

WYROK

z dnia 23 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 marca 2011 r. przez **UHC Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (obecnie: „Uniwersytecka Opieka Zdrowotna” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością), 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdniku, 21-040 Świdnik, ul. Bolesława Leśmiana 4**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej w Świdniku, 21-040 Świdnik, ul. Bolesława Leśmiana 4 – zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:**
 - dopuszczenie zaoferowania urządzeń i oprogramowania równoważnych do opisanych z określeniem zasad równoważności;
 - wykreślenie warunku dotyczącego obowiązku złożenia Certyfikatu EPEAT na poziomie Bronze;
 - wykreślenie lub zmianę warunków powodujących, że ich kombinacja prowadzi do możliwości zaoferowania tylko jednego producenta;
 - wykreślenie lub zmianę warunków powodujących, iż możliwe do zaoferowania będzie rozwiązanie tylko jednego producenta;

- wykreślenie warunków dotyczących notebooków: „dedykowane przyciski, umożliwiające: odtwarzanie/pauza, odtwarzanie poprzedniego utworu, odtwarzanie następnego utworu, stop, zwiększenie siły dźwięku, zmniejszenie siły dźwięku”;

- wykreślenie warunków wyłączających możliwość zaoferowania zestawów urządzeń różnych producentów;

- wykreślenie w opisie notebook 4 szt. i notebook – 1 szt. W poz. 21 tabeli, wiersz „Inne” zapisu: „Oznaczenie środków trwałych”

- zastąpienie warunku Części B „Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego” w brzmieniu: „Wszystkie komponenty użyte do budowy systemu informatycznego zarówno części liczenia kosztów oraz szpitalnej (baza danych, kompilatory/interpreter, serwer aplikacji itp.) są dostępne w wersji otwartego oprogramowania – open source – i za darmo – freeware” warunkiem o treści dopuszczającej, aby wykaz narzędzi darmowych dotyczył dostępnych, a nie użytych w toku produkcji;

- wykreślenie postanowienia § 9 ust. 3 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ogólne warunki umowy) o treści:

„Warunkiem rozpoczęcia procedury odbioru jest przedłożenie Zamawiającemu dokumentów świadczących o całkowitym uregulowaniu zobowiązań Wykonawcy względem podwykonawców zamówienia (np. oświadczeń podwykonawców, że ich należności z tyt. realizacji prac przy niniejszym zamówieniu zostały uregulowane”.

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdniku, 21-040 Świdnik, ul. Bolesława Leśmiana 4** i nakazuje:

1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **UHC Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9** tytułem wpisu od odwołania,

2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Świdniku, 21-040 Świdnik, ul. Bolesława Leśmiana 4** na rzecz „**Uniwersyteckiej Opieki Zdrowotnej**” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9 stanowiącej uzasadnione

koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, 21-040 Świdnik, ul. Bolesława Leśmiana 4 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu komputerowego i modernizację sieci informatycznej, dostawę i wdrożenie oprogramowania SP ZOZ Świdnik wraz z ucyfrowieniem aparatów RTG.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 8 marca 2011 roku wykonawca UHC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-149 Lublin, ul. Do Dysa 9 wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w Załączniku Nr 1 do SIWZ (Opis przedsięwzięcia/Tabele wymaganych parametrów technicznych) postanowień naruszających uczciwą konkurencję oraz opisujących przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z ustawą Pzp, a zwłaszcza poprzez niejasność stosowanych określeń oraz preferowanie rozwiązań technologicznych określonych producentów w odniesieniu do następujących elementów zamówienia:

I. CZĘŚĆ A - Sprzęt z oprogramowaniem a) stacja robocza - 75 szt. poprzez:

- wprowadzenie wymogu dostarczenia komputera z płytą główną i jednostki centralnej tego samego producenta;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia chipsetu określonego producenta tj. firmy INTEL bez określenia kryteriów równoważności dla rozwiązań innych producentów;

- wprowadzenie wymogu dostarczenia procesora z określoną częstotliwością szyny systemowej, ilością i rodzajem pamięci podręcznej, a także nałożenie obowiązku dostarczenia Zamawiającemu do testów komputerów z procesorem opisanym w SIWZ, procesorem równoważnym wraz z oprogramowaniem testującym, podczas gdy Zamawiający może skorzystać z ogólnodostępnych wyników testów wydajnościowych;
 - wprowadzenie wymogu dostarczenia pamięci RAM określonego rodzaju (DDR 3) oraz określonej częstotliwości taktowania (1333 MHz) bez określenia kryteriów równoważności dla innych rozwiązań;
 - wprowadzenie wymogu dostarczenia dysku twardego o określonej prędkości obrotowej (7.200 rpm) oraz ilości pamięci podręcznej bez określenia kryteriów równoważności dla innych rozwiązań;
 - wprowadzenie wymogu dostarczenia karty graficznej z wsparciem dla INTEL Clear Video Technology, tj. dla rozwiązania firmy INTEL, bez możliwości dostarczenia rozwiązania równoważnego oraz bez określenia warunków równoważności dla rozwiązań innych producentów;
 - wprowadzenie wymogu dostarczenia karty dźwiękowej z określonym rodzajem chipsetu konkretnego producenta bez określenia kryteriów równoważności dla rozwiązań innych producentów;
 - wprowadzenie wymogu dostarczenia myszy i klawiatur oznaczonych trwale logo producenta;
 - wprowadzenie wymogu dostarczenia systemów operacyjnych konkretnego producenta (Microsoft) bez możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego;
 - wprowadzenie wymogu dostarczenia certyfikatów firmy Microsoft potwierdzających poprawną współpracę oferowanego komputera z systemem operacyjnym MS Vista, przy jednoczesnym wymogu dostarczenia zupełnie innego systemu operacyjnego;
- b) monitor - 75 szt. poprzez:
- wprowadzenie wymogu dostarczenia monitorów z powłoką przeciwoodblaskową z utwardzeniem 3H oraz oznaczonych trwale logo producenta jednostki centralnej, którą to kombinację warunków spełnia tylko jeden producent (firma DELL);
 - wprowadzenie wymogu dostarczenia oświadczenia producenta komputera o przejęciu obowiązków związanych z serwisem, w razie niewywiązywania się z nich firmy serwisującej;
- c) notebook - 4 szt. - poprzez:
- wprowadzenie wymogu dostarczenia notebooka z chipsetem dostosowanym do procesora, nie gorszego od INTEL 45 Express, co jest równoznaczne wymogiem

dostarczenia procesora firmy INTEL, bez możliwości dostarczenia rozwiązania równoważnego oraz bez określenia kryteriów równoważności dla innych rozwiązań;

- wprowadzenie wymogu dostarczenia procesora z określoną częstotliwością szyny systemowej, ilością i rodzajem pamięci podręcznej, a także nałożenie obowiązku dostarczenia Zamawiającemu do testów komputerów z procesorem opisanym w SIWZ, procesorem równoważnym wraz z oprogramowaniem testującym, podczas gdy Zamawiający może skorzystać z ogólnodostępnych wyników testów wydajnościowych;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia pamięci RAM o określonej częstotliwości taktowania (800 MHz) bez określenia kryteriów równoważności dla innych rozwiązań;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia karty graficznej określonego producenta tj. firmy INTEL bez określenia warunków równoważności dla rozwiązań innych producentów;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia systemów operacyjnych konkretnego producenta (Microsoft) bez możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego;
- wprowadzenie niezrozumiałego wymogu „Oznaczenie środków trwałych”
- w poz. 21 tabeli, wiersz „Inne”
- wprowadzenie wymogu dostarczenia notebooków z wyodrębnionymi przyciskami multimedialnymi (odtworzenie utworów), co preferuje rozwiązania konkretnych producentów i narusza uczciwą konkurencję (poz. 21 tabeli, wiersz „Inne”);

d) notebook - 1 szt. poprzez:

- wprowadzenie wymogu dostarczenia notebooka z chipsetem dostosowanym do procesora, nie gorszego od INTEL HM57 Express, co jest równoznaczne wymogiem dostarczenia procesora firmy INTEL, bez możliwości dostarczenia rozwiązania równoważnego oraz bez określenia kryteriów równoważności dla rozwiązań innych producentów;
- obowiązku dostarczenia Zamawiającemu do testów komputerów z procesorem opisanym w SIWZ, procesorem równoważnym wraz z oprogramowaniem testującym, podczas gdy Zamawiający może skorzystać z ogólnodostępnych wyników testów wydajnościowych, na które powołano się w SIWZ (poz. 3 tabeli - test Passmark CPU Mark, z podanym wynikiem punktowym);
- wprowadzenie wymogu dostarczenia pamięci RAM określonego rodzaju (DDR3) określonej częstotliwości taktowania (1.333 MHz) bez określenia kryteriów równoważności dla innych rozwiązań opartych np. o parametr wydajności;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia karty graficznej GeForce 310M bez określenia warunków równoważności innych rozwiązań opartych np. o parametr wydajności;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia systemów operacyjnych konkretnego producenta (Microsoft) bez możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia certyfikatu EPEAT na poziomie Bronze,

co stanowi dodatkowo naruszenie przepisu §5 ust. 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) wobec faktu, iż żądany dokument nie jest wydawany przez jakąkolwiek instytucję powołaną do kontroli jakości, ani do ustalania zgodności z normami europejskimi;

- wprowadzenie niezrozumiałego wymogu „Oznaczenie środków trwałych” w roz. 21 tabeli, wiersz „Inne”;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia notebooków z wyodrębnionymi przyciskami multimedialnymi (odtwarzanie utworów), co preferuje rozwiązania konkretnych producentów i narusza uczciwą konkurencję (poz. 21 tabeli, wiersz „Inne”);

wprowadzenie wymogu dostarczenia notebooka w kolorze srebro aberdeen, który jest kolorem wykorzystywanym wyłącznie przez firmę DELL;

e) serwer 1 – 1 szt. poprzez:

- wprowadzenie wymogu dostarczenia serwera z chipsetem dedykowanym przez producenta procesora do pracy w serwerach dwuprocesorowych, który to warunek spełnia jedynie rozwiązanie firmy INTEL;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia procesora z określoną ilością i rodzajem pamięci podręcznej, a także nałożenie obowiązku dostarczenia Zamawiającemu do testów komputerów z procesorem opisanym w SIWZ, procesorem równoważnym wraz z oprogramowaniem testującym, podczas gdy Zamawiający może skorzystać z ogólnodostępnych wyników testów wydajnościowych;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia pamięci RAM o określonego rodzaju (DDP.3) bez określenia kryteriów równoważności dla innych rozwiązań opartych np. o parametr wydajności;
- zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do zaoferowania jest jedynie serwer firmy DELL;

f) serwer 2 – 1 szt. poprzez:

-| wprowadzenie wymogu oznaczenia płyty głównej logo producenta serwera;

- wprowadzenie wymogu dostarczenia procesora z określoną ilością pamięci podręcznej, a także nałożenie obowiązku dostarczenia Zamawiającemu do testów komputerów z procesorem opisanym w SIWZ, procesorem równoważnym wraz z oprogramowaniem testującym, podczas gdy Zamawiający może skorzystać z ogólnodostępnych wyników testów wydajnościowych;
- wprowadzenie wymogu dostarczenia pamięci RAM o określonego rodzaju (DDR3) oraz częstotliwością taktowania (1333 MHz) bez określenia kryteriów równoważności dla innych rozwiązań;

- zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do zaoferowania jest jedynie serwer firmy DELL;

g) serwer 3 --1 szt. poprzez:

- * wprowadzenie wymogu oznaczenia płyty głównej logo producenta serwera;

- wprowadzenie wymogu dostarczenia serwera z chipsetem dedykowanym przez producenta procesora do pracy w serwerach dwuprocessorowych, który to warunek spełnia jedynie rozwiązanie firmy INTEL;

- wprowadzenie wymogu dostarczenia procesora z określoną ilością i rodzajem pamięci podręcznej, a także nałożenie obowiązku dostarczenia Zamawiającemu do testów komputerów z procesorem opisanym w SIWZ, procesorem równoważnym wraz z oprogramowaniem testującym, podczas gdy Zamawiający może skorzystać z ogólnodostępnych wyników testów wydajnościowych;

- wprowadzenie wymogu dostarczenia pamięci RAM o określonego rodzaju (DDR3) bez określenia kryteriów równoważności dla innych rozwiązań;

- zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do zaoferowania jest jedynie serwer firmy DELL;

h) serwer 4-1 szt. poprzez:

- wprowadzenie wymogu oznaczenia płyty głównej logo producenta serwera;

przez wprowadzenie wymogu dostarczenia procesora z określoną ilością pamięci podręcznej, a także nałożenie obowiązku dostarczenia Zamawiającemu do testów komputerów z procesorem opisanym w SIWZ, procesorem równoważnym wraz z oprogramowaniem testującym, podczas gdy Zamawiający może skorzystać z ogólnodostępnych wyników testów wydajnościowych;

- * wprowadzenie wymogu dostarczenia pamięci RAM o określonego rodzaju (DDR3) z określoną częstotliwością taktowania (1333 MHz) bez określenia kryteriów równoważności dla innych rozwiązań;

- zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do zaoferowania jest jedynie serwer firmy DELL;

i) drukarki; A3 duplex mono - 2 szt. poprzez:

- zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do oferowania jest jedynie produkt firmy XEROX zwłaszcza poprzez nałożenie obowiązku dostarczenia pakietu Natkit Pol/Cz/Hu/Fr;

j) drukarki A4 USB -30 szt. poprzez:

- zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do zaoferowania jest jedynie produkt firmy OKI, co wyklucza możliwość zaoferowania urządzenia innych producentów;

k) drukarki A4 USB - 18 szt. poprzez:

- zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do zaoferowania jest jedynie produkt firmy OKI, co wyklucza możliwość zaoferowania urządzenia innych producentów;

l) oprogramowanie serwerowe - 2 szt. poprzez:

- zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do zaoferowania jest jedynie produkt Microsoft zwłaszcza w odniesieniu do warunków dotyczących systemu operacyjnego, bezpieczeństwa, pracy grupowej, zarządzania;

m) oprogramowanie klienckie poprzez:

- zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do zaoferowania jest jedynie produkt Microsoft (warunki licencji typu CAL);

n) oprogramowanie antywirusowe - 85 licencji poprzez: zastosowanie kombinacji warunków, które powodują, iż możliwy do zaoferowania jest jedynie produkt przeznaczony do współpracy z systemem WINDOWS firmy Microsoft;

II. CZĘŚĆ B - Dostawa i wdrożenie systemu informatycznego :

a) Ogólne wymagania dla systemu poprzez

- Wprowadzenie wymogu Wszystkie komponenty użyte do budowy systemu informatycznego zarówno części liczenia kosztów oraz szpitalnej (baza danych, kompilatory/interpreter, serwer aplikacji itp.) są dostępne w wersji otwartego oprogramowania - open source - i za darmo - freeware. Zamawiający nie ma możliwości sprawdzenia narzędzi w jakich zostało wytworzone oprogramowanie, żądanie używania przez Wykonawcę konkretnych narzędzi nie ma nic wspólnego z produktem, wymóg ten powinien brzmieć, że Baza danych, kompilator/interpreter, serwer aplikacji są dostępne w wersji otwartego oprogramowania - open source - i za darmo - freeware. Trudno oczekiwać aby Wykonawca który do produkcji oprogramowania korzystał z komercyjnych narzędzi takich jak kompilator był wykluczony z postępowania tylko dlatego, że pomimo dostępności darmowego rozwiązania korzystał z płatnego. Rozumiemy, że ideą postępowania konkurencyjnego jest zapewnienie w tym wypadku dostępu do darmowych narzędzi a nie karanie wykonawcy, że użył komercyjnych pomimo występowania darmowych.

III. CZĘŚĆ C ~ Dostawa i wdrożenie systemu ucyfrowienia zakładu RTG:

a) system archiwizacji i dystrybucji obrazów oraz rejestracji pacjentów - 1 szt. poprzez:

- wprowadzenie wymogu dostarczenia serwera obrazowego z procesorem firmy INTEL, wykonanym w technologii 45 mm bez określenia kryteriów równoważności, co wyklucza zaoferowanie procesora innego producenta;

b) stacja diagnostyczna - 1 szt. poprzez:

- wprowadzenie wymogu dostarczenia procesora firmy INTEL, wykonanym w technologii 45 mm bez określenia kryteriów równoważności, co wyklucza zaoferowanie procesora innego producenta;

- wprowadzenie wymogu dostarczenie systemu operacyjnego firmy Microsoft (Windows XP) bez możliwości zaoferowania produktu równoważnego oraz bez określenia kryteriów równoważności; wprowadzenie wymogu dostarczenia oprogramowania diagnostycznego tego samego producenta co system archiwizacji i dystrybucji obrazów, co wyłącza możliwość zaoferowania zintegrowanego systemu składającego się 7 komponentów oferowanych przez różnych producentów;

c) stacja do rejestracji pacjentów z oprogramowaniem - 1 szt.

- wprowadzenie wymogu dostarczenia procesora firmy INTEL, co wyklucza zaoferowanie procesora innego producenta wobec braku kryteriów równoważności;

- wprowadzenie wymogu dostarczenie systemu operacyjnego firmy Microsoft (Windows XP) bez możliwość' zaoferowania produktu równoważnego oraz bez określenia kryteriów równoważności;

b) naruszenie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 PZP poprzez uwarunkowanie rozpoczęcia przez Zamawiającego procedury odbioru prac realizowanych przez Wykonawcę od wcześniejszego przedłożenia dokumentów świadczących o całkowitym uregulowaniu zobowiązań Wykonawcy względem podwykonawców (§9 ust. 3 ogólnych postanowień umowy - załącznik nr 2 do SIWZ), co prowadzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania niektórych wykonawców oraz nieuprawnionej ingerencji Zamawiającego w treść stosunku zobowiązaniowego łączącego Wykonawcę z ewentualnym podwykonawcą, podczas gdy przepisy ustawy PZP nie dają podstaw do takiej ingerencji.

Na rozprawie w dniu 18 marca 2011 roku odwołujący się przedstawił odpis KRS, z którego wynika, że obecnie firma odwołującego się brzmi: „Uniwersytecka Opieka Zdrowotna” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Analiza zaskarżonych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadnia stwierdzenie, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wskazywanie w opisie przedmiotu zamówienia parametrów technicznych, specyficznej

technologii lub właściwości użytkowych charakterystycznych dla określonego produktu albo przez wskazywanie wprost nazwy własnej konkretnego produktu określonego producenta.

W toku postępowania odwoławczego odwołujący się przedstawił szereg dowodów w postaci kart katalogowych producentów sprzętu komputerowego potwierdzających twierdzenia, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego wskazuje pośrednio bądź wprost na konkretne produkty konkretnych producentów. Izba dowody te uznała za istotne dla rozstrzygnięcia sprawy i uzasadniające podniesione zarzuty. Izba uznała również za wiarygodne złożone przez odwołującego się pisma Tech Data Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z których wynika, że przedsiębiorcy ci nie posiadają w swojej ofercie sprzętu o takiej kombinacji parametrów, jakiej wymagał zamawiający.

Zamawiający nie dość, że nie zaprzeczył zarzutom i argumentom odwołującego się, ale w niektórych przypadkach wręcz potwierdził ich zasadność. W szczególności zamawiający przyznał, że wymagał dostarczenia systemu operacyjnego Microsoft, gdyż taki system obecnie funkcjonuje u zamawiającego, zatem rozbudowa systemu winna opierać się na takich samych komponentach.

Zamawiający nie wskazał żadnego dowodu, który potwierdziłby, że dokonany opis przedmiotu zamówienia pozwala na zaoferowanie również produktów innych producentów niż te, na które wskazują poszczególne części opisu przedmiotu zamówienia. Argumentacja zamawiającego sprowadzała się do głośownego negowania oświadczeń i dowodów zgłaszanych przez odwołującego się, względnie stwierdzenia, że odwołujący się nie przedstawił tzw. dowodów negatywnych, tj. potwierdzających, iż żaden inny produkt nie spełnia potwierdzonych warunków.

Zgodnie z wyrażoną w art. 6 K.c. zasadą rozkładu ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, to na zamawiającym ciążył obowiązek wykazania, że sposób, w jaki opisał przedmiot zamówienia, umożliwia zaoferowanie produktów co najmniej kilku producentów. Odwołujący się wykazał, iż opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty i podał, o jakie produkty chodzi. To zamawiający w tej sytuacji winien był udowodnić, że opisanemu przez niego przedmiotowi zamówienia odpowiadają również produkty inne niż wskazane przez odwołującego się. Należy zwrócić uwagę, że do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny

konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na znaczne ograniczenie konkurencyjności, które przejawia się mniejszą liczbą ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować zaoferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta.

Ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), to jest przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazane przepisy służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie – zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

W doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż dopuszczając produkt równoważny zamawiający powinien określić kryteria równoważności, w celu umożliwienia wykonawcom złożenia ważnej oferty oraz zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie określił parametrów, na podstawie których zamierzał ocenić równoważność. Istotne jest to, że w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy p.z.p., winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób dokładny, przejrzysty

i jasny tak, aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony aby wykonawcy, przystępujący do udziału mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Precyzyjne określenie wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i równego dostępu do zamówienia publicznego i może zniechęcać do udziału w postępowaniu podmioty zamierzające zaoferować produkty inne, niż wskazane jako referencyjne w SIWZ.

Ustosunkowując się do żądania zamawiającego, dotyczącego wymogu dostarczenia certyfikatu EPEAT na poziomie Bronze, Izba stwierdziła, że wymagany dokument nie jest dokumentem, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W myśl § 5 ust. 1 rozporządzenia w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) próbek, opisów lub fotografii;
- 2) opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia;
- 3) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;
- 4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;
- 5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMEAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.

Tymczasem EPEAT nie jest ani normą ani certyfikatem. EPEAT to amerykański program wspierania zakupu technologii informatycznych przyjaznych środowisku, będący projektem GEC (Green Electronics Council z siedzibą Portland w stanie Oregon w USA) powstałym w odpowiedzi i na bazie europejskich uregulowań prawnych w dziedzinie ekologii, ochrony środowiska oraz obrotu odpadami elektronicznymi. Co prawda cytowany wyżej przepis § 5 rozporządzenia nie wyczerpuje katalogu dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia postawionych wymagań, niemniej jednak charakter żądań musi być uzasadniony i nie może być dyskryminujący wobec niektórych wykonawców. W ocenie Izby żądanie dostarczenia dokumentu, który otrzymują firmy amerykańskie lub takie, które mają zarejestrowane oddziały w USA stanowi rażące naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców. Niezależnie od powyższego Izba skonstatowała, że postawienie przez zamawiającego warunku dostarczenia certyfikatu EPEAT potwierdza zarzuty preferowania wykonawcy DELL, który takim certyfikatem się legitymuje.

Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie z opisu przedmiotu zamówienia dot. notebook – 4 szt. i notebook – 1 szt. w poz. 21 tabeli, wiersz „Inne” wymogu „Oznaczenie środków trwałych”. Sam zamawiający na rozprawie przyznał, że wymóg ten pojawił się omyłkowo, zatem podniesiony w tym zakresie zarzut okazał się uzasadniony.

Izba uznała za zasadny zarzut dot. nieuprawnionego wymogu, by wszystkie komponenty użyte do budowy systemu informatycznego, zarówno części liczenia kosztów oraz szpitalnej (baza danych, kompilatory/interpreter, serwer aplikacji itp.) były dostępne w wersji otwartego oprogramowania – open source – i za darmo – freeware. W ocenie Izby nie ma żadnych podstaw do nakazywania wykonawcom, by do budowy systemu wykorzystywali takich narzędzi. Z punktu widzenia zamawiającego istotnym jest, by dla niego samego narzędzia te były dostępne we wskazanych wersjach i w ten sposób winien był sformułować wymaganie.

W ocenie Izby zasadny jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ K.c. w związku z art. 139 ustawy Pzp poprzez uwarunkowanie rozpoczęcia przez zamawiającego procedury odbioru prac realizowanych przez wykonawcę od wcześniejszego przedłożenia dokumentów świadczących o całkowitym uregulowaniu zobowiązań wykonawcy względem podwykonawców (§ 9 ust. 3 ogólnych postanowień umowy – załącznik nr 2 do SIWZ). Zapis taki świadczy o nieuprawnionej ingerencji zamawiającego w treść stosunku zobowiązaniowego łączącego wykonawcę z podwykonawcą. Wzajemne rozliczenia pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami nie mają wpływu na sytuację prawną i faktyczną zamawiającego. Warunek taki byłby uzasadniony w przypadku zlecenia robót budowlanych, a to z uwagi na treść art. 647¹ § 5 K.c., zgodnie z którym zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę

wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Analogicznego przepisu nie ma natomiast w przypadku usług i dostaw, w związku z czym brak jest prawnego uzasadnienia do tego rodzaju żądania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....