, czy rodzaj badań zrealizowanych w ramach wymaganych usług, w tym przyjęte metody badania, odpowiada wymaganiom, określonym w ppkt 2.4.1.”
 - 2) w Sekcji V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu ppkt 2.4.2.1. - zmianę warunku, określonego w lit. b) w tirecie

- drugim, poprzez usunięcie fragmentu następującej treści: „finansowane/ współfinansowane było ze środków publicznych”,
- 3) w Sekcji V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu ppkt 2.4.2.2 - zmianę warunku, określonego w lit. b) w tirecie drugim, poprzez usunięcie fragmentu następującej treści: „finansowane/ współfinansowane było ze środków publicznych”,
- 4) w Sekcji V - KWALIFIKACJA WYKONAWCÓW pkt 5.4.) Nazwa i opis warunków udziału w postępowaniu ppkt 2.4.2.3:
- I. zmianę warunku, określonego w lit. b) w tirecie drugim, poprzez usunięcie fragmentu następującej treści: „finansowane/ współfinansowane było ze środków publicznych”,
 - II. usunięcia zastrzeżenia - zawartego w uwagach - w tirecie drugim, zdaniu pierwszym w brzmieniu „Wszystkie wymagane usługi muszą dotyczyć badań, których wyniki są jawne lub możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej.”
 - III. zmianę zastrzeżenia – zawartego w uwagach – w tirecie drugim, zdaniu drugim, poprzez wprowadzenie postanowienia: „W przypadku jeżeli wyniki badań nie będą możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej, Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, przedłoży niezbędne dokumenty, pozwalające na weryfikację, czy rodzaj badań zrealizowanych przez osoby wskazane w punkcie 2.4.2., w tym przyjęte przez nich metody badania, odpowiadały wymaganiom przypisanym poszczególnym osobom, które będą pełnić określone w pkt 2.4.2. funkcje w zespole badawczym.”
- 5) W rozdziale XVII Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag kryteriów i sposobu oceny oferty SWZ (ppkt 2.2 oraz ppkt 2.3):
- I. w zakresie kryterium – Sposób dotarcia do respondentów wraz z pozyskaniem danych kontaktowych - „MR” – doprecyzowanie opisu kryterium, poprzez przedstawienie szczegółowych wytycznych w zakresie rozumienia adekwatnego sposobu dotarcia do respondentów, przy uwzględnieniu „wszystkich wymogów metodologicznych”,
 - II. w zakresie kryterium – Dodatkowe pytania badawcze z ich uzasadnieniem „P” – doprecyzowanie opisu kryterium, poprzez wyjaśnienie, jak należy rozumieć

sposób oceny pytania badawczego, przyjmując ocenę „użyteczności pytania z punktu widzenia osiągnięcia celów badania”.

- przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przepisami Ustawy.

UZASADNIENIE

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz odpowiednimi postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, przygotowanej na potrzeby przeprowadzenia Przetargu („SWZ”), w zakresie warunków udziału wykonawców w Przetargu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania (Sekcja V pkt 5.4 ogłoszenia/ Rozdz. VIII SWZ), Zamawiający w ppkt 2.4.1. postanowił, że **warunek zdolności technicznej i zawodowej** uzna za spełniony m.in. jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na przeprowadzeniu jakościowo-ilościowego badania społecznego, o wartości co najmniej 100 000,00 zł brutto każde, przy czym każda z wykazanych usług finansowana/ współfinansowana była ze środków publicznych (ppkt 2.4.1 lit. b).

Jednocześnie Zamawiający wprowadził zastrzeżenie, że wszystkie wykonane usługi muszą dotyczyć badań, których wyniki są jawne lub możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej. Zamawiający postanowił, że w przypadku badań nienależących do powyższych kategorii wykonawca, na żądanie Zamawiającego, przedłoży dokumenty (np. wyniki badań, raporty) pozwalające Zamawiającemu jednoznacznie ocenić, czy metodologia przyjęta w tych badaniach była adekwatna do wymagań określonych przez Zamawiającego.

Dodatkowo Zamawiający zgodnie z ppkt 2.4.2. oczekiwał potwierdzenia przez każdego wykonawcę, że ten dysponuje lub będzie dysponował zespołem badawczym składającym się z co najmniej 3 (trzech) osób, które wykonawca skieruje do realizacji niniejszego zamówienia w tym:

- 1) jednym kierownikiem badania, który m.in. w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat, licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert, pełnił funkcję kierownika w co najmniej

6

- 3 (trzech) jakościowo – ilościowych badaniach społecznych przez cały okres ich realizacji, przy czym co najmniej 2 badania finansowane/współfinansowane było ze środków publicznych i zostały zakończone (ostateczne wyniki badań zostały dostarczone zlecającemu badanie i przez niego zaakceptowane) przed dniem składania ofert (ppkt 2.4.2.1. lit. b, tiret drugi),
- 2) co najmniej jednym metodologiem, który m.in. w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję metodologa w co najmniej 2 (dwóch) jakościowo – ilościowych badaniach społecznych przez cały okres ich realizacji, przy czym każde badanie finansowane/współfinansowane było ze środków publicznych i zostało zakończone (ostateczne wyniki badań zostały dostarczone zlecającemu badanie i przez niego zaakceptowane) przed dniem składania ofert (ppkt 2.4.2.2. lit. b, tiret drugi),
- 3) jednym badaczem ds. badań jakościowych i ilościowych który m.in. w okresie ostatnich 5 (pięciu) latach przed upływem terminu składania ofert brał udział w co najmniej 2 (dwóch) jakościowo – ilościowych badaniach społecznych przez cały okres ich realizacji, przy czym każde badanie finansowane/współfinansowane było ze środków publicznych i zostało zakończone (ostateczne wyniki badań zostały dostarczone zlecającemu badanie i przez niego zaakceptowane) przed dniem składania ofert (ppkt 2.4.2.3. lit. b, tiret drugi).

Jednocześnie Zamawiający wprowadził zastrzeżenie, że wymaga od poszczególnych osób, którym przypisane zostały określone funkcje w ramach zespołu badawczego, aby wszystkie zrealizowane przez nich dotychczas badania (wskazane w celu spełnienia warunków wymaganych kwalifikacji określonych w SWZ) dotyczyły badania, których wyniki są jawne lub możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej. Zamawiający postanowił, że w przypadku badań nienależących do powyższych kategorii, wykonawca, na żądanie Zamawiającego, przedłoży dokumenty (np. wyniki badań, raporty) pozwalające Zamawiającemu jednoznacznie ocenić, czy metodologia przyjęta w tych badaniach była adekwatna do wymagań określonych przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, przedstawione powyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu w zakresie w jakim uzależniają doświadczenie wykonawców od formy finansowania

zrealizowanych usług oraz w zakresie w jakim określają wymagania w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia z doświadczeniem w realizacji usług finansowanych ze środków publicznych stanowią naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy. Zgodnie z poglądem, prezentowanym w orzecznictwie KIO oraz doktrynie, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” – opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielonego zamówienia. Niedopuszczalne jest dokonywanie opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Zdaniem Odwołującego, sformułowany przez Zamawiającego opis warunków udziału w Przetargu w sposób nieuzasadniony ogranicza potencjalny krąg wykonawców, mogących wziąć udział w Przetargu i jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Forma finansowania zrealizowanych dotychczas przez wykonawców usług (a także przez osoby powołane w składa zespołów badawczych) jest bez znaczenia dla należytej realizacji przedmiotowego zamówienia. Brak jest racjonalnych podstaw, aby przyjąć, że wykonawcy (osoby przypisane do zespołów badawczych), którzy posiadają doświadczenie związane z realizacją usług badawczych, finansowanych lub współfinansowanych ze środków publicznych, wydają się jedyną grupą wykonawców/ osób, zdolną do realizacji przedmiotowego zamówienia w sposób należyty.

W rozpoznawanym postępowaniu nie ma uzasadnienia, dla którego postawienie wymogu, aby doświadczenie wykonawców usług badawczych/ osób wykonujących takie badania musiało dotyczyć usług finansowanych ze środków publicznych. Zamawiający nie może uzależniać doświadczenia od formy finansowania zrealizowanej usługi. O doświadczeniu wykonawców świadczy bowiem, rodzaj usług, wielkość, złożoność, a zatem cechy i właściwości bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący zwraca uwagę na wyrok KIO¹, która rozstrzygając spór w niemalże identycznym stanie faktycznym, wyraziła pogląd, że wymóg finansowania ze środków publicznych usług, których wykonaniem ma się legitymować wykonawca, jak również osoby przewidziane

¹ Wyrok z dnia 13 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 650/16

do realizacji zamówienia, nie jest usprawiedliwiony dążeniem do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że wprowadzenie rozgraniczenia na doświadczenie wykonawców, związane z realizacją usług badawczych na rzecz podmiotów publicznych, (których wynik badań dostarczany jest zamawiającemu wraz zakończeniem usługi i może być upubliczniony lub podlegać udostępnieniu w drodze dostępu do informacji publicznej) oraz doświadczenie wykonawców, związane z realizacją takich usług na zlecenie podmiotów spoza sektora finansów publicznych nie może powodować dyskryminacji drugiej z ww. grup wykonawców. Tymczasem Zamawiający, wskazując, że wykonawca - w przypadku badań innych niż te, których wyniki są jawne lub możliwe do uzyskania na drodze dostępu do informacji publicznej - na żądanie Zamawiającego przedłoży dokumenty (np. wyniki badań, raporty) pozwalające Zamawiającemu jednoznacznie ocenić, czy metodologia przyjęta w tych badaniach była adekwatna do wymagań określonych przez Zamawiającego, faktycznie w sposób nieuzasadniony obarcza ryzykiem określoną grupę wykonawców. Ryzyko związane z trudnością albo niemożliwością potwierdzenia spełniania wymagań Zamawiającego jest tym większe, że sam Zamawiający nie precyzuje w treści ogłoszenia lub SWZ jakie znaczenie nadaje sformułowaniu „adekwatna do wymagań określonych przez Zamawiającego”. Nie jest bowiem jasne o jakich wymaganiach jest tutaj mowa, co tworzy ryzyko do odmiennej interpretacji. Taki sposób formułowania potrzeb i wymagań należy uznać za niedopuszczalny, albowiem jest wyrazem braku przejrzystości oraz nierównego traktowania wykonawców.

Problematyka badania potrzeb osób niepełnosprawnych podejmowana jest nie tylko przez publiczne instytucje, w tym przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych. Przedmiotowe zagadnienie podejmowane jest przez liczne organizacje trzeciego sektora, fundacje, podmioty prywatne, związki pracodawców oraz stowarzyszenia, które prowadzą działalność finansowaną ze środków niepublicznych. Badania i analizy rynkowe, także dotyczące osób z niepełnosprawnościami mogą być prowadzone i finansowane nie tylko ze środków publicznych. To mechanizm wolnego rynku, a zawężanie usług i uznawanie tylko tych, które znalazły finansowanie środków publicznych, dyskryminuje działania, które realizowały poza budżetem państwa a tematem odpowiadały zakresowi tego zamówienia. Ponadto zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia na żądanie Zamawiającego, dokumentów,

pozwalających - w ocenie Zamawiającego - jednoznacznie ocenić, czy rodzaj badań zrealizowanych w ramach wymaganych usług polegał na wykonaniu jakościowo-ilościowego badania społecznego przy zastosowaniu adekwatnej metodologii, narusza równą konkurencję i tworzy realne ryzyko braku możliwości (uprawnienia) do przedstawienia żądanych dokumentów. Nie można wykluczyć, że - w zależności od dowolnej oceny Zamawiającego - może zdarzyć się tak, że na skutek żądania przedstawienia dokumentów (takich jak wyniki, raporty, metodologie), wykonawca będzie ograniczony (a czasami pozbawiony takiego uprawnienia) w swobodnym przedstawianiu takich dokumentów z uwagi na zobowiązania wynikające z kontraktu w tym autorskie prawa majątkowe lub zobowiązania do zachowania poufności danych.

Zgodnie z Rozdziałem XVII SWZ Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag kryteriów i sposobu oceny oferty, Zamawiający określił m.in. dwa kryteria jakościowe oceny ofert, a mianowicie:

- i. Kryterium – Sposób dotarcia do respondentów (określonych w zał. nr 1 OPZ pkt 2 Podmiot badania) wraz z pozyskaniem danych kontaktowych - „MR” – waga 20 % (20 % = 20 pkt) oraz
- ii. Kryterium – Dodatkowe pytania badawcze z ich uzasadnieniem „P” – waga 10% (10% = 10 pkt).

Zamawiający określił m.in., że w kryterium „Sposób dotarcia do respondentów” oceniany będzie opis zaplanowanego dotarcia do respondentów:

- Sposób adekwatny do celu (dostateczny opis uwiarygadniający dotarcie do wszystkich grup respondentów) i zakresu badania – 20 pkt. Opis jest wyczerpujący, uwzględnia wszystkie założone grupy osób z niepełnosprawnością a także ogólnopolski zasięg badania. Jest realny i możliwy do zrealizowania. Uwzględnione zostały wszystkie wymagania metodologiczne.
- Sposób nie w pełni adekwatny do celu i zakresu badania (nie w pełni wystarczający opis uwiarygadniający dotarcie do wszystkich grup respondentów) – 10 pkt. Opis nie jest wyczerpujący, np.: nie uwzględnia wszystkich badanych grup niepełnosprawności i/lub nie zapewnia/potwierdza rozkładu terytorialnego respondentów zgodnie z metodologią badania i/lub brak uwzględnienia wymogów RODO. Sposób dotarcia do

respondentów jest trudny do realizacji, uzależniony od decyzji podmiotów trzecich co stwarza ryzyko opóźnień.

- Sposób nie odpowiadający metodologii badania, nie zapewnia osiągnięcia celów badania – 0 pkt.

W ocenie Odwołującego nie jest jasne, jakie znaczenie przypisuje Zamawiający sformułowaniu: „Uwzględnione zostały wszystkie wymogi metodologiczne.” Tak opisany warunek sposobu dokonywania oceny tworzy pole do odmiennej (dowolnej) interpretacji. Zachodzi zatem potrzeba doprecyzowania ww. opisu kryterium oceny.

Z kolei w ramach kryterium „Dodatkowe pytania badawcze” Zamawiający postanowił m.in., że ocenie będą podlegały dwa pierwsze, dodatkowe pytania badawcze. Punkty w tym kryterium mogą zostać przyznane, jeżeli pytania będą dotyczyły nowego zagadnienia badawczego nie ujętego w pytaniach zaproponowanych przez Zamawiającego i jednocześnie będą adekwatne z celem i zakresem badania. Za jedno dodatkowe pytanie badawcze będzie można uzyskać do 5 pkt, w tym:

- 3 pkt, jeżeli pytanie będzie użyteczne z punktu widzenia osiągnięcia celów badania,
- 2 pkt, jeżeli zostanie przedstawione przekonujące uzasadnienie zastosowania tego pytania z punktu widzenia osiągnięcia celów badania.

Zdaniem Odwołującego, nie jest zrozumiały ww. opis warunku przyznania 3 punktów, przy uwzględnieniu ogólnego wzorca użyteczności pytania badawczego w aspekcie osiągnięcia celów (całego) badania. Zachodzi zatem konieczność doprecyzowania lub zdefiniowania pojęcia użyteczności pytania badawczego, albowiem zachodzi ryzyko dowolnej oceny przedstawionych dodatkowych pytań badawczych, a w konsekwencji dowolnej oceny ofert przy zastosowaniu przedmiotowego kryterium.

Zgodnie z art. 16 Ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny, poprzez sformułowanie opisu spełnienia warunków udziału w Przetargu w sposób wadliwy, niewyczerpujący i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, skutkujący wyeliminowaniem z kręgu potencjalnych wykonawców

przedsiębiorców, którzy na skutek nieproporcjonalnego określenia warunków udziału w postępowaniu, nie mogą ubiegać się o jego udzielenie.

W orzecznictwie KIO² wskazuje się, że „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 naczelných 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 - pomijając 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.”

W orzecznictwie KIO³, wyrażane jest również jednolite stanowisko, że „zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Warunki udziału powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo

² Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 882/22

³ Wyrok KIO z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 356/21

zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Proporcjonalność warunków nie oznacza konieczności uwzględniania doświadczenia jakie posiada każdy wykonawca działający na rynku, a tym samym dostosowywania wymaganego doświadczenia pod konkretnego wykonawcę, tak aby spełniał on warunki udziału w postępowaniu.”

W świetle przedstawionej wyżej argumentacji oraz przy uwzględnieniu uzasadnienia prawnego, wynikającego bezpośrednio z przytoczonych zarzutów w niniejszym odwołaniu, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Wpis od niniejszego odwołania w wysokości 7500 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Radosław Mytkowski
Radca prawny
WA- 6458

Załączniki:

- pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- dowód uiszczenia wpłaty tytułem wpisu;
- potwierdzenie przesłania kopii odwołania na adres Zamawiającego