

**Sygn. akt: KIO 2397/15**

**WYROK**

**z dnia 18 listopada 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2015 roku przez wykonawcę ITC S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie

przy udziale wykonawcy Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ITC S.A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ITC S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Zakup usługi Informatycznej w zakresie wsparcia technicznego dla elementów infrastruktury IT oraz oprogramowania systemowego i narzędziowego wykorzystywanego przez ARiMR.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 października 2015 roku pod numerem 2015/S 086-155067.

3 listopada 2015 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: ustawa lub pzp), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu (dalej „Ogłoszenie”) oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w postępowaniu w sposób niezgodny z przepisami Pzp w zakresie:

- 1) pkt III.2.1).2.13).a) Ogłoszenia oraz Rozdział V pkt 2.13).a) SIWZ w całości tego postanowienia, tj. żądania przedłożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego, że oferowane usługi spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, w postaci oświadczenia Producenta Sprzętu o przejęciu na siebie wszelkich zobowiązanych związanych z UWT w przypadku nie wywiązania się Wykonawcy ze zobowiązań związanych z UWT w zakresie Sprzętu, co do którego Zamawiający wymaga świadczenia UWT przez oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu zgodnie z załącznikiem nr 1 do wzorów umów stanowiących odpowiednio załączniki 6A, 6B, 6C, 6D do SIWZ,
- 2) pkt III.2.1).2.13).b) Ogłoszenia oraz Rozdział V pkt 2.13).b) SIWZ w całości tego postanowienia, żądania wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego, że oferowane usługi spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, w postaci oświadczenia Producenta Sprzętu potwierdzającego uprawnienia Zamawiającego do pobierania i korzystania z aktualizacji Oprogramowania, co do którego Zamawiający zastrzega sobie takie prawo w Rozdziale II Załącznika nr 1 do wzorów umów stanowiących odpowiednio załączniki 6A, 6B, 6C, 6D do SIWZ,

- 3) Rozdział I pkt 3 SIWZ dot. części zamówienia nr 1, 2, 3 i 4 zamówienia oraz postanowienia Rozdziału II pkt 6 Załącznika nr 1 do wzorów umów stanowiących odpowiednio załączniki 6A, 6B, 6C, 6D do SIWZ, w zakresie w jakim Zamawiający wymaga świadczenia UWT przez oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) w odniesieniu do pkt 1 powyżej naruszenie art. 25 ust. 1 i 2 ustawy oraz przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231) (dalej „Rozporządzenie ws. rodzaju dokumentów”) przez żądanie przedłożenia dokumentu nie wymienionego w przepisach Rozporządzenia ws. rodzaju dokumentów oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób, która uchybia zasadom uczciwej konkurencji i .równego traktowania wykonawców, poprzez żądanie od wykonawców, aby podmioty trzecie, niezaangażowane w realizację przedmiotu zamówienia ponosiły subsydiarną odpowiedzialność za wykonanie przedmiotu zamówienia 0<sup>9</sup> części), nieuzasadnione preferowanie Producentów Sprzętu, a także poprzez nieprecyzyjny opis tego warunku, wskutek braku sprecyzowania jaki podmiot posiada status „Producenta Sprzętu” oraz brak precyzyjnego określenia zasad subsydiarnej odpowiedzialności „Producenta Sprzętu”,
- 2) w odniesieniu do pkt 2 powyżej naruszenie art. 25 ust. 1 i 2 ustawy oraz przepisów Rozporządzenia ws. rodzaju dokumentów poprzez żądanie przedłożenia dokumentu nie wymienionego w przepisach ww. rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób, który uchybia zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek nieuzasadnionego żądania od wykonawców na etapie ubiegania się o zamówienie posiadania i przedłożenia oświadczenia Producenta Sprzętu o potwierdzającego uprawnienie Zamawiającego do pobierania i korzystania z aktualizacji Oprogramowania co do którego Zamawiający zastrzega sobie takie prawo w Rozdziale II Załącznika nr 1 do wzorów umów stanowiących odpowiednio załączniki 6A, 6B, 6C, 6D do SIWZ,
- 3) art. 29 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i preferowanie podmiotów o statusie oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu, podczas

gdy nie znajduje to żadnego uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia i uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o:

- 1) modyfikację pkt. II. 1 załącznika nr 1 H do SIWZ (Wykaz łączy dzierżawionych - część ósma), przez dopuszczenie wszelkich mediów transmisyjnych, w tym również medium radiowego,
- 2) modyfikację § 8 ust. 1 i ust. 2 oraz §11 ust.1 pkt 2 Umowy, przez wykreślenie zastrzeżenia o możliwości jednostronnego ograniczenia zakresu umowy przez Zamawiającego,
- 3) modyfikację § 11 ust. 1 pkt 8 Umowy, przez wykreślenie zastrzeżenia o możliwości jednostronnej zmiany przez Zamawiającego parametrów łączy w zakresie zmiany miejsca instalacji i sposobu doprowadzenia łączy, zmiany technologii i przepływności łączy.

Odwolujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. ITC jest spółką prowadzącą działalność w zakresie świadczenia usług informatycznych, w tym usług zbieżnych z przedmiotem zamówienia, a tym samym podmiotem żywotnie zainteresowanym w uzyskaniu Zamówienia. Tymczasem naruszenia ustawy, jakich dopuścił się Zamawiający polegające na niezgodnym z prawem sformułowaniu Ogłoszenia oraz SIWZ, uniemożliwiają ITC, a co najmniej istotnie utrudniają ubieganie się o Zamówienie. To wszystko naraża Odwołującego na szkodę wynikającą z nie uzyskania tego zamówienia i nie osiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wyeliminowania powyższego co pozwoli Odwołującemu, na złożenie oferty, w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, na warunkach zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji i w takiej części do wykonania jakiej jest spółka przygotowana. Odwołujący wskazał, przedmiotem zamówienia są usługi (CPV 72250000, 72253200, 72267000).

Odwolujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I.

Zamawiający w pkt III.2.1).2.13).a) Ogłoszenia oraz Rozdział V pkt 2.13.a) SIWZ postanowił, że:

*Do oferty należy załączyć (...) dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi spełniają określone przez Zamawiającego wymagania: a) oświadczenie Producenta Sprzętu o*

*przejęciu na siebie wszelkich zobowiązań związanych z UWT w przypadku nie wywiązania się Wykonawcy ze zobowiązań związanych z UWT w zakresie Sprzętu, co do którego Zamawiający wymaga świadczenia UWT przez oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu zgodnie z załącznikiem nr 1 do wzorów umów stanowiących odpowiednio załączniki 6A, 6B, 6C, 6D do SIWZ.*

Powyższe stoi w oczywistej sprzeczności z art. 25 ust. 1 i 2 ustawy oraz Rozporządzeniem ws. dokumentów, albowiem żaden z tych przepisów nie daje Zamawiającemu uprawnienia do żądania tego rodzaju dokumentu / oświadczenia podmiotu trzeciego i to nie uczestniczącego w realizacji zamówienia. Zauważenia przy tym wymaga, że w swej istocie Zamawiający żąda nie tyle dokumentu poświadczającego jakość świadczonych usług, a przyjęcia przez podmiot trzeci, nieuczestniczący w realizacji zamówienia subsydiarnej odpowiedzialności za wykonanie części przedmiotu zamówienia. Do tego bowiem sprowadza się wymóg złożenia oświadczenia Producenta Sprzętu o przejęciu na siebie wszelkich zobowiązań związanych z UWT w przypadku nie wywiązania się Wykonawcy ze zobowiązań związanych z UWT w zakresie Sprzętu, co do którego Zamawiający wymaga świadczenia UWT przez oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu. Brak jest jakichkolwiek normatywnych podstaw do takiego żądania. Zauważenia przy tym wymaga, że ustawa przewiduje tylko jedną sytuację gdy podmiot trzeci, nie będący wykonawcą, ponosi odpowiedzialność (zresztą nie subsydiarną, a solidarną) za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia (art. 26 ust. 2e Pzp). Zamawiający jest zobowiązany przy tym do działania w ramach przepisów prawa i nie może dowolnie kreować swych wymagań. Oczywiste jest przy tym dla Odwołującego, że Zamawiający może się odpowiednio zabezpieczyć, aby zamówioną przez niego usługą była wykonana należycie i np. odpowiednio ukształtować wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zasady odpowiedzialności odszkodowawczej czy też kary umownej. W każdym jednak przypadku musi działać w ramach przepisów prawa. Ponadto kwestionowane postanowienia Ogłoszenia oraz SIWZ w sposób niczym nie uzasadniony i nieuprzywilejowany preferują Producentów Sprzętu, którzy w sposób dowolny mogą ukształtować rynek udzielając jednym podmiotom takiego zobowiązania, a innym nie. Warto przy tym zauważyć, że jednostki sprzętowe objęte tym wymogiem nie są na gwarancji. Wreszcie przepisom ustawy uchybia także niejasny i -dalece nieprecyzyjny sposób sformułowania tych postanowień. W szczególności Zamawiający nie sprecyzował jaki podmiot zostanie przez niego uznany za „Producenta Sprzętu”. Nie wiadomo zatem czy w tym pojęciu mieści się tylko rzeczywisty „Producent Sprzętu” czy też może podmiot,

który ma prawa do danego produktu. Czy za Producenta sprzętu będą uznawani także przedstawiciela lub dystrybutorzy producenta. Przykładowo czy Producentem będzie tylko HP Inc z siedzibą w Paolo Alto, czy może czy też może Hewlett Packard Polska sp. z o.o., który to niewątpliwie z produkcją danego sprzętu nie ma nic wspólnego, a w swej istocie jest tylko dystrybutorem. Jak widać postanowienia te są tak dalece nieprecyzyjne, że nie pozwalają wykonawcom ubiegającym się o zamówienie stwierdzić czy dany warunek będą spełniać czy też nie. Nie wiadomo też w jaki sposób będzie weryfikował czy dane oświadczenie jest oświadczeniem „Producenta Sprzętu.”

Podobny zarzut dotyczy niejasnego sformułowania o przejęciu na siebie wszelkich zobowiązań związanych z UWT w przypadku nie wywiązania się Wykonawcy ze zobowiązań związanych z UWT. Czy sformułowanie to dotyczy tylko obowiązku wykonania tych usług, czy również mieści się w nim przyjęcie odpowiedzialności finansowej za szkody wynikłe z niewykonania przez wykonawcę danych zobowiązań. Oczywistym obowiązkiem Zamawiającego jest formułowanie wszelkich postanowień SIWZ w sposób jednoznaczny i precyzyjny nie dający podmiotom możliwości do wielu różnych interpretacji, a tym samym uniemożliwiający ocenę czy dany warunek / wymaganie spełniają czy też nie.

## II.

Zamawiający, w kwestionowanym przez odwołującego pkt III.2.1).2.13)b) Ogłoszenia oraz Rozdział V pkt 2.13.b) SIWZ postanowił co następuje:

*Do oferty należy załączyć (...) dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi spełniają określone przez Zamawiającego wymagania: b) oświadczenie Producenta Sprzętu potwierdzające uprawnienia Zamawiającego do pobierania i korzystania z aktualizacji Oprogramowania, co do którego Zamawiający zastrzega sobie takie prawo w Rozdziale II Załącznika nr 1 do wzorów umów stanowiących odpowiednio załączniki 6A, 6B, 6C, 6D do SIWZ.*

Powyższe postanowienie stoi w oczywistej sprzeczności z art. 25 ust. 1 i 2 ustawy oraz Rozporządzeniem ws. dokumentów, albowiem żaden z tych przepisów nie daje Zamawiającemu uprawnienia do żądania tego rodzaju dokumentu / oświadczenia podmiotu trzeciego. Podobnie jak w przypadku opisanym powyżej uzasadnienia odwołania, także i w tym przypadku Zamawiający znów żąda nie tyle dokumentu poświadczającego jakość świadczonych usług, a zupełnie innego rodzaju dokumentu / oświadczenia podmiotu trzeciego. W swej istocie bowiem Wykonawcy mają złożyć

oświadczenia, które stanowią swego rodzaju potwierdzenie dokonania zakupu danej usługi już na etapie ubiegania się o zamówienie (na to wskazuje użycie czasu teraźniejszego odnośnie uprawnienia Zamawiającego). Uprawnienie do pobierania i korzystania z aktualizacji Oprogramowania przysługiwać będzie Zamawiającemu dopiero po wykupieniu określonej usługi od właściciela praw do tego oprogramowania, a to może mieć miejsce dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawców, że na etapie ubiegania się o zamówienie wykupią taką usługę, nie mając żadnej pewności, iż ich oferta zostanie wybrana.

Zresztą nawet gdyby dokonać bardziej liberalnej interpretacji powyższego postanowienia (choć akurat brak jest ku temu podstaw, albowiem nie użyto czasu przyszłego), że owo oświadczenie Producenta dotyczy przyszłego uprawnienia Zamawiającego do pobierania i korzystania z aktualizacji Oprogramowania to i tak brak jest podstaw do takiego żądania. Zamawiający nie może bowiem żądać od wykonawcy przedstawiania żadnego rodzaju dokumentów świadczących o tym, że zapewnił sobie i to na etapie ubiegania się o zamówienie, prawo do nabycia określonych usług lub towarów od swoich poddostawców. Niezależnie od powyższego postanowienie, o którym mowa w niniejszej części odwołania jest nieprecyzyjne i niejasne. Odnosi się to w szczególności do użytego pojęcia „Producenta Sprzętu”. W tym zakresie powołuję się na uzasadnienie zawarte w pierwszej części uzasadnienia.

### III.

Zamawiający w Rozdziale I pkt 3 SIWZ opisując przedmiot zamówienia określił, w stosunku do każdej części zamówienia (por. ppkt 1) dla danej części zamówienia), że w odniesieniu do szczegółowo wyspecyfikowanego Sprzętu *dopuszcza świadczenie UWT przez Wykonawcę nie będącego oficjalnym partnerem serwisowym producenta Sprzętu*, natomiast w ppkt 2 (dla danej części zamówienia) wskazał, że *dla sprzętu pozostałego w Załączniku nr 2, a nie wymienionego w powyższym punkcie [ppkt 1], Zamawiający wymaga świadczenia UWT przez oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu*.

W ocenie ITC powyższe postanowienie uchybia zasadom uczciwej konkurencji i w sposób nieuprawniony oraz nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego preferuje podmioty posiadające status *oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu*. Zauważenia przy tym wymaga, że jednostki sprzętowe objęte obowiązkiem świadczenia usług przez oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu nie są objęte gwarancją. Tym samym każdy inny podmiot może świadczyć te usługi bez ryzyka utraty

gwarancji udzielonej na sprzęt. Brak jest zatem uzasadnienia dla którego usługi te mogą być świadczone tylko przez oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu. Postanowienie takie nie tylko ogranicza konkurencję, ale skutkuje też istotnym wzrostem kosztów dla Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także to, że Zamawiający w Ogłoszeniu jak i SIWZ wskazał na konkretny sposób oceny doświadczenia i wiedzy niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. W ten sposób dokonuje się weryfikacja tego czy ubiegający się o zamówienie wykonawcy zdolni są do wykonania tego konkretnego zamówienia. Tymczasem Zamawiający przez kwestionowane zapisy próbuje w swej istocie postawić dodatkowy warunek podmiotowy tj. posiadanie statusu oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu. Brak jest ku temu podstaw prawnych jak i faktycznych, tym bardziej, że oficjalny status partnerski nie świadczy wcale o większym doświadczeniu czy też wiedzy danego podmiotu i nie daje żadnej dodatkowej gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

ITC nie kwestionuje przy tym uprawnienia Zamawiającego do takiego ukształtowania zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zapewnią Zamawiającemu profesjonalne świadczenie usług przez Wykonawców, w tym również poszanowanie autorskich praw majątkowych właściciela oprogramowania, przy czym powinno być to uczynione zgodnie z przepisami prawa tj. np. przez odpowiednie ukształtowanie kar umownych, odpowiedzialności odszkodowawczej czy też należytego zabezpieczenia umowy. Co więcej wszelkie tego rodzaju postanowienia powinny równo odnosić się do wszystkich podmiotów spełniających warunki odpowiedniego doświadczenia i wiedzy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 listopada 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.



Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w piśmie *Odpowiedź na odwołanie* złożonym przez Zamawiającego w dniu 16 listopada 2015 roku .

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- dowód nr 1 (2 karty) porozumienie zawarte w dniu 30 września 2013 r.,
- dowód nr 2 (2 karty) – noty księgowe z 2013 i 2014 r.,
- dowód nr 3 (1 karta) - oświadczenie Cisco System Poland Sp. z o.o. w siedzibą w Warszawie z dnia 13 listopada 2015 r.,
- dowód nr 4 (4 karty; 1 karta w jęz. polskim, 3 następne w jęz. angielskim bez tłumaczenia) wydruk korespondencji mailowej.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Integrated Solutions Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* – przekazał informację o wpłynięciu odwołania 5 listopada 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 9 listopada 2015 roku (poniedziałek), zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili

przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwoływającemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I i II.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 25 ust. 1 i 2 ustawy oraz przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231) (dalej „Rozporządzenie ws. rodzaju dokumentów”) przez żądanie złożenia dokumentu nie wymienionego w przepisach Rozporządzenia ws. rodzaju dokumentów oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób, która uchybia zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez żądanie od wykonawców, aby podmioty trzecie, niezaangażowane w realizację przedmiotu zamówienia ponosiły subsydiarną odpowiedzialność za wykonanie przedmiotu zamówienia (jego części), nieuzasadnione preferowanie Producentów Sprzętu, a także poprzez nieprecyzyjny opis tego warunku, wskutek braku sprecyzowania jaki podmiot posiada status „Producenta Sprzętu” oraz brak precyzyjnego określenia zasad subsydiarnej odpowiedzialności „Producenta Sprzętu”,

oraz w zakresie zarzutu naruszenie art. 25 ust. 1 i 2 ustawy oraz przepisów Rozporządzenia ws. rodzaju dokumentów poprzez żądanie przedłożenia dokumentu nie wymienionego w przepisach ww. rozporządzenia oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób, który uchybia zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek nieuzasadnionego żądania od wykonawców na etapie ubiegania się o zamówienie posiadania i przedłożenia oświadczenia Producenta Sprzętu o potwierdzającego

uprawnienie Zamawiającego do pobierania i korzystania z aktualizacji Oprogramowania co do którego Zamawiający zastrzega sobie takie prawo w Rozdziale II Załącznika nr 1 do wzorów umów stanowiących odpowiednio załączniki 6A, 6B, 6C, 6D do SIWZ.

Zamawiający w piśmie z dnia 15 listopada 2015 (prezentata 16 listopada 2015 roku) wskazał, że 13 listopada 2015 roku dokonał zmiany Ogłoszenia o zamówieniu (dalej: Ogłoszenie) i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

W załączeniu do pisma z 13 listopada 2015 roku Zamawiający przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej informację zawierającą zmiany w SIWZ zawarte w piśmie z 13 listopada 2015 roku. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 41 Zamawiający wykreślił postanowienie z Rozdziału V pkt 2 ppkt 13 lit a) oraz dokonał zmiany w postanowieniu z Rozdziału V pkt 2 ppkt 13 lit b) i: po pierwsze treść punktu a), w wyniku wykreślenia jego treści otrzymał treść punktu b); po drugie Zamawiający zmienił treść tego punktu i zastąpił jego dotychczasowe brzmienie następującym: *a) oświadczenie Producenta Sprzętu\* potwierdzające, że Wykonawca jest uprawniony do sprzedaży i dostarczania aktualizacji i nowych wersji Oprogramowania.*

Zamawiający wykreślił postanowienia z SIWZ, które były kwestionowane przez Odwołującego, tym samym Izba wskazuje, że zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego, Zamawiający wykonał przed rozpoznaniem odwołania czynności odpowiadające swojej treścią okolicznością wskazanym w żądaniach odwołania określony przez Odwołującego. Zaznaczyć należy, że odwołanie wpłynęło do Zamawiającego 3 listopada br. natomiast pismem z 13 listopada br. Zamawiający wprowadził zmiany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności zgodnie z żądaniami odpowiadającymi części zarzutów odwołania. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności spowodowały usunięcie objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega

oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania.

III.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i preferowanie podmiotów o statusie oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu, podczas gdy nie znajduje to żadnego uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia i uzasadnionych potrzebach Zamawiającego – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Izba na wstępie wskazuje, że określone w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Zaznaczyć należy, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia pewnych wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb Zamawiającego. Zgodnie z art. 29 ust. 2 *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostateczni dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.* Izba zaznacza, że argumentacja Odwołującego wskazuje również na naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy, przez odniesienie Odwołującego w uzasadnieniu podnoszonego zarzutu do naruszenia konkurencji. zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy *przedmiotu zamówienia nie można opisać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że granicą rygoryzmu przy formułowaniu wymagań w zakresie parametrów technicznych zamówienia są **obiektywne potrzeby** Zamawiającego. Kluczowym w zakresie opisu przedmiotu

zamówienia są zatem potrzeby Zamawiającego, jednakże muszą być obiektywne, uzasadnione i w tym zakresie niedyskryminujące.

Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - *Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.). (...) Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty odpowiadającej potrzebom zamawiającego, a jego potrzeby należy oceniać biorąc pod uwagę wszystkie elementy objęte postępowaniem, a nie tylko jego część istotną z punktu widzenia skarżącego, Sąd Okręgowy uznaje jako prawdziwe twierdzenie skarżącego, że można skonstruować systemy informatyczne kompatybilne z systemem już działającym u zamawiającego i dlatego dopuszczenie dowodu z opinii biegłego było zbędne.*

Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: *Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Zamawiający, działając w granicach określonych*

*przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (...)*

*Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., sygn. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym " (...) Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. (...) Powtórzyć trzeba, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.07.2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-879/07).*

W rozpoznawanej sprawie zgodnie z postanowienia SIWZ zawartymi w Rozdziale I Opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający, dla każdej z czterech części zamówienia określił wymaganie, że wymaga świadczenia UWT przez oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu. Zamawiający również powtórzył określone wymaganie w Załączniku nr 1 do Umowy dla poszczególnych wzorów umów stanowiących Załącznik 6A, 6B, 6C, 6D do SWIZ.

Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Zamawiający, dokonując opisu sposobu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wykazał na rozprawie, że opis przedmiotu zamówienia polegający na wprowadzeniu wymagania świadczenia UWT przez oficjalnego partnera serwisowego producenta Sprzętu jest zasadny. Zamawiający w ramach każdej części zamówienia dokonał podziału, zgodnie z którym to podziałem świadczenie usługi może następować przez podmiot nie będący oficjalnym partnerem producenta sprzętu oraz przez podmiot będący oficjalnym partnerem producenta sprzętu a podstawą takiego podziału w obrębie danej części zamówienia jest zgrupowanie sprzętu. Zamawiający, jak argumentował na

rozprawie, wydzielił sprzęt krytyczny niezbędny dla jego statutowego funkcjonowania i w tym zakresie w obrębie danej części wymagał świadczenia usługi przez podmiot będący oficjalnym partnerem producenta sprzętu. Zamawiający na okoliczność zasadności swojego postępowania w obecnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożył (dowód nr 1) porozumienie zawarte w dniu 30 września 2013 r. na okoliczność wykazania, że IT Culture Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie nie jest w stanie pełnić usług wsparcia technicznego (UWT) w zakresie oprogramowania firmy Hewlett-Packard, co doprowadziło do obniżenia wynagrodzenia oraz powstania obowiązku zapłaty kary umownej z tytułu nienależytego wykonania umowy oraz (dowód nr 2) noty księgowe z 2013 i 2014 r., na okoliczność wykazania, że IT Culture Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Warszawie nie było zdolne do udostępniania aktualizacji oprogramowania wraz z dokumentacją w wykonaniu dotychczasowej umowy z przyczyn wskazanych w porozumieniu. Powyższe dowody przedstawione przez Zamawiającego potwierdzają w ocenie Izby zasadność działań Zamawiającego. Zaznaczyć należy bowiem, że skoro w wyniku przeprowadzonej procedury, w której nie były zawarte postanowienia obecnie wprowadzone do postępowania i niemożliwe jest realizowanie umowy zgodnie z przedmiotem umowy, to działanie Zamawiającego zabezpieczające jego potrzeby nie może być oceniane jako ograniczenie konkurencji. Zamawiający argumentował również, że (np. od HP i Cisco) nie można kupić tylko i wyłącznie aktualizacji oprogramowania, Zamawiający wyjaśnił, że w trakcie obecnie realizowanej umowy zwracał się do HP i Cisco o udostępnienie aktualizacji oprogramowania do sprzętu, który posiada i objęty jest realizowaną umową jednakże podmioty te oświadczyły, że nie udostępnią nieodpłatnie tych aktualizacji, ponieważ Zamawiający nie ma wykupionej usługi „ważnego kontraktu serwisowego”, jednocześnie usiłoby wykupić usługę na 3 lata wstecz, to jest tzw. opłata za nieciągłość wsparcia.

Odwołujący wskazywał, że zakres świadczonych usług wsparcia technicznego wymagającej oficjalnego partnera serwisowego producenta sprzętu zawiera w sobie elementy, które dla realizacji zamówienia nie muszą być wykonywane przez tego partnera, jednakże Odwołujący nie wskazał tych elementów ani na rozprawie ani w treści odwołania. Samo stwierdzenie tego faktu jest niewystarczające do uznania zasadności argumentacji Odwołującego, tym bardziej że Odwołujący nie kwestionował stanowiska Zamawiającego wskazującego na objęcie wymaganiem realizacji usługi oficjalnego partnera serwisowego producenta sprzętu w zakresie krytycznych urządzeń Zamawiającego. Odwołujący również nie wskazał jaka to część sprzętu, które z wyszczególnionych przez Zamawiającego a objętych

kwestionowanym przez niego wymaganiem nie wymagają do ich serwisowania dostarczenia odpowiedniego oprogramowania.

W zakresie złożonych dowodów oświadczenie Cisco System Poland Sp. z o.o. w siedzibą w Warszawie z dnia 13 listopada 2015 r. (dowód nr 3) oraz wydruk korespondencji mailowej z Hewlett Packard (dowód nr 4) należy słuszność przyznać twierdzeniom Odwołującego, że nie sposób przyznać moc dowodową tym dokumentom, bowiem zostały one podpisane przez osoby, których reprezentacja nie wynika z dokumentów rejestrowych spółek a osoby składające oświadczenia nie wykazały umocowania do działania w imieniu spółek. Stanowiska przedstawione w ww. dokumentach Izba uznała jako stan osko Zamawiającego. Zamawiający składając na rozprawie wyjaśnienie podnosił, że odmiennie jak to wskazał na rozprawie Odwołujący nie ma możliwości wykupienia jedynie aktualizacji oprogramowania i niezbędne jest wraz z oprogramowaniem wykupienie usługi wsparcia technicznego – co w efekcie prowadziłyby do tego, że Zamawiający płaciłby dwukrotnie za tą samą usługę, bowiem płaciłby za samą usługę wsparcia technicznego realizowaną przez dany podmiot oraz płaciłby za aktualizację oprogramowania, która w swym zakresie również zawierałaby usługę wsparcia technicznego. Odwołujący natomiast wskazywał, e że niezbędne oprogramowanie do świadczenia usługi zgodnej z potrzebami Zamawiającego każdy z podmiotów realizujących usługę serwisową może pozyskać poza granicami kraju – w zakresie tej argumentacji nie przedstawił żadnego dowodu powołując się tylko na przykład pozyskania oprogramowania przez jeden z podmiotów od partnera producenta z Rumunii. Zestawiając oświadczenia stron postępowania jak również dowody przedstawione przez Zamawiającego (dowód nr 1 i dowód nr 2) Izba uznała, że to Zamawiający wykazał przyczyny takiego opisanie przedmiotu zamówienia, który w sposób maksymalny zabezpiecza jego potrzeby oraz ogranicza nieefektywne realizowanie umowy. nie sposób odmówić Zamawiającemu prawa do wykorzystania przy opisanie przedmiotu zamówienia doświadczenia płynącego z realizacji uprzednich zamówień odnoszących się do tego przedmiotu.

Reasumując, w ocenie Izby nie doszło do naruszeń wskazanych przez Odwołującego jak również nie zostały naruszone zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający wykazał w ocenie Izby, że przygotowany przez niego opis uzasadniony jest jego potrzebami związanymi zarówno z posiadany sprzętem i niekwestionowanym jego zastosowaniem w realizacji statutowych obowiązków Zamawiającego. Izba wskazuje za wyrokiem sygn. akt: KIO 229/12, KIO 238/12, KIO 239/12, KIO 242/12, KIO 245/12, KIO 247/12 z dnia 28 lutego



2012 roku: w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne będące przedmiotem sporu (...). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: „W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych.” (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

**Przewodniczący:**