

WYROK
z dnia 4 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 lutego 2021 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **wykonawcę EL-CORP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Sąd Okręgowy w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- 1) Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie;**
- 2) Bezpieczne.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - EL-CORP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - EL-CORP Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Odwołującego - EL-CORP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** rzecz **Zamawiającego - Sądu Okręgowego w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 2 lutego 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca **EL-CORP Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Zamawiający: Sąd Okręgowy w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na „Świadczenie usługi wsparcia technicznego i serwisu sprzętu dla systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych ReCourt w 55 salach rozpraw Sądu Okręgowego w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 2021/BZP 00004018 w dniu 28 stycznia 2021 r. Tego samego dnia na stronie internetowej Zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Postępowanie prowadzone jest według przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. poz. 2019, ze zm.).

Odwołanie złożono od niezgodnych z prawem czynności oraz zaniechań dokonania czynności przez Zamawiającego polegających na niezgodnym z zasadami i przepisami ustawy Pzp określeniu warunków udziału w postępowaniu powodującym zakłócenie konkurencji na rynku.

Odwołanie złożono z zachowaniem 5- dniowego terminu zawitego określonego w art. 515 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. W tym samym dniu kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania bowiem naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp pozbawia Wykonawcę możliwości złożenia oferty w postępowaniu i w konsekwencji naraża Odwołującego na poniesienie szkody, pozbawiając go możliwości uzyskania zamówienia, mimo że Odwołujący jest zdolny do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 16 ustawy Pzp,
- 2) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) art. 116 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków udziału w postępowaniu w sposób opisany w uzasadnieniu do odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający postawił w Rozdziale IV SIWZ warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z którymi: „O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi i wsparcia technicznego przez okres co najmniej 12 miesięcy każda dla systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych ReCourt oraz wykaże, że usług i te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. (...)”

Odwołujący w dniu 01 lutego 2021 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę postawionych warunków, wskazując na ich oczywistą nieproporcjonalność, tak aby uzyskać możliwość złożenia oferty. Postanowienia SIWZ w jej obecnym brzmieniu nie pozwalają Odwołującemu na złożenie konkurencyjnej oferty. W dniu 02 lutego 2021 r. Zamawiający odmówił zmiany warunków udziału w postępowaniu bez jakiegokolwiek uzasadnienia swojego stanowiska.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający ma obowiązek przygotować i prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w art. 16 ustawy Pzp. Wśród tych zasad wskazana została zasada konkurencyjności i proporcjonalności, która zezwala zamawiającym na podejmowanie tylko takich środków ograniczających konkurencję, które są konieczne i jednocześnie wystarczające do osiągnięcia celu, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 31.05.2016, sygn. akt KIO 786/16; *Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Istota proporcjonalności musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania*”.

Jak podnosi się w literaturze przedmiotu: „Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub wykonawcy, w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Co do zasady warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do cech zawodowych wykonawcy, których posiadanie jest konieczne, a zarazem wystarczające do prawidłowej realizacji zamówienia. Postawione warunki nie mogą zatem ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis stawianych warunków powinien być każdorazowo dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu(...). Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem i stopniem złożoności. Opis warunków powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia(...). Zastosowane warunki mają być z jednej strony konieczne, a z drugiej wystarczające, stąd nie mogą wykraczać poza to, co jest uzasadnione specyfiką zamówienia. Adekwatność, konieczność i wystarczalność to podkreślane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyznaczniki zasady proporcjonalności, musi być brana pod uwagę przy stawianiu warunków udziału w postępowaniu. Problematyką proporcjonalności stosowanych kryteriów zajmował się Trybunał Sprawiedliwości

w orzeczeniu z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse S.A. Vivisol Srl Chcigen SaludSA v. Ingesa, Zb. Orz. 2005, s. 1-9315, uznając, że jeśli do realizacji celu, jakim jest prawidłowa realizacja umowy, wystarczające jest nałożenie na wykonawców wymogów w postaci warunków kontraktowych, to ich nakładanie w samej procedurze należy uznać za nieproporcjonalne do osiągnięcia takiego celu.”

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp warunki winny być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp stawianie warunków dotyczących m.in. doświadczenia wykonawcy ma na celu umożliwienie realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Odwolujący wskazał, że w 2018 r., 2019 r. oraz w 2020 r., ten sam Zamawiający - Sąd Okręgowy w Warszawie prowadził postępowania i zawierał umowy w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty nie zamieszczając w SIWZ żadnych warunków dotyczących wcześniejszego doświadczenia wykonawcy w świadczeniu tożsamych z przedmiotem zamówienia usług. Realizacja umów zawartych w wyniku tych postępowań przebiegała bez żadnych problemów a wybrani wykonawcy należycie wywiązywali się ze swoich obowiązków, co świadczy o tym, że stawianie warunków w tym zakresie, co do zasady, nie było konieczne. Skoro w przeszłości wykonawcy wybrani w drodze procedury, w której wcześniej nie postawiono warunków udziału w postępowaniu wywiązali się i wywiązują się

z umów w sposób należyty, to nie ma powodów do ograniczania konkurencji i eliminowania takich wykonawców z aktualnie prowadzonego postępowania. Jako dowód Odwołujący złożył specyfikacje z lat poprzednich: 2018, 2019, 2020.

Do 2020 r. rynek usług będących przedmiotem postępowania był ograniczonych wyłącznie do dwóch firm: Comarch S.A. będącą dostawcą systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych oraz Bezpieczne IT sp. z o.o. W 2020 r., w odpowiedzi na SIWZ sporządzoną przez Sąd Okręgowy w Warszawie, postępowanie wygrał Odwołujący i to z nim została zawarta umowa na świadczenie przedmiotowych usług tożsamych z przedmiotem obecnego postępowania. Z umowy Odwołujący wywiązuje się należycie mimo utrudnień wynikających z braku posiadania przez Sąd dokumentacji powykonawczej wykonanego i wdrożonego wcześniej w sądzie systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych oraz mimo znacznych utrudnień występujących na rynku związanych z panującą pandemią Covic 19. Brak sporządzenia dokumentacji powykonawczej przez firmę, która dostarczyła system jest w istocie niedopełnieniem obowiązku tego dostawcy, powodującym, że każdy inny, niż dostawca systemu, podmiot realizujący następnie usługę serwisową, napotyka na trudności w jej wykonaniu.

W obecnej SIWZ w 2021 r. Zamawiający zawarł kwestionowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu. Obecny warunek udziału w postępowaniu uniemożliwia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty w sposób nieuzasadniony ograniczając konkurencję wyłącznie do 2 firm informatycznych, a mianowicie Comarch i Bezpieczne IT sp. z o.o. Przez wiele lat firmy te dzieliły rynek usług będących przedmiotem obecnego postępowania pomiędzy sobą i dopiero w 2020 r., kiedy Odwołujący zdecydował się złożyć ofertę w postępowaniu na świadczenie takich usług i jego oferta okazała się korzystniejsza, zamówienie zostało udzielone Odwołującemu. Złożenie oferty w 2020 r. było możliwe, ponieważ SIWZ nie zawierała takich ograniczeń jak obecna. Taka sytuacja spotkała się z natychmiastową odpowiedzią firmy Comarch S.A., która za pomocą złożonego odwołania w jednym z postępowań prowadzonych przez sądy, przekonywała, że konieczne jest stawianie warunków udziału w postępowaniu. Wymuszenie zmian wobec stawianych warunków w postępowaniach prowadzonych przez sądy nastąpiło w konsekwencji złożonego odwołania dotyczącego innego przedmiotu zamówienia - a mianowicie dostawy i wdrożenia systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych. Z tego powodu argumenty podnoszone w tym odwołaniu nie przystają do okoliczności prowadzonego obecnie postępowania.

Odwolujący nie spełnia postawionego w obecnym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu, mimo że jest stroną umowy zawartej w dniu 28 lutym 2020 r. z Sądem Okręgowym w Warszawie na świadczenie tożsamych usług. Z realizacji umowy wywiązuje się należycie, do sposobu, terminowości i jakości usług Zamawiający nie ma żadnych zastrzeżeń. Tym samym Odwołujący dowiódł, że jest podmiotem zdolnym do realizacji również zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania przetargowego i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a jednocześnie obecne postanowienie SIWZ pozbawiają go możliwości złożenia oferty w aktualnie prowadzonym postępowaniu.

Postawienie warunku udziału w postępowaniu w obecnym kształcie de facto spowoduje na kolejne lata

zamknięcie rynku przedmiotowych usług ograniczając go do firm Comarch S.A. oraz Bezpieczne IT sp. z o.o. Tymczasem rolą Zamawiającego jest prowadzenie postępowań w sposób umożliwiający możliwie szeroki dostęp do zamówień publicznych i nietworzenie niepotrzebnych barier uniemożliwiających udział w postępowaniu firmom zdolnym wykonać zamówienie z należytą starannością.

Odwolujący wnosil o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany warunków udziału w postępowaniu i dopuszczenie wykazania się doświadczeniem w świadczeniu jednej trwającej usługi, której termin wykonania wynosi 12 miesięcy, pod warunkiem zrealizowania przed upływem terminu składania ofert pełnych 10 miesięcy świadczenia usługi.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie zaznaczenia wymaga, iż w związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „nPzp”).

Następnie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 528 ust. 1 ustawy nPzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ustawy nPzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności ustalenia warunków ubiegania się o zamówienie przez Zamawiającego na wstępnym etapie postępowania, pozbawia Odwołującego możliwości złożenia oferty, a tym samym możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

3) Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie;

4) Bezpieczne.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność złożonych przystąpień.

Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Wskazywano, że zarzuty są nieuzasadnione, gdyż objęte odwołaniem zapisy SIWZ ogłoszenia nie naruszają w żaden sposób przepisów ustawy Pzp. Określenie zapisów SIWZ leży w gestii Zamawiającego jako gospodarza postępowania, który jest uprawniony do samodzielnego określenia wymagań w sposób odpowiadający jego potrzebom i zapewniający osiągnięcie zamierzonego celu, pod warunkiem dochowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podniesiony argument, że postawione warunki są nieproporcjonalne jest nietrafiony. Odwołujący jest aktualnie podmiotem, który świadczy usługi wsparcia technicznego i serwisu sprzętu na salach rozpraw Zamawiającego. Zatem to Zamawiający ma najlepszą wiedzę

o tym, czy Odwołujący świadczy usługę w sposób należyty. Odwołujący twierdzi, że wywiązuje się ze swojego zobowiązania w sposób należyty, jednocześnie nie przedstawia żadnych dowodów, że tak jest w rzeczywistości. Odwołujący powinien odpowiednio udowodnić dlaczego jest zdolny wykonywać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący jedynie powołuje się na historyczne postępowania, które nie zawierały tego rodzaju wymagania. Trudno jednak z samego faktu braku warunków udziału wyciągać wnioski, że jego brak

w przeszłości był słuszny. Doświadczenie w przeprowadzaniu postępowania na świadczenie usługi wsparcia technicznego i serwisu sprzętu systemu cyfrowej rejestracji rozpraw sądowych być może zmusiło Zamawiającego do zawarcia stosownych wymogów wobec potencjalnych Wykonawców.

Warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu jedynie ustanawia pewien minimalny poziom doświadczenia jakim winni wykazać się Wykonawcy zainteresowani świadczeniem usługi tego rodzaju. Nie bez znaczenia jest tutaj przedmiot zamówienia - system cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych, który jest jednym z kluczowych systemów informatycznych stworzonych na potrzeby sprawnego działania wymiaru sprawiedliwości. Jego prawidłowe funkcjonowanie ma wpływ na sprawność prowadzonych przez sądy powszechne postępowań cywilnych i wykr poczynionych. Rozluźnienie lub brak jakichkolwiek wymagań stwarza ryzyko udzielenia zamówienia podmiotom, którym brak jest doświadczenia i odpowiedniej wiedzy. Zatem zarzut, że warunek ogranicza w sposób nieuzasadniony dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania jest nietrafiony. Warunek nie jest wygórowany, ani nieproporcjonalny, zwłaszcza że dotyczy największego sądu w Polsce. Warunek odpowiada stopniu skomplikowania przedmiotu zamówienia. Aby zbadać proporcjonalność i adekwatność wymogu należy przeprowadzić analizę rzeczywistego potencjału Odwołującego, czego w uzasadnieniu zarzutów odwołania brakuje. Dodatkowo zauważono, że w okresie świadczenia usługi przez Odwołującego mieliśmy do czynienia z 6 miesięcznym przestojem w prowadzeniu rozpraw z powodu epidemii COVID-19. Zamawiający kształtując wymagania dotyczące udziału w postępowaniu musi pogodzić różne interesy. Z jednej strony musi zapewnić konkurencyjność postępowania, ale jednocześnie z poszanowaniem szczególnych wymagań, które mogą uzasadniać konieczność szerszej oceny doświadczenia danego podmiotu. Konieczne jest zachowanie równowagi między interesami Zamawiającego w uzyskaniu rękopisów należytego wykonania zamówienia a interesem Wykonawców.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego

w formie elektronicznej Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 4 lutego 2021 roku dokonał zmian zapisów SIWZ precyzując, że przedmiot zamówienia odnosił się będzie do 55 sal rozpraw.

Zamawiający podał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należyście wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi wsparcia technicznego przez okres co najmniej 12 miesięcy każda dla systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych ReCourt oraz wykaże, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należyście. W przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia powyższy warunek wykonawcy mogą spełniać łącznie.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu przewidziana została na zasadzie: spełniania/niespełniania, na podstawie złożonego oświadczenia wykonawcy,

o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy nPzp oraz podmiotowych środków dowodowych wymaganych w postępowaniu.

Odpowiadając na Pytanie nr 1:

<<Zamawiający postawił w SIWZ w Rozdziale IV warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z którymi: „O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należyce wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi wsparcia technicznego przez okres co najmniej 12 miesięcy każda dla systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych ReCourt oraz wykaże, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należyście. (...)”

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o zmianę postawionych warunków gdyż prowadzą one do znacznego ograniczenia konkurencji i są w oczywisty sposób nieproporcjonalne. W 2018 r., 2019 r. oraz w 2020 r., ten sam Zamawiający prowadził postępowania i zawierał umowy w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty nie zamieszczając w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żadnych warunków dotyczących wcześniejszego doświadczenia wykonawcy w świadczeniu tożsamych z przedmiotem zamówienia usług. Realizacja umów zawartych w wyniku tych postępowań przebiegała bez żadnych problemów a wybrani wykonawcy należyście wywiązywali się ze swoich obowiązków, co świadczy o tym, że stawianie warunków w tym zakresie nie było konieczne.

Zamawiający ma obowiązek przygotować i prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w art. 16 ustawy Pzp. Wśród tych zasad wskazana została zasada konkurencyjności i proporcjonalności, która zezwala zamawiającemu na podejmowanie tylko takich środków ograniczających konkurencję, które są konieczne i jednocześnie wystarczające do osiągnięcia celu, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty. Skoro w przeszłości wykonawcy wybrani w drodze procedury, w której wcześniej nie postawiono warunków udziału w postępowaniu wywiązywali się i wywiązują się z umów w sposób należyty, to nie ma powodów do ograniczania konkurencji i eliminowania takich wykonawców z aktualnie prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe wykonawca wnosi o zmianę warunków udziału w postępowaniu i dopuszczenie wykazanie się doświadczeniem w świadczeniu jednej trwającej usługi, której termin wykonania wynosi 12 miesięcy, pod warunkiem zrealizowania przed upływem terminu składania ofert pełnych 10 miesięcy świadczenia usługi.

Jednocześnie wykonawca wnosi o przedłużenie terminu składania ofert. >>

Zamawiający odpowiedział, że nie wyraża zgody na zmianę SIWZ w powyższym zakresie. W związku z czym zapisy SIWZ Zamawiający pozostawia bez zmian. Powyższe informacje są wiążące dla wszystkich Wykonawców, którzy wezmą udział w niniejszym postępowaniu i złożą oferty.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Wskazał, że celem określania a następnie badania warunków udziału w każdym postępowaniu jest ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis warunków musi zostać dokonany w taki sposób, aby służył ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykonawca, aby mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia, musi wykazać, że posiada zdolności do wykonania zamówienia co najmniej na poziomie określonym przez zamawiającego. Warunki te, należy określać w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, mogą one dotyczyć m.in. zdolności technicznej lub zawodowej przez badanie posiadania wymaganego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego zarówno w odniesieniu do samego wykonawcy, jak i osób kierowanych przez niego do realizacji zamówienia.

Dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego przy realizacji zamówienia, wymusiły na Zamawiającym konieczność ustalenia przed udzieleniem zamówienia, czy wykonawcy zgłaszający zainteresowanie realizacją zamówienia, będą w stanie faktycznie wykonać je zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Realizacja takiego zamówienia jakim jest świadczenie usługi wsparcia technicznego i serwisu sprzętu dla systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych ReCourt, wymaga nie tylko znajomości sprzętu, który będzie serwisowany ale w szczególności doświadczenia przy realizacji wsparcia technicznego.

W ramach świadczenia usługi wsparcia technicznego i serwisu sprzętu Zamawiający wymaga od wykonawcy m.in. udzielania nieodpłatnych konsultacji i pomocy technicznej, w dni robocze w godz. 8:00 – 16:00 oraz dokonywania napraw lub wymiany sprzętu znajdującego się na salach rozpraw. W związku z tym, że usługą są objęte systemy cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych, istotny z punktu widzenia zapewnienia sprawności nie tylko tych urządzeń ale i odpowiedniego przebiegu rozprawy, jest czas reakcji na zgłoszoną awarię, ale i czas naprawy. Stąd też konieczne dla zapewnienia należytego wykonania zamówienia jest wybranie wykonawcy, który będzie legitymował się doświadczeniem w wykonywaniu usługi wsparcia technicznego przez okres co najmniej 12 miesięcy dla systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych ReCourt, zapewniając tym samym realizację tych usług na prawidłowym poziomie.

Niezasadny jest argument Odwołującego odnoszący się do braku proporcjonalności warunku w kontekście tego, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach w tym przedmiocie Zamawiający nie stawiał żadnych warunków w zakresie doświadczenia. Brak

w poprzednich postępowaniach warunków udziału w postępowaniu nie świadczy o naruszeniu zasad wynikających z PZP. Na przestrzeni lat, a w szczególności biorąc pod uwagę obecnie realizowaną umowę, potrzeba wykazania się doświadczeniem przez potencjalnego wykonawcę stała się niezbędna dla zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Zdobyć i posiadać doświadczenia, jakiego wymaga Zamawiający w postępowaniu, przez wykonawców było i jest możliwe. System cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych ReCourt działa od prawie 10 lat we wszystkich sądach

w Polsce. Zatem zdobycie doświadczenia u innych zamawiających, a nie tylko w SO

w Warszawie było i jest możliwe. Opisany przez Zamawiającego warunek nie dotyczy konieczności wykazania się posiadanym doświadczeniem w realizacji usług dla tego Zamawiającego. Jak sam zauważył Odwołujący, postępowanie w tym samym przedmiocie Zamawiający prowadził w latach poprzednich, jednakże Odwołujący nie zdecydował się wówczas na złożenie oferty, pomimo braku jakiegokolwiek ograniczeń. Całkowicie niezrozumiałe jest zatem twierdzenie Odwołującego, że rynek tych usług był otwarty dla wykonawców dopiero w 2020 r. Oferty w poprzednio prowadzonych postępowaniach złożyło tylko dwóch wykonawców: Comarch Polska SA i Bezpieczne.it. Odwołujący nie był wówczas zainteresowany nie tylko udziałem w takim postępowaniu (brak wówczas było wymogu wykazania się jakimkolwiek doświadczeniem), ale przede wszystkim zdobyciem doświadczenia przy realizacji tego typu usług. Brak dokumentacji powykonawczej, o której pisze Odwołujący, w żaden sposób nie rzutuje na ewentualne trudności w realizacji

przedmiotowych usług. Istotna w tym przypadku dla należytego wykonania zamówienia, wydaje się kwestia nabytego doświadczenia.

Zamawiający zaprzeczył również, jakoby obecnie realizowana przez Odwołującego wykonywana była należycie. Zamawiający ma duże zastrzeżenia co do jakości i sposobu świadczenia usługi przez Odwołującego. Powyższe spowodowane jest przede wszystkim brakiem posiadania przez tego wykonawcę doświadczenia. Zamawiający zdecydował się więc na określenie warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia, który jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, i jednocześnie dotyczy zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Okoliczność ta nie stanowi o ograniczeniu konkurencji a o konieczności dokonania wyboru wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania usługi. Biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia oraz warunki w jakich jest świadczona, tylko wymóg zrealizowania dwóch podobnych usług w założonym 12 miesięcznym okresie, pozwala ocenić zdolność dostosowania się do oczekiwań zamawiających w różnych warunkach pracy sądów. Co więcej, ograniczenie doświadczenia do jednej usługi nie daje pozytywnej perspektywy oceny przygotowania zawodowego podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne.

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 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.

Dlatego też Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wnosił również o oddalenie dowodów przedłożonych wraz z odwołaniem, gdyż nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Nie mają one żadnego związku z podnoszonymi w odwołaniu zarzutami.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.

Na podstawie art. 16 ustawy nPzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Według art. 112 ust. 1 ustawy nPzp, zamawiający 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.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy nPzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Przechodząc do rozpoznania zarzutów odwołania, dostrzeżenia wymaga, iż granicę dozwolonych działań zamawiającego w zakresie opisu warunków umożliwiających ubieganie się o dane zamówienie stanowią wspomniane wyżej zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności jako nadrzędne zasady wyznaczone Prawem zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. Nie oznacza ona natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu i określaniu reguł umowy, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, czy też możliwości pozyskania partnerów biznesowych do wspólnej realizacji danego zamówienia, ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości zamawiającego.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należytą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia, do których nawiązuje art. 112 ustawy nPzp, przy czym ustalone warunki odzwierciedlać mają minimalne poziomy zdolności.

Zamawiający ma prawa określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się po pierwsze do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście. Niewątpliwie granicę

dozwolonych działań zamawiającego w tym zakresie stanowią wspomniane wyżej zasady. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia.

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

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. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopisów należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

To od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego stanowiącego jego przedmiot, jak również, że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

W ocenie Izby takiej argumentacji Odwołujący w prowadzonym postępowaniu odwoławczym nie przedstawił. Z pewnością nie można wywodzić nadmierności ustalonego warunku w zestawieniu z brakiem warunków we wcześniej prowadzonych postępowaniach. Zamawiający dokonując rewizji przebiegu realizacji przedmiotu zamówienia w latach ubiegłych, obecnie miał prawo zdecydować, iż do zapewnienia należytego wykonania przebiegu usługi o istotnym dla funkcjonowania Sądu znaczeniu, konieczne jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy doświadczenie w realizacji usług podobnych już posiadają. Tym bardziej, że podobne usługi świadczone są, jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, od 10 lat, na rzecz różnych sądów w Polsce. Nabycie zatem doświadczenia o podobnym profilu nie jest zadaniem utrudnionym i skomplikowanym. Co istotne również, choć w latach poprzednich Zamawiający nie wymagał doświadczenia w realizacji usług o podobnym zakresie, Odwołujący nie zdecydował się na udział w prowadzonych postępowaniach. Tym samym w ocenie Izby powyższe świadczy, iż to nie kwestie związane z wymaganiami warunku spowodowały taki stan, a ustalonych reguł wykazania się określonym doświadczeniem nie można uznać za wygórowane i nadmierne.

Co się tyczy ilości zrealizowanych umów budujących całokształt doświadczenia danego wykonawcy, to skład orzekający Izby uważa, iż doświadczenie nabywane jest przez powtarzające się wykonywanie określonych czynności. Istotą warunku jest zatem uprawdopodobnienie poprawnej realizacji danego zamówienia, czemu mają służyć wcześniejsze doświadczenia wykonawcy. Jednorazowe wykonanie czynności, czy też wykonanie tylko jednej umowy nie można uznać w ocenie Izby za potwierdzające nabycie określonego doświadczenia. Taka sytuacja wpisuje się raczej w działalność o charakterze incydentalnym, a nie wykonywanie czynności w sposób powtarzalny. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że doświadczenie w świadczeniu jednej usługi, na dodatek takiej gdzie termin realizacji zobowiązań umownych nie został jeszcze ukończony, a sama długość umowy nie wskazuje na zobowiązanie długotrwałe, można uznać za posiadanie doświadczenia spełniającego cel przepisów ustawy Pzp, nie ma bowiem w takim przypadku mowy o zwielokrotnieniu nabywanego doświadczenia. Zdaniem składu orzekającego ustalony przez Zamawiającego poziom warunku posiadania niezbędnego doświadczenia spełnia reguły wymagania o poziomie podstawowym, powtarzalnym, sparymetryzowanym, adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Izba w składzie wyznaczonym do rozpoznania odwołania podziela argumentację przedstawioną w wyroku KIO z dnia 7 sierpnia 2014 roku (sygn. akt KIO 1495/14), iż „W takim bowiem wypadku, treścią warunku jest dwukrotne [lub więcej] wykonanie określonych przedsięwzięć, zaś miarą doświadczenia jest w takim wypadku nie tylko wykonanie określonego zadania, ale także niezakończone kilkukrotne powtórzenie takich przedsięwzięć, co wpisuje się w trafną logikę, że o ile raz poprawna realizacja określonego zadania może być wynikiem pozytywnego, poniekąd przypadkowego obrotu zdarzeń, to powtórne zadowalające wykonanie takiego zadania świadczy o doświadczeniu podmiotu, które daje podstawę do przyjęcia, że wykonawca za każdym następnym razem wykonując takie zadanie – wykona je dobrze”.

Izba wyraża przekonanie, że ustalony przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek nie został ustalony w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia znaczenie ma doświadczenie w wykonaniu usług odpowiadających rodzajowo

i terminowo przedmiotowi zamówienia, a zatem odniesienie warunku do ilości umów i czasu wykonywania świadczeń podobnych w skali jednego roku nie stanowi wymagań Zamawiającego o charakterze nadmiernym. Zamawiający opisał i przedstawił specyfikę wykonania przedmiotu zamówienia, z zaakcentowaniem istotności należytego wykonania danych usług dla procesu bezproblemowego funkcjonowania instytucji realizującej nadrzędne cele o charakterze społecznym. W warunku do oceny zdolności wykonawcy do należytego spełnienia zobowiązania umownego przyjęty został przez Zamawiającego zestaw dokonań wykonawcy, który ma być spełniony łącznie, a cech tego zestawu wymagań Izba nie uznała za przeczących regułom określonym w ustawie nPzp.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy nPzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami),
orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....