

Numer sprawy: IGKM.271.8.2023

Poddębice, dnia 1 sierpnia 2023 roku

## Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania

dot: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: **Wykonanie modernizacji sieci, dostawy sprzętu informatycznego i podpisów kwalifikowanych oraz przeprowadzenie szkoleń w ramach projektu „Cyfrowa Gmina”**  
**Część II zamówienia: Dostawa macierzy dyskowych (backup) oraz dostawa oprogramowania serwera pocztowego Icewarp.**

Zamawiający Gmina Poddębice działając na podstawie art. 260 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), informuje, iż na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia w związku z niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

### Uzasadnienie

Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie procedury udzielenia zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) – dalej p.z.p. Dotyczy to zarówno etapu przygotowania postępowania jak i czynności zmierzających bezpośrednio do wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez badanie i ocenę ofert.

Przygotowując postępowanie Zamawiający zgodnie z art. 112 ust. 1 p.z.p. określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W związku z powyższym Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu winien sprecyzować go w celu zbadania, czy Wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, a zatem powinien być określony na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany Wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony wskazywać minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu winien być określony przez Zamawiającego w taki sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał Wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Wynika to także ze sformułowania "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", co również potwierdza, że warunki nie mogą być nadmierne do przedmiotu zamówienia, w sposób nieuzasadniony ograniczające dostęp do zamówienia Wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie.

W przedmiotowym postępowaniu przetargowym Zamawiający wymagał od Wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu między innymi dotyczącego

wykazania się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum jedną dostawą oprogramowania serwera pocztowego Icewarp.

Zgodnie z powyższym opisem warunek postawiony przez Zamawiającego narusza zasadę proporcjonalności, zatem zachwianie równowagi pomiędzy interesem Zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem Wykonawców. Poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań Wykonawcy zostali wyeliminowani z postępowania co uniemożliwiło im ubieganie się o zamówienie pomimo posiadania doświadczenia w dostawie oprogramowania serwerów pocztowych nie konieczne Icewarp.

W wyroku z dnia 15.02.2022 r. sygn. akt KIO 261/22 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała że "Z przywołanych przepisów wynika, że warunki udziału w postępowaniu są określane w celu zbadania, czy wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia. Muszą być one zatem określone na takim poziomie, aby można było sprawdzić, czy dany wykonawca posiada potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia, ale z drugiej strony ustawodawca wymaga, aby poziom ten wskazywał minimalny wymagany potencjał potrzebny do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu muszą być zatem określone w taki sposób, aby w ich ramach badany był ten potencjał wykonawcy, który jest rzeczywiście niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Wynika to także z użytego przez ustawodawcę sformułowania "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia", co również potwierdza, że warunki nie mogą być nadmierne do przedmiotu zamówienia, w sposób nieuzasadniony ograniczające dostęp do zamówienia 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 wyroku z dnia 16.06.2021 r., sygn. akt KIO 1163/21, Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że o naruszeniu art. 112 ust. 1 p.z.p. należy mówić wtedy gdy dojdzie do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego prawidłowej realizacji (dającym rękojmię jego należytego wykonania) Ponadto z treści powyższego orzeczenia wynika, iż "Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu.

Jak wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 19.04.2022 r., sygn. akt KIO 882/22, "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 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.

Ponadto, w wyroku z 19.04.2022 r., sygn. akt KIO 882/22, Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że "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 rękopisem należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać bezpodstawnie wyeliminowani z udziału w postępowaniu".

W obecnej sytuacji doszło już do otwarcia ofert, co oznacza, że Zamawiający nie ma możliwości dokonania zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia celem wyeliminowania sformułowania nadmiernych wymagań w określeniu warunku udziału w postępowaniu. Stąd, koniecznością jest unieważnienie przedmiotowego postępowania przetargowego dla części II zamówienia jako postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.),

### **Środki ochrony prawnej**

Wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – Dział IX „Środki ochrony prawnej” (art. 505-590 ustawy Pzp)

Burmistrz Poddębic  
(-) Piotr Sęczkowski