

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę Nefeni Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Opatówek,

przy udziale wykonawcy MWC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej dla Zadania 1 (pkt 6.2.2 SWZ, sekcja V pkt 5.4 ogłoszenia o zamówieniu), poprzez:

- wykreślenie wymagań dotyczących liczby jednostek samorządu terytorialnego, na rzecz których wykonawca zrealizował lub realizuje zamówienia (12 oraz 300) oraz zastąpienie ich wymaganiem dysponowania doświadczeniem w realizacji zamówień na rzecz nie więcej niż 4 jednostek samorządu terytorialnego,

- wykreślenie wymagania dotyczącego pochodzenia systemu konferencyjnego z polskiej dystrybucji;

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Opatówek i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione

koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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:

Zamawiający - Gmina Opatówek - prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawa sprzętu i oprogramowania w ramach projektu Cyfrowa

Gmina w ramach Działania 5.1 Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 sierpnia 2022 r. pod nr 2022/BZP 00294396/01.

W dniu 10 sierpnia 2022 r. wykonawca Nefeni Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia dotyczącej warunków udziału w postępowaniu dla Zadania 1, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 134 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie w SWZ w pkt. 6.2.2. obowiązku wykazania się zdolnością zawodową i techniczną w sposób nieproporcjonalny, nadmierny i nieadekwatny do zakresu i poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim:

- Zamawiający wymaga od wykonawców wykazania się doświadczeniem przy wdrożeniu i utrzymaniu systemu oferowanego w nieproporcjonalnie dużej liczbie samorządów (12 lub 300, co dodatkowo pozostaje wymogiem niespójnym),
- Zamawiający wymaga, aby spośród 12 wymaganych wdrożeń, referencją było objętych 6 wdrożeń systemów gdzie sprzęt konferencyjny pochodził z polskiego kanału dystrybucji.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt. 6.2.2. SWZ w zakresie zadania 1, poprzez zastąpienie obecnej treści warunku następującą:

Oferent wykaże w postaci referencji, że w przeciągu ostatnich 3 lat dostarczył i świadczył usługi wsparcia oferowanego systemu informatycznego do zarządzania pracami rady gminy/rady miejskiej/rady miasta/sejmiku województwa obsługującego funkcjonalność głosowania elektronicznego dla przynajmniej 4 samorządów, z czego min. dla 2 z nich dostarczył i wyposażył w system konferencyjny zintegrowany z systemem do głosowania o wartości wdrożenia co najmniej 80 000 zł brutto. Oferent przekaże karty katalogowe oferowanych produktów.

Odwolujący podniósł, że sformułowane przez Zamawiającego wymogi dotyczące doświadczenia Wykonawcy stanowią ograniczenie konkurencji i prowadzą do wyeliminowania wykonawców, takich jak Odwołujący, którzy z powodzeniem dokonali wielu wdrożeń systemów, których dotyczy przedmiotowe postępowanie, jednak na mniejszą skalę niż co najmniej 12 czy 300 jednostek.

Zdaniem Odwołującego, postanowienia SWZ są niespójne w zakresie, w jakim odnoszą się do liczby dokonanych wdrożeń systemu. Z SWZ wynika, że oferent ma wykazać że w ciągu ostatnich 3 lat dostarczył i świadczył usługi wsparcia systemu do zarządzania pracami rady obsługującego funkcjonalność głosowania elektronicznego dla przynajmniej 12 samorządów, a jednocześnie zamawiający wymaga wykazania dostarczenia systemu do przeprowadzenia głosowań oraz zarządzania pracami rady (czyli takiego samego) w 300 jednostkach samorządu terytorialnego. Zatem Zamawiający w tym samym obszarze zdolności zawodowej i technicznej wymaga wykazania referencjami dostarczenia systemu i świadczenia usług wsparcia w 12 samorządach, a jednocześnie wymaga przedstawienia dowodów na dostarczenie i utrzymanie systemu w 300 jednostkach samorządu terytorialnego.

Odwolujący podniósł, że oczekiwanie przedstawienia dowodów wdrożenia i utrzymania systemu w 300, ale także i w 12 samorządach, jest nieproporcjonalne do

przedmiotu zamówienia i znacząco utrudnia konkurencję, nie pozwalając na złożenie ofert wszystkim wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia i dającym rękojmię skomplikowanego wykonania zobowiązania. Wskazał, że przy dużo bardziej wymagających, skomplikowanych, czasochłonnych, a w szczególności droższych zamówieniach, jakimi są np. zamówienia w zakresie robót budowlanych lub skomplikowanych usług, standardowo wymaga się wykazania doświadczeniem w pojedynczych budowach lub usługach, nie spotyka się wymogu odnoszącego się do kilkunastu, a co dopiero do kilkuset analogicznych zamówień.

Odwołujący stwierdził, że system, którego dostarczenia wymaga Zamawiający, to co do zasady oprogramowanie, które wykonawcy posiadają na stałe w swoich ofertach (tzw. produkty półkowe). Ich prawidłowe wdrożenie wymaga dostosowania do danego zamawiającego, co nie zmienia zasadniczo struktury oprogramowania, a zatem nie jest to zamówienie skomplikowane, jak takie, które polega na napisaniu pod zamawiającego całego oprogramowania od podstaw. Nie wiadomo zatem, czym kierował się Zamawiający wymagając od wykonawców wykazania się tak dużym doświadczeniem we wdrożeniach tak mało skomplikowanych. W ocenie Odwołującego nie ma racjonalnego uzasadnienia dla takich ograniczeń konkurencyjności. Podobnie, dostawa sprzętu konferencyjnego polega na zakupie sprzętu na rynku i w zasadzie odsprzedaniu go do zamawiającego (a nie na samodzielnej produkcji tego sprzętu przez wykonawców). Weryfikowanie, że taka odsprzedaż odbyła się prawidłowo sześć razy także stanowi wygórowane wymagania względem wykonawców, zwłaszcza że razem z tym wymaganiem Zamawiający wiąże obowiązek wykazania, że sprzęt pochodził z polskiej dystrybucji. Wykonawca w odniesieniu do sprzętu nie wykonuje żadnych usług, które mogłyby stanowić o jego doświadczeniu w pracach informatycznych, chyba że zamawiający chciałby wymagać od wykonawców doświadczenia w dokonywaniu zakupów i wykazywania, że sześć razy wykonawcy dokonali dobrego zakupu, co jest irracjonalne. Znaczenie powinno mieć dla zamawiającego tylko poprawne zintegrowanie sprzętu, niezależnie od tego z jakiego kanału dystrybucji pochodzi, co jest elementem wdrożenia, które jest wykazywane referencjami. Zintegrowany z systemem ma być sprzęt niezależnie od tego jaki to sprzęt, jeśli spełnia wymogi OPZ co do swoich funkcji, a jeśli spełnia wymogi funkcjonalne to dodatkowo bez znaczenia pozostaje gdzie został zakupiony. Dla zamawiającego powinny być istotne zapisy funkcjonalne i techniczne danego sprzętu, a nie kanał dystrybucji. Z motywu 50 preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE i odnoszącego się do wykazania przesłanki braku istnienia rozsądnych rozwiązań alternatywnych lub rozwiązań zastępczych wynika, że instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym znajduje się instytucja zamawiająca. Wykonawca nie znajduje takiego uzasadnienia po stronie Zamawiającego. Nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do ograniczania współpracy wykonawcy z podmiotem w ramach rynku wspólnotowego. Swoboda przepływu towarów w ramach wspólnoty europejskiej nie powinna być ograniczana przez Zamawiającego. Dostęp do zamówienia powinni otrzymać nie tylko wykonawcy, którzy mają dostęp do urzędzeń w ramach polskiej dystrybucji, ale też tacy, którzy dostarczają sprawny sprzęt, bez ograniczeń kraju pochodzenia w ramach wspólnoty.

Zdaniem Odwołującego, określone przez Zamawiającego wymagania faworyzują wykonawcę MWC Sp. z o.o., - jak wynika z informacji na jego stronie internetowej - wdrożył system w ponad 1000 jednostek samorządów, a także pozostaje wyłącznym dystrybutorem w Polsce urzędzeń do systemu konferencyjnego Vissonic. Opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sprzętu wskazuje, że OPZ spełnią wyłącznie urzędzenia Vissonic, a ich wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest MWC Sp. z o.o. (na dowód czego Odwołujący powołał się na informacje ze strony internetowej MWC Sp. z o.o. dotyczące ilości wdrożeń systemu w jednostkach samorządu, oraz informacje ze strony potwierdzające, że MWC Sp. z o.o. jest wyłącznym dystrybutorem sprzętu marki Vissonic w Polsce).

Odwołujący podniósł, że nawet, gdyby Zamawiający twierdził, że zna jeszcze innych pojedynczych wykonawców, którzy są w stanie wykonać umowę (np. GK Pro sp. z o.o. reklamuje się jako dostawca systemu w ponad 450 jednostkach), to niezgodne z ustawą Pzp jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które powodują, że w postępowaniu jest w stanie wziąć udział tylko jeden wykonawca, bądź nawet kilku, ale jednocześnie niemożliwy jest udział innych, którzy także byłiby w stanie należycie wykonać zamówienie. Odwołujący powołał się na informacje ze strony internetowej GK Pro Sp. z o.o., dotyczące liczby wdrożeń systemu w jednostkach samorządu.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający ma obowiązek podejmowania starań w celu ułatwienia małym i średnim przedsiębiorcą udziału w rynku zamówień publicznych. Za takie działania z pewnością należy uznać takie formułowanie warunków udziału w postępowaniu,

aby zapewnić należyty poziom konkurencji, w szczególności wśród mniejszych przedsiębiorców. Powyższe stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie również w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący powołał się na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 13 września 2007 r. w sprawie C-260/04, gdzie wskazano, że zamawiający może określić swoje wymagania w sposób, które spowodują utrudnienie konkurencji, ale wyłącznie wtedy, gdy jest to absolutnie niezbędne do realizacji jego potrzeb, które dodatkowo muszą być potrzebami rzeczywiście uzasadnionymi. Istotne znaczenie ma tu zasada proporcjonalności, zgodnie z którą środki podjęte do realizacji celu nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia tego celu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca MWC Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia w zakresie Zadania 1 jest dostawa systemu audiowizualnego (sprzętu i oprogramowania) do obsługi sesji Rady Gminy (pkt 3.2 SWZ).

W punkcie 6.2.2 SWZ oraz w sekcji V pkt 5.4 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

Oferent wykaże w postaci referencji, że w przeciągu ostatnich 3 lat dostarczył i świadczył usługi wsparcia oferowanego systemu informatycznego do zarządzania pracami rady gminy/rady miejskiej/rady miasta/sejmiku województwa obsługującego funkcjonalność głosowania elektronicznego dla przynajmniej 12 samorządów z czego min. dla 6 z nich dostarczył i wyposażył w system konferencyjny pochodzący z polskiej dystrybucji zintegrowany z systemem do głosowania o wartości wdrożenia co najmniej 80 000 zł brutto. Oferent do referencji załączy dokładny wykaz dostarczonego sprzętu konferencyjnego dla wyżej wymienionych 6 jednostek samorządów terytorialnych. Oferent przekaże karty katalogowe oferowanych produktów. Oferent przedstawi dowody na świadczenie usług w postaci dostarczenia i utrzymania systemu informatycznego do przeprowadzania głosowań oraz zarządzania pracami rady gminy/rady miejskiej/rady miasta/rady powiatu/sejmiku województwa dla min. 300 jednostek samorządu terytorialnego na dzień złożenia oferty.

W dniu 12 sierpnia 2022 r. Zamawiający - w odpowiedzi na wniosek wykonawcy o zmianę powyższego warunku - udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający wymaga wykazania bieżącej obsługi 300 usługobiorców na dzień złożenia oferty. Wymóg, w związku ze strategicznym znaczeniem systemu dla prawidłowego i sprawnego przeprowadzania określonych dla niego działań, podyktowany jest potrzebą wdrożenia systemu o mocno ugruntowanej pozycji na rynku, jak najbardziej dopracowanego, niezawodnego, popartego dużym, wieloletnim doświadczeniem dostawcy w zakresie tworzenia, wdrożenia i wsparcia oferowanego systemu. Badania rynku wskazują jednoznacznie, iż w przypadku systemów informatycznych doświadczenie i wielkość dystrybucji są proporcjonalne do jakości i niezawodności systemów, czego nie można jednoznacznie określić w przypadku chociażby robót budowlanych. Zamawiający jednocześnie wymaga aby Oferent wykazał w postaci referencji, że w przeciągu ostatnich 3 lat dostarczył i świadczył usługi wsparcia oferowanego systemu informatycznego do zarządzania pracami rady gminy/rady miejskiej/rady miasta/rady powiatu/sejmiku województwa obsługującego funkcjonalność głosowania elektronicznego dla przynajmniej

12 samorządów z czego min. dla 6 z nich dostarczył i wyposażył w system konferencyjny pochodzący z polskiej dystrybucji zintegrowany z systemem do głosowania o wartości wdrożenia co najmniej 80 000 zł brutto każdy. Oferent do referencji załączy dokładny wykaz dostarczonego sprzętu konferencyjnego dla wyżej wymienionych 6 jednostek samorządów terytorialnych. Oferent przekaże karty katalogowe oferowanych produktów. Zamawiający stawiając taki wymóg oczekuje aby Wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie celem wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający uważa że tak postawione wymagania nie naruszają konkurencji przy ilości możliwych do wdrożenia systemów które określa liczba jednostek samorządu terytorialnego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej która wynosi 2874. Zamawiający określając kanał dystrybucji oferowanego sprzętu ma na uwadze dostęp do szybkiego, profesjonalnego serwisu naprawczego, również pogwarancyjnego, świadczonego wyłącznie przez oficjalnych autoryzowanych dystrybutorów na terenie kraju, dążąc tym samym do uzyskania możliwie jak największej niezawodności i pełnej gotowości systemu do funkcjonowania. Opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sprzętu nie wskazuje wyłącznie na jednego producenta sprzętu oferowanego na terenie kraju przez oficjalnych dystrybutorów oraz nie faworyzuje w żaden sposób żadnego wykonawcy w zakresie wdrożenia systemu i dostawy sprzętu będącego przedmiotem zamówienia. Na rynku dostępny jest sprzęt od co najmniej kilku producentów spełniający wymagania postępowania. Każdy z wykonawców ma prawo zaoferować sprzęt spełniający minimalną funkcjonalność i parametry określone w Opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Stosownie do art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W ocenie Izby Zamawiający, opisując zaskarżony warunek udziału w postępowaniu, naruszył przytoczone wyżej przepisy ustawy.

Po pierwsze, nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że Zamawiający ma pełną dowolność w określaniu warunków udziału w postępowaniu. Jakkolwiek ustalenie tych warunków należy do Zamawiającego, to jego swoboda w ich kształtowaniu nie jest nieograniczona. Zamawiający zobowiązany jest tak opisać warunki udziału w postępowaniu, aby umożliwiły one ocenę, czy wykonawca jest zdolny należycie wykonać zamówienie, ale jednocześnie - aby nie ograniczały one niezasadnie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie. Warunki te muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co oznacza, że powinny być opisane na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Opis warunków udziału w postępowaniu musi być ukierunkowany na dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy i wyeliminowanie tych, których sytuacja podmiotowa takiej rękojmi nie daje. Wymogi, które nie służą osiągnięciu tego celu, należy uznać za nadmierne i niezgodne z art. 112 ust. 1 oraz z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że nie jest on zobowiązany dopuścić do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców prowadzących działalność w danej branży, podkreślenia jednak wymaga, że nie jest on również uprawniony do tego, aby uniemożliwić ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy dysponują potencjałem pozwalającym je należycie zrealizować.

Wobec powyższego, ustalenie warunków udziału w postępowaniu na określonym poziomie powinno mieć obiektywne uzasadnienie, zamawiający powinien umieć wykazać, że tylko wykonawca o doświadczeniu nie mniejszym niż wskazane minimum może prawidłowo wykonać umowę. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie

przekonujących argumentów.

Po pierwsze zauważenia wymaga, że treść zaskarżonego warunku jest niejasna, niespójna i budzi wątpliwości interpretacyjne. Zamawiający oczekiwał doświadczenia w realizacji zamówień na rzecz 12 jednostek samorządu terytorialnego, a jednocześnie -

wykazania (bliżej nieokreślonymi dowodami) realizacji takich samych zamówień na rzecz 300 jednostek. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że liczba 300 odnosi się do „liczby obsługiwanych jednostek”, z kolei podczas rozprawy Zamawiający sprecyzował, że 300 umów realizowanych ma być na dzień złożenia oferty i umowy te mają dotyczyć systemu objętego zadaniem 1.

W ocenie Izby nie tylko wymóg realizowania zamówień na rzecz 300 podmiotów (co jest poziomem niespotykaniem wysokim), ale również na rzecz 12 podmiotów, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, że systemy będące przedmiotem zamówienia należą do typowych systemów, podobnych do stosowanych w innych jednostkach samorządu terytorialnego. Co więcej, Zamawiający nie jest gminą o szczególnych uwarunkowaniach, czy to ze względu na wielkość jednostki samorządu terytorialnego, liczebność Rady Gminy, czy na inne specyficzne okoliczności (a przynajmniej takie uwarunkowania nie zostały wykazane), które wymagałyby od wykonawcy szczególnego potencjału. Można więc przyjąć, że jeśli wykonawca należycie wykonał 4 realizacje podobnych zamówień, to ma doświadczenie pozwalające prawidłowo zrealizować obecne zamówienie.

Zamawiający w żadnej mierze nie wykazał, dlaczego tylko wykonawca, który wykonał 12 (a tym bardziej 300 zamówień) daje rękojmię należytego wykonania umowy. Ze stanowiska Zamawiającego zdaje się wynikać, że nie dokonuje on prawidłowego rozróżnienia między warunkami udziału w postępowaniu a opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający podnosił bowiem, że sporny warunek udziału w postępowaniu został określony na tak wysokim poziomie dlatego, że Zamawiający chce wdrożyć system o niezawodny, dopracowany, o ugruntowanej pozycji na rynku. Odnosząc się do tego stanowiska Izba podkreśla, że osiągnięciu powyższego celu służy opis przedmiotu zamówienia, w którym określa się wymagane cechy tego przedmiotu, pozwalające zapewnić jego oczekiwaną jakość, a także sposób realizacji zamówienia odpowiadający potrzebom zamawiającego. Warunki udziału w postępowaniu dotyczą natomiast strony podmiotowej, tj. potencjału wykonawcy (w tym przypadku doświadczenia), mającego potwierdzać jego zdolność do wykonania zamówienia, nie zaś cech oferowanego przedmiotu zamówienia.

Na podobny brak rozróżnienia między funkcją warunków udziału w postępowaniu a opisem przedmiotu zamówienia wskazuje argumentacja Zamawiającego dotycząca wymagania, aby system konferencyjny, w dostawie którego doświadczenie ma mieć wykonawca, pochodził z dystrybucji krajowej. Zamawiający powołał się w tym zakresie na konieczność zapewnienia sobie szybkiego dostępu do usług serwisowych, w tym do serwisu pogwarancyjnego. Wskazał, że nie może pozwolić sobie na wysyłkę uszkodzonego sprzętu poza granice kraju i długotrwałe oczekiwanie na jego zwrot po naprawie. Wskazać należy, że osiągnięciu tego celu mogą służyć postanowienia OPZ oraz umowy, a nie warunków udziału w postępowaniu, które służą ocenie właściwości podmiotowych wykonawcy, a nie jakości oferowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Biorąc pod uwagę, że wymagania, aby system konferencyjny, w dostawie którego doświadczenie ma mieć wykonawca, pochodził z dystrybucji krajowej, niewątpliwie ogranicza konkurencję, uniemożliwiając skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy mają odpowiedni potencjał, jednak dostarczany przez nich w przeszłości sprzęt nie pochodził z dystrybucji krajowej, ten element warunku należy uznać za nieproporcjonalny i sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby kwestia tego, czy istnieją na rynku inni niż Przystępujący wykonawcy, którzy mogą spełnić zaskarżony warunek udziału w postępowaniu oraz złożone na tę okoliczność dowody, nie mają rozstrzygającego znaczenia. Wskazać bowiem należy, że nawet gdyby istniało kilku wykonawców mogących wykazać spełnianie tego warunku, to z pewnością wielu wykonawców, przy tak wygórowanych wymaganiach, zostałyby pozbawionych możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, mimo że mają odpowiedni potencjał. Zauważenia wymaga, że to nie liczba wykonawców spełniających warunek jest rozstrzygająca, ale to, czy określona grupa wykonawców nie została niezasadnie uznana za niezdolnych do wykonania zamówienia. Może zdarzyć się, że warunek udziału będzie mógł być uznany za proporcjonalny, nawet jeśli może go spełnić tylko jeden wykonawca (o ile istnieją ku temu obiektywne powody uzasadniające określenie takiego warunku), może natomiast być tak, że warunek - mimo możliwości spełnienia go przez kilku wykonawców - stanowi bezprawne ograniczenie konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała Zamawiającemu zmianę tych elementów warunku udziału w postępowaniu, które były przedmiotem zarzutów, tj. obniżenie wymaganego doświadczenia do realizacji zamówień na rzecz nie więcej niż 4 jednostek samorządu terytorialnego (co należy uznać za poziom doświadczenia dający gwarancję należytej realizacji umowy) oraz rezygnację z wymogu doświadczenia w dostawie systemu konferencyjnego z dystrybucji krajowej. Izba nie sformułowała natomiast w wyroku

konkretnego brzmienia warunku, gdyż nie wszystkie jego elementy były przedmiotem zaskarżenia. Zamawiający ma więc możliwość, aby dla niektórych z 4 wymaganych zamówień określić (lub pozostawić określone obecnie) dodatkowe cechy, w tym dotyczące wartości zrealizowanych zamówień. Istotne jest to, aby wymagany w warunku całkowity poziom doświadczenia nie przekraczał 4 zamówień.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący: