

Poznań, dnia 10 sierpnia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący: **Nefeni Sp. z o.o.**, ul. Klinkierowa 7, 60-104 Poznań, faks: (61) 624 00 52, reprezentowany przez Agatę Gawrońską – pełnomocnika, Odwołującego działającej na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania, e-mail: info@nefeni.pl;

Zamawiający: **Gmina Opatówek**, Plac Wolności 14, 62-860 Opatówek, email: przetargi@opatówek.pl;

Dotyczy: ***Dostawa sprzętu i oprogramowania w ramach projektu Cyfrowa Gmina w ramach Działania 5.1 Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia***; Ogłoszenie o zamówieniu w BZP z dnia 5 sierpnia 2022 r. nr zamówienia: 2022/BZP00294396/01, nr referencyjny Zp.In. 271.18.2022;

Wpis od odwołania: 7.500,00 zł

ODWOŁANIE

Działając w imieniu spółki pod firmą **Nefeni sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, stosownie do art. 513 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. 2018. 1986 ze zm.), zwanej dalej „**PZP**”, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, wnoszę odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu podstawowego na „**Dostawę sprzętu i oprogramowania w ramach projektu Cyfrowa Gmina w ramach Działania 5.1 Rozwój cyfrowy JST oraz wzmocnienie cyfrowej odporności na zagrożenia**”; nr zamówienia: 2022/BZP00294396/01, nr referencyjny Zp.In. 271.18.2022, Ogłoszenie o zamówieniu: BZP z dnia 5 sierpnia 2022 r. („*Postępowanie*”) **od czynności opisanego SWZ – „SWZ” dla Zadania 1 w pkt. 6.2.2 SWZ, które zdaniem Odwołującego utrudniają uczciwą konkurencję oraz naruszają zasadę równego traktowania wykonawców.**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

I. naruszenie art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 3 PZP poprzez określenie w SWZ w pkt. 6.2.2. dla Zadania 1 obowiązku wykazania się zdolnością zawodową i techniczną w sposób nieproporcjonalny, nadmierny w stosunku do zakresu i poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia i nieadekwatny do zakresu i poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia w zakresie jakim:

- a) 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),
 - b) zamawiający wymaga aby spośród 12 wymaganych wdrożeń, referencją było objętych 6 wdrożeń systemów gdzie sprzęt konferencyjny pochodził z polskiego kanału dystrybucji,
- co w sposób nieuzasadniony utrudnia konkurencję i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców,

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty i ich uzasadnienie zawarte w dalszej części Odwołania, Odwołujący wnosi o:

1) uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, tak aby treść SWZ była zgodna z PZP i nie naruszała w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i proporcjonalności, tj.:

a) nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt. 6.2.2. SWZ w zakresie zadania 1 poprzez następującą modyfikację postanowień SWZ:

w miejsce postanowień:

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.

wprowadzić:

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.

- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania na okoliczności wskazane w Odwołaniu,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w postaci kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą, wg faktury złożonej na rozprawie.

UZASADNIENIE

I. KWESTIE FORMALNE.

1. INTERES PRAWNY W ZŁOŻENIU ODWOŁANIA

Odwołujący wskazuje interes w złożeniu odwołania. Odwołujący w ramach działalności gospodarczej realizuje zamówienia publiczne z zakresu e-usług i zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W przypadku nieuwzględnienia Odwołania i niedokonania zmian w SWZ Odwołujący nie będzie mógł realnie uzyskać zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę jeśli w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów PZP nie będzie mógł konkutować z innymi wykonawcami i złożyć oferty, która nie zostanie odrzucona.

2. ZACHOWANIE TERMINU DO WNIESIENIA ODWOŁANIA

Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2022 r. ogłosił Zamówienie i udostępnił dokumenty zamówienia. Tym samym niniejsze Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu przewidzianego w art. 515 ust. 1 pkt. 1 PZP.

3. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

Sformułowane przez Zamawiającego wymagania 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.

Sformułowane przez Zamawiającego wymagania stanowią ograniczenie konkurencji i prowadzą do wyeliminowania wykonawców mniejszych rozmiarów lub takich, którzy z powodzeniem wdrażają system do obsługi sesji rady gminy, ale np. krócej w porównaniu z innymi wykonawcami, przez co nie dysponują takim portfolio klientów jakiego – bez żadnych uzasadnionych podstaw – oczekuje Zamawiający.

W pierwszej kolejności Wykonawca zaznacza, że postanowienia SWZ są w jego ocenie niespójne w zakresie w jakim odnoszą się do wymogu wykazania liczby dokonanych wdrożeń systemu. Mianowicie, 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,¹ a jednocześnie zamawiający wymaga wykazania dostarczenia systemu do przeprowadzenia głosowań oraz zarządzania pracami rady (czyli takiego samego) w 300 jednostkach samorządu terytorialnego.²

Zatem Zamawiający w tym samym obszarze zdolności zawodowej i technicznej jednym razem wymaga przedstawienia wykazania referencjami dostarczenia systemu i świadczenia usług wsparcia w 12 samorządach, a drugim razem – wymaga przedstawienia dowodów na dostarczenie i utrzymanie systemu w 300 jednostkach samorządu terytorialnego.

Oczekiwanie przedstawienia dowodów wdrożenia i utrzymania systemu w 300 ale także 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 prawidłowego wykonania zobowiązania.

¹ „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”

² 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.

Istotne, 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 zwraca uwagę, że w uchwale KIO z 18 grudnia 2015 r. KIO 66/15 uznano, że wymóg wykazania się doświadczeniem przy wdrożeniu 10 systemów informatycznych (czyli nawet mniejszy wymóg niż formułowany przez Zamawiającego) był nadmierny w stosunku do zakresu i poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia i nieadekwatny do zakresu i poziomu skomplikowania przedmiotu zamówienia.

Co do zasady system, którego dostarczenia wymaga dostawca to 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 odsprzedań go do zamawiającego (a nie na samodzielnej produkcji tego sprzętu przez wykonawców) wykonawca jedynie dostarcza zakupiony wcześniej u innego podmiotu sprzęt. Weryfikowanie, że taka odsprzedaż odbyła się prawidłowo **sześć razy także stanowi wygórowane wymagania względem wykonawców**, w szczególności że razem z tym wymaganiem Zamawiający wiąże wykazanie, 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 sprzęt, 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, iż 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 urządzeń w ramach polskiej dystrybucji, a tacy którzy dostarczają sprawny sprzęt bez ograniczeń kraju pochodzenia w ramach wspólnoty.

Nadmieniam, że tak postawione wymagania SWZ w sposób oczywisty faworyzują wykonawcę MWC sp. z o.o., który jak wynika z informacji na jego www.wdrozyt.system w ponad 1000 jednostek samorządów, a także pozostaje wyłącznym dystrybutorem w Polsce urządzeń do systemu konferencyjnego Vissonic. Opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sprzętu wskazuje, że OPZ spełnią wyłącznie urządzenia Vissonic, a ich wyłącznym dystrybutorem w Polsce jest MWC sp. z o.o.

Dowód:

- wydruk z *www* prowadzonej dla MWC sp. z o.o. dotyczący ilości wdrożeń systemu w jednostkach samorządu,
- wydruk z www.vissonic.pl potwierdzający, że MWC sp. z o.o. jest wyłącznym dystrybutorem sprzętu marki Vissonic w Polsce

Nawet, gdyby Zamawiający chciał twierdzić, 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 nie zgodne z ww. przepisami ustawy PZP, 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 byliby w stanie należycie wykonać zamówienie.³

Dowód:

- wydruk z *www prowadzonej dla GK Pro sp. z o.o. dotyczący ilości wdrożeń systemu w jednostkach samorządu;*

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. uchwała KIO z dnia 18.12.2015 r. (sygn. akt KIO 66/15), gdzie skład orzekający wskazał, iż „Ustawa Prawo zamówień publicznych pozostawia Zamawiającemu możliwość precyzowania warunków udziału w postępowaniu, co jest naturalną konsekwencją, że warunki te są pochodne dla danego rodzaju i zakresu zamówienia. Granicę stwarza nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania. (...) **Przepis art. 22 ust. 4 Pzp ustanawia jednak barierę dla zbyt wygórowanych wymagań Zamawiającego, a więc niepożądanych z punktu widzenia otwarcia zamówień publicznych na konkurencję stanowiąc, że opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków (...) powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.** Dążenie Zamawiającego do wyboru wykonawcy w najwyższym stopniu spełniającego wymogi uznawane przez Zamawiającego za konieczne do należytego wykonania zamówienia nie może stanowić argumentu dla naruszenia norm ustawy poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom faktycznie zdolnym do jego prawidłowego wykonania. Przepis art. 22 ust. 4 Pzp wskazuje na konieczność takiego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który będzie związany z **przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.**(...)”

„Ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia.

Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie, dające rękojmię prawidłowej realizacji. (KIO 173/11). Opis sporządzony przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w celu postępowania jakim jest wyłonienie

³ Uchwała KIO z dnia 24 kwietnia 2017 r., KIO/KD 12/17;

wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. „W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 p.z.p. zamawiający ma prawo i obowiązek opisanie, jak będzie oceniał ich spełnianie przez wskazanie minimalnych wymagań, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Zamawiający kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować **niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.**” (KIO 1721/11).

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 wymogów 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 gdzie wskazuje się iż: *„Zamawiający, określając opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, umożliwiając udział w postępowaniu każdemu wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia”*. W wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r. KIO 938/14, wskazano, że *„Warunki udziału w postępowaniu winny być proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, nie oznacza to jednak, że warunki, które stanowią o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców, mają być identyczne co do zakresu czy wartości z przedmiotem zamówienia”*

Trzeba mieć na uwadze, że **„Zamawiający może bowiem 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** (tak Europejski Trybunał Sprawiedliwości zdefiniował zasadę proporcjonalności m.in. w wyroku z dnia 13.09.2007 r. w sprawie C-260/04, Komisja przeciwko Włochom, pkt 28-29).

W konsekwencji według Odwołującego zasadne jest żądanie nakazania Zamawiającemu doprowadzenia treści SWZ do stanu zapewniającego równe traktowanie wszystkich wykonawców, którzy są w stanie wykonać zamówienie.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie odwołania.

Odwołujący zarazem zastrzega sobie prawo do przedstawienia na rozprawie kolejnych dowodów na swoje twierdzenia, w ramach przedstawionych w odwołaniu zarzutów.

**Agata
Gawrońska**

Elektronicznie podpisany
przez Agata Gawrońska
Data: 2022.08.10
14:26:01 +02'00'

Agata Gawrońska
pełnomocnik

Załączniki:

1. pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego,
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
3. odpis aktualny z rejestru przedsiębiorców KRS Odwołującego,
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
5. dowody wskazane w treści uzasadnienia,
6. dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami.