

WYROK
z dnia 28 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2019 r. przez wykonawcę – **Infotower Sp. z o.o.** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Wincentego Pola 16 lok. 208 (44-100 Gliwice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Wojewódzki Szpital im. Św. Ojca Pio w Przemyślu** z siedzibą przy ul. Monte Cassino 18 (37-700 Przemyśl)

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez usunięcie z katalogu dokumentów, jakich należy złożyć wraz z ofertą w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wymagania złożenia oświadczenia wykonawcy potwierdzającego, że wykonawca posiada status partnera u producenta dostarczanego sprzętu: minimum platinium;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Wojewódzki Szpital im. Św. Ojca Pio w Przemyślu** i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę – **Infotower Sp. z o.o.** z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Wojewódzkiego Szpitala im. Św. Ojca Pio w Przemyślu** na rzecz wykonawcy – **Infotower Sp. z o.o.** z siedzibą w Gliwicach kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Przemyślu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital im. Św. Ojca Pio w Przemyślu zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Modernizacja serwerowni produkcyjnej oraz głównego punktu dystrybucyjnego sieci wraz z duplikacją macierzy produkcyjnej - II* (nr referencyjny: DZP/32/PN/2019), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 października 2019 r., pod numerem 2019/S 192-465747.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca Infotower Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zwany dalej: „odwołującym” w dniu 14 października 2019 r. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”), w zakresie zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, które naruszają przepisy art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1, art. 25 ust. 1 oraz art. 7 Pzp oraz § 2 ust. 4 Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 r., a to:

- a) Sekcja. III.1.3 zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe ppkt III oraz Sekcja V1.3 informacje dodatkowe ppkt I ogłoszenia 2019/S 192-465747 z dnia 4 października 2019 r.;
- b) Sekcja III. 1.1 ppkt IV oraz sekcja V1.3 ppkt I ogłoszenia 2019/S 197-479000 z dnia 11 października 2019 r.;
- c) Rozdział VI pkt 9 SIWZ w brzmieniu ustalonym oświadczeniem o sprostowaniu treści SIWZ z dnia 10 października 2019 r. oraz uzupełnionym tym oświadczeniem, w zakresie w jakim zamawiający wymaga od wykonawców „posiadania statusu partnera producenta dostarczanego sprzętu: minimum Platinum”.

Odwołujący wskazał, że w związku z opracowaną treścią ogłoszenia oraz SIWZ, zarzucił zamawiającemu naruszenie wymienionych wyżej przepisów Pzp.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia oraz SIWZ poprzez usunięcie wymagania dysponowania statusem partnerskim u producenta oferowanego sprzętu,

określonym w:

- Sekcji III. 1.1 ppkt IV oraz sekcji V1.3 ppkt I ogłoszenia 2019/S 197-479000 z dnia 11 października 2019 r.;
 - Rozdziale VI pkt 9 SIWZ w brzmieniu ustalonym oświadczeniem o sprostowaniu treści SIWZ z dnia 10 października 2019 r. oraz uzupełnionym tym oświadczeniem;
- 2) przyznanie od zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący podniósł, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Pzp może ponieść szkodę wyrażającą się utraceniem potencjalnej możliwości pozyskania zamówienia i uzyskania wynagrodzenia z tego tytułu. Wprowadzenie w SIWZ określonych wymagań podmiotowych, które są nieprecyzyjne, oraz ograniczają możliwy krąg wykonawców, narusza zasady uczciwej konkurencji. Tym samym odwołujący stwierdził, że jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu prawnym dla postawionych zarzutów odwołujący wskazał, że wprowadzenie przez zamawiającego wymagania aby wykonawca posiadał status partnera dostarczanego sprzętu o podanym przez siebie minimalnym statusie jest wymaganiem naruszającym postanowienia art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1, art. 25 ust. 1 oraz art. 7 Pzp, dlatego, że jest to wymaganie nieproporcjonalne, nieprecyzyjne, niedookreślone, nadmierne, a w konsekwencji oczekiwany dokument jako środek dowodowy nie jest niezbędny dla wykazania posiadania odpowiedniej zdolności technicznej.

W pierwszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że zamawiający formułując wymagania posiadania statusu partnera producenta sprzętu: minimum Platinum, nie odwołał się do żadnych powszechnie obowiązujących norm. Nie sprecyzował merytorycznych warunków, jakich spełnienia oczekuje, a jakie mogą kryć się pod ogólnym stwierdzeniem „status Platinum”. W tym zakresie zamawiający niejako oddał swoje kompetencje do formułowania wymagań zamówienia publicznego w ręce producentów sprzętu. Spełnianie tak postawionego warunku udziału w postępowaniu zależy bowiem nie od weryfikacji konkretnych wymagań określonych przez zamawiającego, ale od spełnienia nieznanych i mogących się różnić pomiędzy sobą warunków określonych przez producentów sprzętu. Odwołujący podkreślił, że formułowanie poziomów partnerskich pomiędzy producentami sprzętu i dostawcami należy wyłącznie do tych pierwszych. Do producentów należy określenie w pierwszej kolejności czy w ogóle stosują program partnerski. Jeśli taki program stosują, to również do ich kompetencji należy ustalenie poszczególnych poziomów współpracy z dystrybutorami sprzętu oraz co istotne warunków przyznania dystrybutorom

określonych statusów partnerskich. Każdy z producentów we własnym zakresie określa minima dla poszczególnych statusów partnerskich, takie jak: określony poziom obrotów, stopień zorganizowania, terytorium działania, warunki handlowe, kwalifikacje osób zatrudnionych przez dystrybutora. W tym zakresie odwołujący przytoczył fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2018 r. o sygn. akt KIO 594/18.

Odwołujący wskazał również, że takie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, które oznacza konieczność legitymowania się przez wykonawcę określonym statusem partnerskim u producenta sprzętu, nie pozwala na przeprowadzenie weryfikacji z przesłankami wyrażonymi w art. 22 ust. 1a Pzp. Ani z treści ogłoszenia ani też z treści specyfikacji nie wynikają bowiem konkretne warunki jakie spełnić ma wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto mając na uwadze fakt, że producenci sprzętu nie stosują tych samych kryteriów (gdyż nie istnieją jedne ogólnie przyjęte) dla ustalenia poziomów partnerstwa z dystrybutorami, należy uznać, że wykonawcy, którzy powołają się na status partnerski u różnych dostawców sprzętu, będą w rzeczywistości spełniać inne kryteria. Brak możliwości weryfikacji warunku z przesłankami określonymi w art. 22 ust. 1a Pzp, tj. w szczególności pod kątem proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, wyklucza możliwość postawienia tak sformułowanego warunku ubiegania się o zamówienie. Mówiąc o proporcjonalności – ocenie odwołującego – nie można pomijać też okoliczności, iż przedmiotem zamówienia jest nie tylko dostawa sprzętu, ale w przeważającej części są to usługi konfiguracyjne, modernizacyjne, programistyczne itp. Dostawa sprzętu stanowi zdecydowanie mniejszą część zamówienia.

Wobec powyższych okoliczności działanie zamawiającego, polegające na sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu, którego rzeczywisty zakres pozostaje niejako poza kontrolą zamawiającego (to przecież producenci określają stopnie partnerstwa dystrybutorów sprzętu), wydało się odwołującemu jako działanie, podporządkowane nie tyle interesowi zamawiającego, co interesowi wykonawców posiadających u określonych producentów status partnerski: minimum Platinum. Prowadzi to do wniosku, że tak określony warunek udziału w postępowaniu narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 Pzp, jak i wyrażone w tym przepisie zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Zdaniem odwołującego, gdyby zamawiający w istocie miał postawić warunki, które niejako kryją się pod sformułowanym warunkiem posiadania statusu partnera u dowolnego producenta sprzętu, to sformułowałby warunki raczej dotyczące sytuacji ekonomicznej czy finansowej, wymagając określonego obrotu w obszarze dostaw sprzętu, doświadczenia w realizacji dostaw sprzętu, dysponowania osobami posiadającymi określone kompetencje. To takie bowiem okoliczności zapewne decydują o statusie partnerskim dystrybutorów sprzętu komputerowego. Wówczas też postawione warunki poddałyby się weryfikacji, pod kątem

spełnienia przesłanek z art. 22 ust. 1a, 22c czy 22d Pzp czy zasady proporcjonalności z art. 7 Pzp. Z pewnością jednak pozwoliłoby to zrealizować zasadę przejrzystości, albowiem postawione warunki byłyby wówczas czytelne i identyczne dla wszystkich wykonawców, co nie ma miejsca w przypadku aktualnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podkreślił również, że przepis art. 22d ust. 1 Pzp, wskazuje, że dla oceny posiadania zdolności technicznej i zawodowej, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych do realizacji zamówienia. Choć są to pojemne kategorie, to jednak wymaganie, aby wykonawca posiadał status partnera producenta sprzętu: minimum Platinum, nie mieści się w żadnej z tych kategorii. Nie jest to ani wymaganie dotyczące wykształcenia czy kwalifikacji zawodowych, albowiem musiałoby ono dotyczyć osób, którymi wykonawca posługuje się przy realizacji zamówienia. Nie jest to również wymaganie dotyczące doświadczenia w realizacji zamówień zbliżonych do przedmiotu zamówienia ani też wymaganie dysponowania określonym potencjałem technicznym.

Zgodnie z twierdzeniem odwołującego, tak jak wskazano wyżej, prawdopodobnie niektóre z tych elementów poddane są badaniu przez producentów sprzętu przy przyznawaniu statusu partnera, lecz nie jest to badanie przeprowadzone przez zamawiającego w granicach uprawnień wynikających z art. 22d ust. 1 Pzp, w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto nie istnieją żadne powszechnie obowiązujące, precyzyjne i stałe przesłanki, którymi producenci sprzętu musieliby się posługiwać przy określaniu statusu swoich dystrybutorów, a zatem owo prywatne oświadczenie producenta nie może przesądzać o spełnianiu przez danego wykonawcę wymagań konkretnego postępowania przetargowego.

Według twierdzeń odwołującego oczekiwany przez zamawiającego dokument nie mieści się również w zamkniętym katalogu dokumentów, których może żądać zamawiający na podstawie §2 ust. 4 Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów (...) z dnia 26 lipca 2016 r., w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Oznacza, że to dokument ten nie może być uznany za niezbędny w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp, skoro rozporządzenie wydane na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 23 października 2019 r. zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, jak i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, a przy tym odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu, biorąc pod uwagę w szczególności, że odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania nadesłanej w dniu 22 października 2019 r. przez zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, w tym w szczególności z treści: specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej nadal: „SIWZ”) wraz z załącznikami i zmianami do niej, ogłoszenia o zamówieniu wraz z kolejnymi zmianami oraz złożonego przez odwołującego na rozprawie wzoru Jednolitego Elektronicznego Dokumentu Zamówienia w treści opublikowanej przez zamawiającego na swojej stronie internetowej w dniu 17 października 2019 r.

Izba ustaliła co następuje.

W pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 192-465747 w zakresie warunku zdolności technicznej i zawodowej zamawiający wskazał, że będzie wymagał m. in. dokumentu potwierdzającego, że wykonawca posiada status partnera u producenta dostarczanego sprzętu: minimum Platinum. Wymóg ten został także potwierdzony w pkt VI.3.I ww. ogłoszenia o zamówieniu, który dotyczył informacji dodatkowych.

W dniu 10 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 197-479000 zostało opublikowane zaktualizowane ogłoszenie o zamówieniu. W ogłoszeniu tym opisane powyżej treści zostały zmienione. Otóż w pkt III.1.1 ppkt IV, który dotyczył warunku zdolności do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogów związanych z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego zamawiający wskazał, że będzie wymagał oświadczenia wykonawcy potwierdzającego, że wykonawca posiada status partnera u producenta dostarczanego sprzętu: minimum Platinum. Wymóg ten został także potwierdzony w pkt VI.3.I ww. ogłoszenia o zamówieniu, który dotyczył informacji dodatkowych.

W dniu 17 października 2019 r. zamawiający zamieścił odpowiedzi na pytania zadane do treści SIWZ. W odpowiedzi na pytanie 1 o treści:

SIWZ na stronie 7/22 Dział VI pkt 9 — Zamawiający żąda złożenia przez Wykonawcę dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Wykonawcę statusu minimum Platinum u producenta dostarczanego sprzętu.

Podnosimy, iż producenci sprzętu odpowiadającego parametrami oczekiwaniom Zamawiającego określonym w postępowaniu stosują różne systemy oznaczeń partnerskich. Podane przez Zamawiającego określenie statusu wskazuje na konkretnego producenta, co w naszym przekonaniu nie jest zgodne z ogólnymi zasadami uczciwej konkurencji określonymi w Pzp. Czy Zamawiający zaakceptuje inną nomenklaturę statusów o wartości równoważnej ?

zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

TAK — Zamawiający zaakceptuje inną nomenklaturę statusów lecz o znaczeniu równoważnym. Pod tym pojęciem należy rozumieć również alternatywne załączenie do oferty wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia na rzecz zamawiającego.

Powyższe oznacza, że sprzęt może być różnej firmy, a firmy te mogą klasyfikować partnerstwo innymi stopniami, jednak wartość stopnia musi być porównywalna — czyli partner Platinum w innej firmie może mieć oznaczenie np.: GOLD itp. NIE ma znaczenia nazewnictwo tylko stopień partnerstwa z producentem dającym zabezpieczenie zamawiającemu, że wykonawca wykonuje projekty na podstawie dostarczonego sprzętu — z wiadomego pochodzenia.

Powyższa odpowiedź znalazła potwierdzenie w treści ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ w dniu 24 października 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowanie do ogłoszenia o zamówieniu o numerze 2019/S 197-479000 i pkt III.1.3 ppkt III, odnoszący się do warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, otrzymał następującą treść:

III. Oświadczenie wykonawcy potwierdzające, że wykonawca posiada status partnera u producenta dostarczanego sprzętu: minimum platinum.

— Zamawiający zaakceptuje inną nomenklaturę statusów lecz o znaczeniu równoważnym.

Pod tym pojęciem należy rozumieć również alternatywne załączenie do oferty wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia na rzecz zamawiającego.

Powyższe oznacza, że sprzęt może być różnej firmy, a firmy te mogą klasyfikować partnerstwo innymi stopniami, jednak wartość stopnia musi być porównywalna – czyli partner platinum w innej firmie może mieć oznaczenie np.: gold itp. Nie ma znaczenia nazewnictwo tylko stopień partnerstwa z producentem dającym zabezpieczenie zamawiającemu, że wykonawca wykonuje projekty na podstawie dostarczonego sprzętu – z wiadomego pochodzenia.

Natomiast z pkt III.1.1 ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego warunku zdolności do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogów związanych z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego, zostały usunięte wymagania dotyczące statusu partnera u producenta dostarczanego sprzętu.

Jeśli chodzi o analogiczne postanowienia SIWZ to należy wskazać, że w rozdziale VI w części odnoszącej się do dokumentów jakie mieli złożyć wykonawcy wraz z ofertą, pkt 9 dotyczył dokumentu potwierdzającego, że wykonawca posiada status partnera: minimum Platinum u producent dostarczanego sprzętu.

W sprostowaniu treści SIWZ opublikowanym na stronie internetowej zamawiającego w dniu 10 października 2019 r., zamawiający nadał nowe brzmienie pkt 9 zawartemu w rozdziale VI, zmieniając dotychczasowe wymaganie dostarczenia ww. dokumentu na wymaganie dostarczenia oświadczenia wykonawcy potwierdzającego, że wykonawca posiada status partnera u producenta dostarczanego sprzętu: minimum Platinum.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że zamawiający nie określił, ani nie sprecyzował warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Wymóg posiadania statusu partnera u producenta sprzętu na poziomie minimum platinum wynikał z obowiązku złożenia wraz z ofertą stosownego dokumentu, który następnie został zastąpiony oświadczeniem wykonawcy. Tym samym treść dokumentu żądanego przez zamawiającego stanowiła *de facto* treść warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie rozpoznania zarzutu Izba przyjęła za własną argumentację odwołującego, iż takie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, które oznacza konieczność legitymowania się przez wykonawcę określonym statusem partnerskim u producenta sprzętu, nie pozwala na przeprowadzenie weryfikacji z przesłankami wyrażonymi w art. 22 ust. 1a Pzp, gdyż ani z treści ogłoszenia o zamówieniu ani też z treści SIWZ nie wynikają bowiem konkretne warunki jakie spełnić ma wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba w pełni uznała także twierdzenia odwołującego wskazujące, iż producenci sprzętu nie stosują tych samych kryteriów dla ustalenia poziomów partnerstwa z dystrybutorami, przez co należy uznać, że wykonawcy, którzy powołują się na status partnerski u różnych dostawców sprzętu, będą w rzeczywistości spełniać inne kryteria. Zamawiający nie był przy tym w stanie wykazać przed Izbą, że istnieją te same, ogólnie przyjęte kryteria dla ustalenia poziomów partnerstwa. Zamawiający na rozprawie stwierdził

jedynie, że jeśli chodzi o wymóg wskazujący na najwyższy stopień partnerstwa, to wymagania dla tego najwyższego stopnia partnerstwa dla różnych producentów są właściwie jednakowe. Izba uznała takie stwierdzenie za gołosłowne. W związku z tym brak możliwości weryfikacji warunku z przesłankami określonymi w art. 22 ust. 1a Pzp, tj. w szczególności pod kątem proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, wyklucza możliwość postawienia tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu i stanowi także naruszenie ww. przepisu.

Ponadto Izba podtrzymała argumentację zawartą w przytoczonym przez odwołującego wyroku z 16 kwietnia 2018 r. o sygn. akt KIO 594/18. W orzeczeniu tym Izba wskazała, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp zamawiający, oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (art. 22d ust. 1 ustawy Pzp). Ustawodawca posłużył się zatem ogólnym określeniem warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, nie ograniczając go ani nie doprecyzowując. Dokonanie opisu stawianego warunku udziału w postępowaniu należy do zamawiającego, w przypadku gdy decyduje się on na postawienie szczegółowych wymagań w tym zakresie. To bowiem zamawiający jest odpowiedzialny za prawidłowe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Zamawiający ma również najlepszą wiedzę odnośnie przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest postępowanie i w związku z tym może sprecyzować wymagania stawiane wykonawcom biorącym w nim udział. Jak wskazuje się w doktrynie „pod pojęciem zdolności technicznej i zawodowej rozumie się przede wszystkim wiedzę i doświadczenie wykonawcy. Określenie tego warunku przez ustawodawcę jest bardzo ogólne, natomiast zamawiający, ustalając wymagania w tym zakresie, powinien sprecyzować, posiadania jakiej wiedzy i jakiego doświadczenia oczekuje od wykonawców.”

W związku z tym Izba uznała, że zamawiający naruszył nie tylko dyspozycję art. 22 ust. 1a Pzp, ale także treść art. 22d ust. 1 Pzp, ponieważ nie sprecyzował jakiej wiedzy lub jakiego doświadczenia oczekuje od wykonawców.

Na powyżej wskazane stanowisko Izby nie miała wpływu także późniejsza modyfikacja treści dokumentacji przetargowej w postaci sprostowania ogłoszenia o zamówieniu, opublikowana w dniu 24 października 2019 r., która w zakresie objętym przedmiotowym odwołaniem, była wynikiem odpowiedzi na pytanie nr 1, udzielonej w dniu 17 października 2019 r. Jak wskazano w części uzasadnienia dotyczącej ustaleń zamawiający w wyniku tej odpowiedzi zaakceptował inną nomenklaturę statusów, lecz o znaczeniu

równoważnym. Pod tym pojęciem rozumiał również alternatywne załączenie do oferty wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia na rzecz zamawiającego. Niniejsze oznaczało, że sprzęt mógł być różnej firmy, a firmy te mogły klasyfikować partnerstwo innymi stopniami, jednak wartość stopnia musiała być porównywalna — czyli partner platinum w innej firmie mógł mieć oznaczenie np.: GOLD itp. Tym samym nie miało znaczenia nazewnictwo tylko stopień partnerstwa z producentem dającym zabezpieczenie zamawiającemu, że wykonawca wykonuje projekty na podstawie dostarczonego sprzętu — z wiadomego pochodzenia.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że po pierwsze zamawiający w dalszym ciągu nie doprecyzował wymagań jakie będzie brał pod uwagę przy spełnianiu tego warunku zarówno jeśli chodzi o nomenklaturę statusów partnerstwa czy też treści wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw. W związku z tym nie wiadomo jak miałyby wyglądać porównanie rzekomo równoważnych statusów partnerstwa do poziomu statusu platinum. Zamawiający nie określił żadnych punktów odniesienia dla takiego porównania i wykonawcy, którzy wylegitymowaliby się statusem partnera określonym inną nomenklaturą niż platinum pozostawaliby w niepewności czy spełniają wymogi postawione w tym zakresie. Po drugie zamawiający nie sformułował warunku dla wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i nie wiadomo, jaka treść wykazu spełni warunek udziału w postępowaniu. Co prawda § 2 ust. 4 pkt 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* dopuszcza możliwość żądania przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, wykazu systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które wykonawca będzie mógł zastosować w celu wykonania zamówienia publicznego, niemniej w przedmiotowej sprawie odniesienie do takiego wykazu należy uznać za niewystarczające i w powiązaniu z niedookreślonym wymaganiem dotyczącym złożenia oświadczenia o posiadaniu statusu u partnera producenta sprzętu na poziomie minimum platinum, stanowiło także naruszenie postanowień ww. rozporządzenia.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający naruszył także treść art. 7 ust. 1 Pzp, szczególnie w zakresie wskazanej tam zasady przejrzystości.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych

w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: