

Sygn. akt KIO/UZP 876/09

WYROK
z dnia 24 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak

Andrzej Niwicki

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Lumena S.A., 02-053 Warszawa, ul. Reja 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Izba Celna w Krakowie, 31-111 Kraków, Al. Krasińskiego 11 b** protestu z dnia 8 czerwca 2009 r.,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykonanie czynności zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Tabeli nr 1 – Specyfikacja techniczna serwera, w pkt 1 lit. b, w pkt 2, w pkt 13 lit. a, przez dodanie na końcu wskazanych punktów w kolumnie pt. Opis, wyrazów „lub równoważny”.

2. Kosztami postępowania obciąża **Izbę Celną w Krakowie, 31-111 Kraków, Al. Krasieńskiego 11b** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Lumena S.A., 02-053 Warszawa, ul. Reja 6,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Izbę Celną w Krakowie, 31-111 Kraków, Al. Krasieńskiego 11b** na rzecz **Lumena S.A., 02-053 Warszawa, ul. Reja 6** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Lumena S.A., 02-053 Warszawa, ul. Reja 6.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na dostawę czterech serwerów na potrzeby Systemu ZEFIR, **odwołujący – Lumena S.A. z siedzibą w Warszawie,** wniósł w dniu 26 czerwca 2009 r. odwołanie przez złożenie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego – Warszawa 23.

Odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia protestu wniesionego w dniu 8 czerwca 2009 r., przez jego oddalenie pismem z dnia 17 czerwca 2009 r., dokonane przez **zamawiającego - Izbę Celną w Krakowie.**

W proteście dotyczącym postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie siwz, w części: Rozdział I Opis przedmiotu zamówienia / Szczegółowy opis

przedmiotu zamówienia, 1. Warunki techniczne, Tabela nr 1 - Specyfikacja techniczna serwera, pkt 1 lit. b, pkt 2 i pkt 13 lit. a, protestujący zarzucając zamawiającemu: naruszenie przepisów art. 7 i art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp, wniosk o zmianę zaskarżonych postanowień siwz w zakresie odniesienia do produktów IBM i wprowadzenie modyfikacji w jej treści przez dopuszczenie rozwiązań równoważnych, a także o przedłużenie terminu składania ofert o minimum 7 dni, w przypadku nie dokonania zmiany postanowień siwz, o unieważnienie prowadzonego postępowania.

Podał, że zaskarżona czynność zamawiającego wprost narusza jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

W uzasadnieniu protestu podał, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z zasadami określonymi w Pzp, tj. zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz z przepisami określającymi sposób opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający we wskazanych punktach dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaku towarowego AIX oraz Power6 pochodzących od konkretnego producenta firmy IBM, jako wyznaczników spełnienia określonej funkcjonalności przez oferowany sprzęt –Tabela nr 1:

- 1) pkt 1 lit. b) - "pracujący pod kontrolą systemu operacyjnego AIX, w wersji 5.2 lub wersji wyższej w pełni kompatybilnej z wersją 5.2",
- 2) pkt 2 - "Power6 - 64 bity",
- 3) pkt 13 lit. a – „serwer powinien być wyposażony w system operacyjny AIX w wersji 5.2 lub wersji wyższej w pełni kompatybilnej do wersji 5.2".

We wszystkich tych przypadkach, zamawiający posłużył się wskazaniem tylko jednego producenta systemu operacyjnego (pkt 1 i pkt 13 Tabeli) – firmy IBM oraz jednego producenta procesorów (pkt 2 Tabeli), także firmy IBM.

Protestujący podał, że na rynku istnieje szereg równoważnych systemów operacyjnych oferujących podobne funkcjonalności i w pełni spełniających wymagania pkt 1 lit. a, dotyczące współpracy z wymaganą wersją motoru bazy danych Sybase ASE w trybie 64-ro bitowym, podobnie na rynku istnieje szereg równoważnych 64-ro bitowych procesorów architektury RISC i EPIC, oferujących te same lub lepsze funkcjonalności.

Opis przedmiotu zamówienia, dokonany przez zamawiającego, nie jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia, a zamawiający mógł posłużyć się dostatecznie dokładnymi określeniami odnoszącymi się do parametrów technicznych i żądanej funkcjonalności oferowanego sprzętu.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na sprzęt firmy IBM, nie dopuszczając przy tym sprzętu równoważnego, zamawiający nie pozostawił swobody zaofiarowania przez wykonawców innego sprzętu równoważnego.

Opis przedmiotu zamówienia w sposób oczywisty stawia w słabszej pozycji konkurencyjnej wykonawców, którzy zaofiarują sprzęt producentów o rozwiązaniach równoważnych, bądź lepszych w zakresie funkcjonalności, ale nie korzystających z rozwiązań konkurencyjnej firmy IBM.

Sytuacja taka, zdaniem protestującego, wprost narusza jego interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Oddalając protest, zamawiający podał.

W pierwszej kolejności wskazał, że w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, jako zamawiający wymagał:

- a) zainstalowania i skonfigurowania serwerów stanowiących przedmiot zamówienia w czterech Izbach Celnym we wskazanych przez administratorów serwerowniach,
- b) zainstalowania i skonfigurowania systemu operacyjnego w każdym dostarczonym serwerze,
- c) przeprowadzenia migracji danych ze starych serwerów (Bull Escala PL600T) na dostarczone serwery,
- d) przeprowadzenia testów i sporządzenia dokumentacji powykonawczej dotyczącej instalacji i konfiguracji każdego dostarczonego serwera,
- e) po przeprowadzeniu migracji danych oraz pozytywnym wyniku testów, uruchomienia serwera w trybie produkcyjnym.

Uzasadnił, że celem udzielenia przedmiotowego zamówienia jest, by dostarczone serwery zastąpiły dotychczasowe i w dalszym ciągu stanowiły globalną część całego systemu o jednolitej architekturze, co ma zapewnić gwarancję poprawnej i stabilnej pracy całego Systemu ZEFIR.

Równocześnie w opisie przedmiotu zamówienia - Rozdział I, Tabela nr 1, pkt 1 lit. b, pkt 2 i pkt 13 lit. a siwz, zamawiający wskazał, że dostarczane serwery powinny być wyposażone i powinny pracować pod kontrolą systemu operacyjnego AIX w wersji 5.2 lub wersji wyższej w pełni kompatybilnej z wersją 5.2.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Równocześnie, w myśl art. 29 ust. 2 Pzp, nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nadto, przedmiotu zamówienia nie może opisywać przez wskazanie znaków

towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 Pzp).

Zdaniem Zamawiającego, przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, nie doszło do naruszenia wskazanych powyżej przepisów. Dokonany opis przedmiotu zamówienia uzasadniony jest przede wszystkim jego specyfiką.

System Rozliczeń Celno - Podatkowych i Finansowo - Księgowy ZEFIR, na potrzeby którego realizowane jest przedmiotowe zamówienie, jest systemem informatycznym kompleksowo obsługującym całość spraw związanych z finansami i rachunkowością Polskiej Służby Celnej. Jego architektura jest jednolita w każdej z szesnastu Izb Celnich, w Ministerstwie Finansów oraz Centrali Systemu.

Zamawiający podał, że przez 11 lat funkcjonowania Systemu ZEFIR zostały opracowane liczne procedury administrowania oraz utrzymania systemu operacyjnego AIX, które są nierozdzielalną częścią całego globalnego Systemu ZEFIR wraz ze wszystkimi powiązaniem, co ma wpływ na utrzymanie i administrowanie Systemem.

Zamawiający podkreślił, że w zakresie Systemu ZEFIR związany jest zawartymi wcześniej umowami na wyspecjalizowane usługi oraz dostawy produktów informatycznych zapewniających jego (oraz podsystemy towarzyszące) utrzymanie i sprawne funkcjonowanie. Nadto, podał, że jest związany umowami, przedmiotem których jest świadczenie usług wsparcia technicznego, gdzie przedstawiona architektura Systemu opiera się na systemie operacyjnym AIX.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO (wyroki - z dnia 21 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 682/08 i z dnia 13 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 782/08), z których wynika potwierdzenie uprawnienia zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, by odpowiadał jego uzasadnionym i racjonalnym potrzebom oraz stanowił wysoką jakość produktu adekwatną do celów, jakim ma służyć.

Zamawiający dodał, że zachodzi również potrzeba przeprowadzenia migracji danych ze starych serwerów – Bull Scala PL600T na nowe dostarczone serwery. Migracja więc będzie możliwa dla takiego samego systemu operacyjnego, jak obecnie funkcjonujący. Zainstalowana wersja motoru bazy danych na obecnie działających serwerach, tj. Sybase ASE 12.5.1, nie wspiera migracji pomiędzy platformami. Podał, że na rynku dostępnych jest co najmniej dwóch producentów sprzętu będącego przedmiotem zamówienia.

Wskazał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 23 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 700/08, z którego wynika obowiązek zachowania przez zamawiającego konkurencyjności, co nie

oznacza zapewnienia możliwości udziału w postępowaniu wszystkim podmiotom działającym w branży.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania wskazane w proteście.

Podał, że wobec faktu zagrożenia naruszenia jego interesu prawnego przez doznanie uszczerbku polegającego na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia żąda, tak jak w proteście:

- zmiany siwz przez wykreślenie z jej treści odwołań do produktów IBM i dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych;
- przedłużenia terminu składania ofert o minimum 7 dni.

Zarzucił zamawiającemu, również jak w proteście:

naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp (w odwołaniu wskazał art. 7 ust. 1 – zawężająco w stosunku do protestu, gdzie podał art. 7 Pzp).

Po przeanalizowaniu argumentów wskazanych w rozstrzygnięciu protestu, odwołujący stwierdził, iż treść rozstrzygnięcia nie uzasadnia twierdzenia, że siwz nie narusza przepisów Pzp.

Odwołujący podtrzymując argumentację i uzasadnienie podane w proteście, odniósł się do stanowiska zamawiającego zawartego w jego rozstrzygnięciu.

Wskazał, że zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu nie kwestionuje faktu, iż wskazane postanowienia siwz ograniczają zakres produktów, jakie potencjalny wykonawca może zaoferować. Zamawiający wskazał wyłącznie i to błędnie, iż na rynku jest co najmniej dwóch producentów sprzętu będącego przedmiotem zamówienia. W ocenie odwołującego wskazane wymagania spełnia tylko sprzęt następujących producentów: IBM i Bull, przy czym sprzęt oznaczany logo Bull jest w praktyce sprzętem produkowanym przez IBM, zatem wskazane wymagania spełnia sprzęt produkowany przez IBM i Bull, co oznacza, że w praktyce jest to ten sam sprzęt. Wymóg zaoferowania produktów konkretnego producenta stanowi ograniczenie konkurencji. Tym samym przytoczony wyrok KIO z dnia 23 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 700/08 nie odpowiada stanowi faktycznemu w przedmiotowym postępowaniu, gdyż zamawiający ograniczył możliwość zaoferowania jakichkolwiek innych produktów niż produkt IBM.

Treść przepisu art. 29 ust. 3 Pzp, na mocy której, zamawiający może opisać przedmiot zamówienia z wskazaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia wyłącznie, jeśli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, zezwala na posłużenie się znakami towarowymi przy opisie przedmiotu zamówienia, lecz również wymaga spełnienia obu przesłanek występujących łącznie. Zamawiający powołuje się

jedynie na to, iż opis przedmiotu zamówienia przy użyciu nazw produktów konkretnego producenta, jest uzasadniony przede wszystkim specyfiką przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego, posłużenie się znakami handlowymi produktów IBM jest bezprawne i stanowi naruszenie przepisu art. 29 ust. 3 Pzp z powodu nie spełnienia drugiej przesłanki przepisu, a ponadto istnienie pierwszej jest dalece wątpliwe. Wynikająca z treści siwz specyfika przedmiotu zamówienia nie uzasadnia stosowania nazw konkretnych produktów, jakie są przedmiotem postępowania. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie wskazał jaka „specyfika” przemawia za taką dopuszczalnością. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3 Pzp zamawiający może posłużyć się przy opisie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia wyłącznie, jeśli wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". W treści siwz brak jest takiego wskazania.

Tym samym nawet gdyby uznać, iż zaszły określone w przepisie art. 29 ust. 3 Pzp przesłanki opisanie przedmiotu zamówienia ze wskazaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, to zamawiający nie był do tego uprawniony, gdyż nie dopuścił możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych. Argumentacja zamawiającego, iż opis przedmiotu zamówienia podyktowany jest specyfiką, wynikającą z faktu posiadania określonego Środowiska systemowego i sprzętowego, trudna jest do obrony i pozostaje w sprzeczności z wyborem trybu postępowania – przetargu nieograniczonego. Uzasadniony może więc być zarzut, co do wyboru trybu udzielenia zamówienia.

Z opisu zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu wynika, że sprzęt będący przedmiotem postępowania, ma zastąpić obecnie używany sprzęt. Mając to na uwadze, odwołujący stwierdził, że wymagania by sprzęt będący przedmiotem zamówienia był produkowany przez producentów dotychczasowej platformy, są bezpodstawne.

Odwołujący powołał się na rekomendacje Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji dotyczące zasad formułowania wymagań zamawiającego dla wybranych parametrów technicznych sprzętu komputerowego, dostępne na stronie [www Urzędu Zamówień Publicznych](http://www.UrzęduZamówieńPublicznych.pl) w zakładce „Opinie prawne”.

Z rekomendacji wynika, że nie jest, co do zasady, możliwe odniesienie się w opisie parametrów technicznych zamawianego sprzętu komputerowego:

- a) tylko do konkretnego producenta lub konkretnych producentów,
- b) do mikroprocesorów konkretnej marki,
- c) wymaganie aby jednostka centralna komputera, płyta główna komputera, monitor, klawiatura, mysz lub jakiegokolwiek inne niezależnie pracujące peryferia pochodziły od producenta jednostki centralnej komputera i były oznaczone jego logo lub też żeby były wyprodukowane i zaprojektowane przez producenta jednostki centralnej komputera.

Rekomendacja dopuszcza takie wymagania jedynie w sytuacji szczególnej, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą odwołania do norm i standardów technicznych lub poprzez odwołanie do jego wymagań funkcjonalnych, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". W każdym takim przypadku na zamawiającym spoczywa obowiązek uzasadnienia odstąpienia od ogólnych zasad opisu przedmiotu zamówienia. Z rekomendacji jednoznacznie wynika, iż czynności zamawiającego polegające na odwoływaniu się w opisie przedmiotu zamówienia do nazw własnych produktów konkretnego producenta, było niedopuszczalne.

Odwołujący wskazał również, że wymaganie dotyczące jednolitości architektury jest niezasadne. Podkreślił, że pojawiło się ono dopiero na etapie rozstrzygnięcia protestu i nie było pierwotnie określone w siwz. Wymaganie jest nieprecyzyjne i nie pozwala na jakąkolwiek ocenę, co zamawiający będzie traktował jako jednolitą architekturę.

Treść rozstrzygnięcia protestu nasuwa jedynie wniosek, że jednolitość architektury oznacza dostarczenie sprzętu tego samego producenta, jak sprzęt, który zamawiający już posiada, co jest niedopuszczalne. Dodatkowo postawione przez zamawiającego wymaganie w zakresie jednolitości architektury nie jest także uzasadnione względami technicznymi. Nie jest prawdziwe twierdzenie, że sprzęt innego producenta powodowałoby nieprawidłową pracę systemu. Zamawiający nie podał żadnych okoliczności potwierdzających, że inne produkty (określone przez odwołującego w treści protestu) nie zapewnią poprawnej i stabilnej pracy Systemu ZEFIR.

Podniesione argumenty, iż wymóg dostarczenia sprzętu konkretnego producenta jest podyktowany zawartymi umowami, również nie mogą stanowić uzasadnienia naruszenia przepisu art. 7 i art. 29 ust. 1-3 Pzp. Argument ten jest również nietrafiony z merytorycznego punktu widzenia, ponieważ przedmiotem zamówienia jest także świadczenie usług serwisowych, co powoduje, że bez znaczenia są zawarte umowy, gdyż środowisko, jakie zostanie dostarczone objęte zostanie niezależnym serwisem.

Również nie jest trafny argument jakoby wskazanie wymogu, co do konkretnego systemu na serwerze, odpowiadającego za funkcję migracji danych, podyktowane było faktem, że posiadana przez zamawiającego platforma sprzętowa działająca z wykorzystaniem Sybase ASE 12.5.1. nie wspiera migracji danych między platformami. Uzasadnienie takie jest niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż zgodnie z dokumentacją techniczną oprogramowania Sybase ASE 12.5.1., istnieją narzędzia umożliwiające migrację pomiędzy platformami sprzętowymi. W oficjalnych dokumentach firma Sybase (na stronie: <http://m.sybase.com/detail?id=102759B#CHDFGIDE/punkt/> oraz innej

<http://www.sybase.com/detail?id=10260B7> (tabela odnosi się do ASE 12.5.2 lecz wskazuje ASE 12.5.1 i ASE 12.5 jako zamiennik) potwierdza możliwość działania ASE w wersji 12.5.1

na wielu platformach. Natomiast przeniesienie danych pomiędzy platformami można wykonać przy pomocy prostych czynności administracyjnych takich jak eksport/import danych. Oznacza to, iż w praktyce istnieje możliwość migracji danych z obecnie używanego przez zamawiającego systemu na środowisko sprzętowo-systemowe innego producenta niż IBM. Nieuzasadnione jest zatem ograniczanie konkurencji przez wymaganie dostarczenia serwera działającego pod kontrolą systemu Sybase ASE 12.5.1.

W ocenie odwołującego, nieskuteczne było przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez wykonawcę Bull Polska Sp. z o.o. Po pierwsze, osoba podpisująca przystąpienie, zgodnie z treścią udzielonego jej pełnomocnictwa, została umocowana do „wykonywania środków ochrony prawnej zgodnie z Działem VI ustawy Prawo Zamówień Publicznych”. Środkami ochrony prawnej, zgodnie z Pzp, jest protest, odwołanie i skarga, zaś zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu lub odwołania, nie ma charakteru samodzielnego środka ochrony prawnej, o czym świadczą chociażby ograniczenia w czynnościach podmiotu przystępującego do odwołania, który nie może podejmować czynności sprzecznych z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Skoro przystąpienie nie ma charakteru samodzielnego środka ochrony prawnej, odwołujący stwierdził, iż pełnomocnictwo udzielone panu Grzegorzowi Gębickiemu nie obejmowało uprawnień do zgłoszenia przystąpienia. Ponadto, użyte w pełnomocnictwie sformułowanie „wykonywania” nie jest jednoznaczne z uprawnieniem do wnoszenia jakichkolwiek środków ochrony prawnej.

Również przystąpienie Bull Polska Sp. z o.o. nastąpiło z uchybieniem terminu wskazanego w przepisie art.181 ust. 4 pkt 2 Pzp.

W ocenie Odwołującego wątpliwe jest, czy wykonawca Bull Polska Sp. z o.o. wykazał się interesem prawnym w przystąpieniu. Nie jest prawdą, iż dopuszczenie przez zamawiającego rozwiązań równoważnych do opisanych w przedmiocie zamówienia, produktów IBM, stawia w korzystniejszej sytuacji innych wykonawców. Żądane przez odwołującego zmiany w siwz nie prowadzą do postawienia w korzystniejszej sytuacji innych wykonawców, a jedynie do postawienia innych wykonawców w sytuacji, w której na podstawie postanowień siwz, znajdują się wykonawcy oferujący rozwiązania IBM. Uzasadnienie przystąpienia do postępowania na etapie protestu podane przez Bull Polska Sp. z o.o., jednoznacznie potwierdza, iż obecna treść siwz dopuszcza w praktyce możliwość zaoferowania wyłącznie produktów IBM.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego,

w szczególności siwz i złożonych wyjaśnień pełnomocników odwołującego i zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego, w rozumieniu art.179 ust. 1 Pzp, wnosząc protest i odwołanie na postanowienia siwz, gdyż ma realne szanse uczestniczenia w postępowaniu, wobec zastosowania trybu przetargu nieograniczonego i mając na uwadze zakres prowadzonej działalności odwołującego.

W siwz, tak jak podał odwołujący, w części Rozdział I Opis przedmiotu zamówienia/ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, 1.Warunki techniczne, Tabela nr 1 - Specyfikacja techniczna serwera, pkt 1lit. b, pkt 2 i pkt 13 lit. a, zamawiający zamieścił opis o treści, że w ramach przedmiotu zamówienia wymaga dostarczenia czterech serwerów (pkt 1 lit. b) pracujących pod kontrolą systemu operacyjnego AIX, w wersji 5.2 lub wersji wyższej w pełni kompatybilnej z wersją 5.2. W pkt 2 podał, że przedmiotem zamówienia jest procesor – typ Power6 – 64 bity. W pkt 13 lit. a opisał parametr – system operacyjny wskazując, że serwer powinien być wyposażony w system operacyjny AIX w wersji 5.2 lub w wersji wyższej w pełni kompatybilnej do wersji 5.2.

Z przedstawionego opisu jednoznacznie wynika, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia na dostawę czterech serwerów na potrzeby Systemu ZEFIR wskazał system operacyjny AIX w wersji 5.2 lub w wersji wyższej w pełni kompatybilnej do wersji 5.2 oraz procesor Power6, jako wyznaczniki funkcjonalności zamawianych serwerów.

Zamawiający nie zaprzeczył zarówno w rozstrzygnięciu protestu, jak i na rozprawie, że zastosowany opis wskazuje na produkt konkretnych producentów, którymi są, w ocenie zamawiającego, dwaj znani mu producenci, tj. IBM i Bull.

Ze złożonego przez odwołującego tłumaczenia informacji z broszury Bull, zatytułowanej „Escala. The Power of choice” wynika, w ocenie KIO, że dokument jest potwierdzeniem, iż procesor Power6 oraz system operacyjny AIX są zarówno produktami, jak i stanowią „zarejestrowane znaki towarowe International Business Machines Corporation w Stanach Zjednoczonych i/lub w innych krajach”.

Dokument również potwierdza, że firma IBM jest jedynym producentem systemu operacyjnego AIX oraz procesora Power6. Firma Bull jest także producentem serwera Escala, którego jednak produkcja oparta jest na technologii IBM.

KIO uwzględniła stanowisko zamawiającego, z którego wynika, że zarówno w tytule wskazującym przedmiot zamówienia, a także na str. 5 siwz zamawiający określił, że serwery mają służyć Systemowi ZEFIR, w szczególności na str. 5 zamawiający podał, że zakupione serwery mają zastąpić obecne serwery Bull Escala PL600T i wskazał również na

konieczność dostosowania nowych serwerów do obecnej architektury i konfiguracji Systemu ZEFIR.

KIO przyjęła ze zrozumieniem również fakt, że zakup czterech serwerów ma służyć zachowaniu dotychczasowej stabilności i jednolitości stosowanego Systemu ZEFIR i określone obowiązki z tym związane wynikają, w szczególności z postanowień umowy zawartej pomiędzy Skarbem Państwa Ministerstwem Finansów, a firmą „Systemy Komputerowe Główka” S.A. w sprawie świadczenia wyspecjalizowanych usług oraz dostarczania produktów informatycznych związanych z funkcjonowaniem Systemu ZEFIR.

Z ogólnego schematu architektury Systemu ZEFIR (str. 132 umowy) wynika, że cały schemat jest oparty na systemie operacyjnym AIX oraz na motorze bazy danych ASE 12.5.1.

KIO uznała również za przekonujące wyjaśnienia zamawiającego, co do obaw, że zakup równoważnych serwerów, m.in. wskazanych przez odwołującego podczas rozprawy i ich zainstalowanie wraz z zakwestionowanymi elementami, może stanowić zakłócenie tej jednolitości, zwłaszcza, że zamawiający w przyjętej od 11 lat architekturze zamierza zastąpić zaledwie 4 z 17 serwerów.

W ocenie KIO, której skutkiem jest uwzględnienie odwołania, istotę sprawy stanowi fakt naruszenia przez czynność opisu przedmiotu zamówienia wymogu wynikającego z przepisu art. 29 ust. 3 Pzp.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (definicja pozytywna). Przepisy dwóch następnych ustępów zawierają definicję negatywną. Przepis ust. 2 stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zaś przepis ust. 3 stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Wymóg wynikający z ust. 3, podobnie jak inne, ma charakter bezwzględny, powodujący negatywne skutki dla oceny czynności zamawiającego, w razie nie zastosowania się do tego wymogu.

W sprawie bezsporne jest, że zamawiający wskazując znaki towarowe parametrów serwera – system operacyjny i procesor, nie zamieścił wyrazów „lub równoważny”.

Uchybienie to jest na tyle istotne, że jego skutków nie może zniweczyć wykazana przez zamawiającego specyfika związana z przedmiotem zamówienia, jak i uzasadnione potrzeby zachowania jednolitości i kompatybilności architektury stosowanego systemu.

Przepis art. 29 ust. 5 Pzp stanowi, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

W orzecznictwie ukształtował się pogląd, że zamawiający, dopuszczając rozwiązania równoważne, będąc zobowiązanym do ich dopuszczenia, ma wykazać kryteria (cechy) uznania określonego systemu za równoważny, m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 23 czerwca 2008 r. sygn. akt XIX Ga 214/08, zmieniający wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 268/08.

W związku z powyższym, KIO mając na względzie wskazany przepis art. 29 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp, uwzględniła odwołanie, nakazując jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 1a i ust. 2 pkt 1 Pzp.

KIO nie nakazała przedłużenia terminu składania ofert. Czynność ta została już dokonana, co wynika z pisma zamawiającego z dnia 6 lipca 2009 r. znak: 35-ILGW-253-36/09, złożonego na rozprawie przez odwołującego.

Bez wpływu na wynik sprawy pozostaje fakt spóźnionego zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Bull Polska Sp. z o.o. (zgłoszenie dokonane zostało w dniu 10 czerwca 2009 r., zaś termin określony w art. 181 ust. 4 pkt 2 w zw. z art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp, upłynął w dniu 8 czerwca 2009 r.).

W wykonawca ten nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, z ograniczeniem wysokości wynagrodzenia do kwoty 3 600 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....