

Wrocław 21.04.2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Anna Soldak
prowadząca działalność gospodarczą pod firmą
„PRINT SOL PRINTING SOLUTIONS AND SERVICE
ANNA SOLDAK”
ul. Iwaszkiewicza 6/4
52-211 Wrocław
e-mail: anna.soldak@print-sol.com.pl
tel./fax.: 501455047/717966690

Zamawiający:

44 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY
Ul. Słubicka 10
66-600 Krosno Odrzańskie
Fax: 261672556
e-mail:jw5286uzp@wp.pl

Dotyczy: „Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp na usługę naprawy i konserwacji komputerowych urządzeń peryferyjnych, sprawa Nr 20/PN/2020 (dalej: „Postępowanie”),

Ogłoszenie nr 530603-N-2020 z dnia 2020-04-09 r.

ODWOŁANIE

Interes prawny.

Zamawiający posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ wprowadzenie dodatkowego warunku udziału w postępowaniu ogranicza konkurencję i uniemożliwia potencjalnym wykonawcom złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu i uniemożliwia uzyskanie zamówienia publicznego

Termin na wniesienie odwołania.

W dniu 16.04.2020 r. Zamawiający zamieścił informację o zmianie ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zmiana ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej) dotyczącą wprowadzenia dodatkowego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych dalej zwanej: „ustawą”, termin na wniesienie odwołania wynosi 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, co oznacza, że upływa on w dniu 21.04.2020 r. Odwołanie zostało wniesione w dniu 21.04.2020 r. a zatem z zachowaniem ustawowego terminu do jego wniesienia.

Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy wnosi odwołanie wobec niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na: **określeniu dodatkowych warunków udziału w postępowaniu, który narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określone w art. 7 ustawy (zmiana: w Sekcji III.4 ogłoszenia, oraz w Dziale 5 ppkt 1 SIWZ, oraz w Dziale 8 pkt 1 etap I ppkt 4 SIWZ).**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. **Artykułu 22 ust. 1a pkt 1** ustawy, poprzez ustanowienie w **Sekcji III.4 ogłoszenia oraz w Dziale 5 ppkt 1 SIWZ** - w zakresie warunku posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów -, warunku udziału w postępowaniu o treści: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada certyfikat autoryzacji producenta na serwisowanie sprzętu znajdującego się na wyposażeniu Zamawiającego, inne dokumenty potwierdzające posiadanie autoryzacji producenta – np. oświadczenie producenta, że Wykonawca jest autoryzowanym serwisem.”, który ogranicza konkurencję i równe traktowanie Wykonawców.
2. **Artykułu 25 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z § 2 ust. 1** Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), poprzez żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania i które nie został wymieniony w w/w rozporządzeniu, tj.: certyfikatów autoryzacji producenta na serwisowanie sprzętu znajdującego się na wyposażeniu Zamawiającego, inne dokumenty potwierdzające posiadanie autoryzacji producenta – np. oświadczenie producenta, że Wykonawca jest autoryzowanym serwisem

oraz z ostrożności procesowej Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

Artykułu 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy, poprzez wprowadzenie do ogłoszenia oraz do SIWZ postanowień, związanych z koniecznością posiadania przez Wykonawcę statusu autoryzowanego serwisu sprzętu znajdującego się na wyposażeniu Zamawiającego, pomimo, iż do realizacji przedmiotowego zamówienia nie jest niezbędne posiadanie takiego statusu, a wprowadzenie takich postanowień ma na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący **wnosi o nakazanie Zamawiającemu:**

1. dokonanie zmian w ogłoszeniu oraz w SIWZ polegających na usunięciu zmian wprowadzonych w dniu 16.04.2020 r. w zakresie warunku udziału w postępowaniu oraz żądanych dokumentach w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku.

Uzasadnienie

W dniu 16.04.2020 r. Zamawiający opublikował zmiany ogłoszenia oraz SIWZ w zakresie wprowadzenia dodatkowego warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Warunek ten otrzymał następujące brzmienie: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że posiada certyfikat autoryzacji producenta na serwisowanie sprzętu znajdującego się na wyposażeniu Zamawiającego, inne dokumenty potwierdzające posiadanie autoryzacji producenta – np. oświadczenie producenta, że Wykonawca jest autoryzowanym serwisem”.

W ocenie Odwołującego sformułowany warunek udziału w postępowaniu w sposób oczywisty narusza postanowienia art. 22 ust. 1a pkt 1 ustawy.

Zgodnie z przywołanym przepisem, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Ma on charakter blankietowy i wymaga doszczegółowienia przez Zamawiającego. Jeśli do realizacji danego zamówienia odrębne przepisy wymagają posiadania określonych kompetencji lub uprawnień Zamawiający winien je jednoznacznie określić, a w konsekwencji wymagać stosownego dokumentu, który będzie potwierdzał, czy Wykonawca spełnia te warunki.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest naprawa i konserwacja komputerowych urządzeń peryferyjnych, w tym usługi diagnostyki, konserwacji, naprawy urządzeń drukujących, powielających, wielofunkcyjnych, UPS, (dalej: „usługi serwisowe”).

Zamawiający w SIWZ nie określił i nie wskazał, iż w zakresie posiadanego sprzętu, który będzie serwisowany w ramach niniejszego postępowania, obowiązują jakieś inne przepisy, które wskazywałyby, iż usługi serwisowe mogą świadczyć wyłącznie podmioty posiadające określone prawem kompetencje lub uprawnienia. Odwołujący, który działa w branży serwisowej od kilkunastu lat, nigdy nie spotkał się z regulacjami prawnymi, które nakładałyby posiadanie określonych uprawnień lub kompetencji w zakresie usług objętych niniejszym postępowaniem.

Posiadanie przez potencjalnego Wykonawcę statusu autoryzowanego serwisu producenta danego sprzętu, ma wyłącznie charakter biznesowy. Taki obowiązek nie wynika z żadnych powszechnie obowiązujących przepisów.

Z uwagi na powyższe należy uznać, iż określenie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie stanowi wyłącznie instrument za pomocą, którego Zamawiający zmierza do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ żadne przepisy nie nakładają na podmioty świadczące usługi serwisowe obowiązku posiadania uprawnień lub kompetencji. Działalność serwisowa w zakresie objętym niniejszym postępowaniem nie jest działalnością reglamentowaną.

Jedynie na marginesie Odwołujący chciałby wskazać, iż nawet sama konstrukcja kwestionowanego warunku, zaproponowana przez Zamawiającego jest wadliwa, ponieważ Zamawiający wymaga posiadania „certyfikatu autoryzacji serwisowej”, a zatem samego dokumentu, nie zaś posiadania statusu „autoryzowanego serwisu producenta”. Dla spełnienia tego warunku wystarczające jest posiadanie dokumentu nawet wystawionego na inny podmiot.

Odnośząc się do naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od

wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Odwołujący chciałby jedynie wskazać, iż naruszenie tego przepisu jest konsekwencją naruszenia art. 22 ust. 1a pkt 1 ustawy.

Z uwagi na fakt, iż postanowienia ogłoszenia oraz SIWZ mają charakter obowiązujący bez względu na ich umiejscowienie w dokumencie ogłoszenia lub SIWZ (określony rozdział, sekcja itd.) Odwołujący podniósł z ostrożności procesowej również zarzut naruszenia **art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy**, jeśliby przyjąć, iż wymagania autoryzacji serwisowej wykonawcy przez producenta sprzętu mogą być elementem opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego przywołane postanowienia SIWZ naruszają normę wynikającą z art. 29 ust. 2 ustawy, zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z bogatym orzecznictwem KIO naruszeniem tego przepisu nie jest opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że nastąpiło ograniczenie konkurencji, lecz wystarczające jest uprawdopodobnienie, że dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia może wpłynąć na utrudnienie konkurencji.

Wymaganie przez Zamawiającego posiadania przez wykonawcę dokumentu autoryzacji (certyfikatu lub innego dokumentu) producenta sprzętu jest w ocenie Odwołującego żądaniem nieuprawnionym i nie jest uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami a jedynie ma na celu ograniczenie konkurencji.

Usługi serwisu urządzeń objętych przedmiotem zamówienia lub odpowiednich rodzajowo świadczy wiele firm, które wykonują te usługi w sposób prawidłowy z odpowiednią jakością wymaganą przez zamawiających, choć nie posiadają odpowiednich autoryzacji producentów sprzętu. Dlatego też żądanie autoryzacji jest tym przypadku zbędne, zwłaszcza że Zamawiający nie wymaga żadnego doświadczenia w świadczeniu usług serwisowych oraz nie wymaga aby obsługę serwisową wykonywali serwisanci posiadający odpowiednie kompetencje do serwisowania urządzeń danego producenta. Sformułowania użyte przez Zamawiającego nakazują jedynie posiadanie wymaganego dokumentu (wymóg formalny), nie zaś świadczenia usług serwisowych przez autoryzowany serwis lub osoby posiadające odpowiednie przeszkolenie lub doświadczenie w serwisowaniu urządzeń danego producenta (wymóg merytoryczny). Brak jest bowiem stosownego powiązania pomiędzy wymaganiami SIWZ a wzorem umowy. Ponadto w umowie brak jest jakiegokolwiek odniesienia w tym zakresie.

Oznacza to, że w skrajnym przypadku może to doprowadzić do sytuacji, w której usługi serwisowe będą wykonywane przez serwisantów nie posiadających żadnego doświadczenia w serwisowaniu urządzeń objętych przedmiotem zamówienia, co może skutkować niską jakością świadczonych usług.

Wobec powyższego należy uznać, iż postawione przez Zamawiającego wymaganie ma naturę wymagania czysto formalnego nie przekładającego się jakość świadczonych usług i mogącego ograniczyć konkurencję poprzez uniemożliwienie złożenia oferty i uzyskania zamówienia przez wykonawców posiadających odpowiednie doświadczenie i dysponującymi odpowiednią kadrą specjalistów, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia na odpowiednim wymaganym poziomie jakości.

Kwestionowane postanowienia SIWZ eliminują z postępowania m.in. Odwołującego, który od kilku lat realizuje usługi serwisowe dla Zamawiającego i robi to w sposób prawidłowy.

Kolejnym argumentem uprawdopodobniającym możliwość utrudnienia konkurencji poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia jest wymaganie autoryzacji w stosunku od wszystkich urządzeń objętych przedmiotem zamówienia. Co do zasady na rynku nie występują firmy, które posiadają

autoryzację konkurencyjnych producentów sprzętu bowiem w polityce biznesowej producenci formułują zakazy świadczenia usług dla konkurencyjnego sprzętu.

Wobec powyższego kwestionowane zapisy opisu przedmiotu zamówienia wymuszają na wykonawcach formę udziału w postępowaniu w postaci wspólnego ubiegania się o zamówienie tzw. „konsorcjum” lub korzystanie z podwykonawców.

Zgodnie z orzecznictwem KIO Zamawiający, co prawda, nie ma obowiązku takiego opisanie przedmiotu zamówienia aby wszyscy wykonawcy działający na danym rynku mogli złożyć oferty, tym niemniej ograniczenie konkurencji musi wynikać z uzasadnionych obiektywnie potrzeb Zamawiającego.

W tym miejscu należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu obsługa serwisowa obejmuje standardowe czynności serwisowe, o nieskomplikowanym charakterze, których wykonywanie przez podmioty nie posiadające stosownej autoryzacji, nie naraża Zamawiającego w żadnym zakresie na negatywne konsekwencje wykonania usługi np.: niska jakość usług.

Na brak uzasadnionych obiektywnie potrzeb zamawiającego w zakresie korzystania z autoryzowanego serwisu wpływa również ogólna tendencja panująca na rynku usług serwisowych, zgodnie z którą Zamawiający stawiają głównie nacisk na doświadczenie podmiotów serwisujących a nie na posiadanie przez nie właściwej autoryzacji producenta.

Mając na uwadze przedstawione uzasadnienie, w którym Odwołujący uprawdopodobnia, iż poprzez nieuzasadnione żądanie posiadania przez Wykonawcę dokumentu autoryzacji na wykonywanie czynności usług serwisowych i naprawczych może dojść do utrudnienia konkurencji, co wypełnia dyspozycję art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy.

Wobec powyższego Wykonawca wnosi jak w petitum odwołania.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
2. Dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu.
3. Wydruk z CEIDG.
4. Dowód upublicznienia zmian w ogłoszeniu i SIWZ w dniu 16.04.2020.