

Sygn. akt: KIO 1255/18

WYROK
z dnia 12 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 lipca 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2018 r. przez **wykonawcę Atende Medica Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny MSWiA w Otwocku**

przy udziale **wykonawcy Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze** w zakresie zarzutu 1 odwołania dotyczącego załącznika nr 1a do SIWZ, pkt 4.1 ID.OG.9;
- 2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:** dokonanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ): wykreślenie z załącznika nr 1a pkt 8.1 (serwer wraz z oprogramowaniem), załącznika nr 1a pkt 8.3 (macierz dyskowa), załącznika nr 1a pkt 8.5 (tabela pn. dysk sieciowy NAS oraz pn, serwer - 1 szt.), załącznika nr 1b pkt 1.2 (stacje robocze) postanowień stanowiących, że „wymagane jest dostarczenie do oferty oświadczenia Producenta oferowanego sprzętu, iż wymagany poziom gwarancji i wsparcia na sprzęt i oferowane wraz z nim oprogramowanie został zaoferowany przez Producenta na potrzeby oferty w niniejszym postępowaniu, a także dostarczenia przy dostawie potwierdzenia tych wymagań przez producenta wraz z podaniem przez niego dostarczanego numeru seryjnego urządzenia” oraz nakazuje uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wraz z załącznikami;
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny MSWiA w Otwocku i**
 - 3.1.** Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę**

- Atende Medica Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. Zasądza od **zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala Specjalistycznego MSWiA w Otwocku** na rzecz **wykonawcy Atende Medica Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) 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

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny MSWiA w Otwocku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *Budowa i wdrożenie - „Elektroniczna platforma usług Otwarty Otwock” nr ref. Z 2 - 2018* ". Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 kwietnia 2018 r. za numerem 2018/S 076-168917. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 25 czerwca 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca Atende Medica Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania, aby dostarczone przez Wykonawcę silniki baz danych zawierały oprogramowanie bazodanowe ORACLE, IBM, DBII lub MSSQL (załącznik nr 1a do SIWZ - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - wymagania funkcjonalne i нефункционалне systemu, pkt 4.1 ID.OG.9) oraz w zakresie wymagań opisanych w załączniku 1a pkt 8.1 (serwer wraz z oprogramowaniem), załączniku 1a pkt 8.3 (macierz dyskowa), załączniku 1a pkt 8.5 (tabela pn. dysk sieciowy NAS oraz tabela pn. serwer - 1 szt.), załączniku 1b pkt 1.2 (stacje robocze) w zakresie w jakim postanowienia te stanowią, że „wymagane jest dostarczenie do oferty oświadczenia Producenta oferowanego sprzętu, iż wymagany poziom gwarancji i wsparcia na sprzęt i oferowane wraz z nim oprogramowanie został zaoferowany przez Producenta na potrzeby oferty w niniejszym postępowaniu, a także dostarczenia przy dostawie potwierdzenia tych wymagań przez producenta wraz z podaniem przez niego dostarczanego numeru seryjnego urządzenia”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy pzp i art. 29 ust. 1, 2, 3 ustawy pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, oraz nieuzasadnione określenie kręgu producentów, od których oprogramowanie to może pochodzić, a przez to ograniczenie ilości wykonawców, którzy mogą brać udział w postępowaniu,

2. art. 7 ust. 1 ustawy pzp i art. 29 ustawy pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców oraz art. 25 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016, poz. 1126; dalej jako „Rozporządzenie”), poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz nie są wymienione w przepisach Rozporządzenia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ, poprzez:

- 1) wykreślenie wymogu, by dostarczone przez Wykonawcę silniki baz danych zawierały oprogramowanie bazodanowe ORACLE, IBM, DBII lub MSSQL;
- 2) wykreślenie z załącznika 1a pkt 8.1 (serwer wraz z oprogramowaniem), załącznika 1a pkt 8.3 (macierz dyskowa), załącznika 1a pkt 8.5 (tabela pn. dysk sieciowy NAS oraz pn, serwer - 1 szt.), załącznika 1b pkt 1.2 (stacje robocze) postanowień stanowiących, że „wymagane jest dostarczenie do oferty oświadczenia Producenta oferowanego sprzętu, iż wymagany poziom gwarancji i wsparcia na sprzęt j oferowane wraz z nim oprogramowanie został zaoferowany przez Producenta na potrzeby oferty w niniejszym postępowaniu, a także dostarczenia przy dostawie potwierdzenia tych wymagań przez producenta wraz z podaniem przez niego dostarczanego numeru seryjnego urządzenia”.

Ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący zaznaczył, że spełnił wymogi formalne odwołania oraz że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Atende jest spółką prowadzącą działalność w zakresie świadczenia usług i dostaw zbieżnych z przedmiotem zamówienia, a tym samym podmiotem żywo i zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia. W swojej dotychczasowej praktyce Odwołujący realizował wiele takich zamówień, których przedmiot był zbliżony do zakresu zamówienia. W związku z powyższym, Odwołujący posiada wymagane doświadczenie, wiedzę i zasoby oraz produkt (system informatyczny) potrzebne do ubiegania się o zamówienie. Tymczasem naruszenia ustawy pzp, jakich dopuścił się Zamawiający, znacząco utrudniają Odwołującemu ubieganie się o zamówienie. Niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i przepisami prawa sformułowanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia bardzo istotnie ogranicza krąg potencjalnych oferentów. Wykonawca nie będzie mógł złożyć oferty w postępowaniu, a zatem nie będzie miał możliwości uzyskać zamówienia. To w sposób oczywisty spowodować może szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej. Uwzględnienie

odwołania doprowadzi do wyeliminowania powyższego, co pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty na warunkach zgodnych z zasadami uczciwej konkurencji.

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu i żądania 1 odwołania dotyczącego wykreślenia wymogu, by dostarczone przez Wykonawcę silniki baz danych zawierały oprogramowanie bazodanowe ORACLE, IBM, DBII lub MSSQL, Izba przywołuje w treści uzasadnienia argumentację przedstawioną przez Odwołującego co do pozostałych zarzutów odwołania.

Mianowicie, Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający modyfikując treść SIWZ określił w załączniku 1A pkt 8.1 (serwer wraz z oprogramowaniem), załączniku 1A pkt 8.3 (macierz dyskowa), załączniku 1A pkt 8.5 (tabela pn. dysk sieciowy NAS oraz pn. serwer - 1 oraz w załączniku 1B pkt 1.2 (stacje robocze), że „wymagane jest dostarczenie do oferty oświadczenia Producenta oferowanego sprzętu, iż wymagany poziom gwarancji i wsparcia na sprzęt i oferowane wraz z nim oprogramowanie został zaoferowany przez Producenta na potrzeby oferty w niniejszym postępowaniu, a także dostarczenia przy dostawie potwierdzenia tych wymagań przez producenta wraz z podaniem przez niego dostarczanego numeru seryjnego urządzenia”. W każdym z przywołanych wyżej dokumentów (jego zaskarżonych postanowień) znalazły się cytowane wyżej postanowienia. W ocenie Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do żądania od wykonawców przedłożenia tego rodzaju oświadczeń. Postanowienia Rozporządzenia ws. rodzaju dokumentów oraz art. 25 ustawy pzp nie wskazują tego rodzaju oświadczeń jako dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawców, przede wszystkim dlatego, że tego rodzaju oświadczenia nie są dokumentami, o których mowa w § 13 ww. Rozporządzenia. Dodatkowo w sposób oczywisty postanowienia te naruszają zasady uczciwej konkurencji, albowiem narzucają wykonawcom to, że dany sprzęt musi być zakupiony od producenta, choć przecież praktyka rynkowa polega na tym, iż nabywa się go od pośredników (np. autoryzowanych dystrybutorów). Nie ma także żadnego uzasadnienia dla tego, aby wykonawcy musieli posiadać ważne oferty producentów (ani zresztą także pośredników) na dany sprzęt na etapie składania oferty j jeszcze potwierdzać to oświadczeniem Producenta. Oczywiście wykonawca składając ofertę może taką ofertę producenta mieć, ale żaden przepis takiego obowiązku nie nakłada i nie ma powodu, aby żądać tego rodzaju oświadczenia. Obowiązkiem wykonawcy jest jedynie to, aby bazując na ewentualnych ofertach producentów/pośredników, albo na własnym doświadczeniu tak skalkulować ofertę, aby nie zawierała ona rażąco niskiej ceny. Odwołujący zauważył również, że wykonawcy mogą już dany sprzęt posiadać, bo np. nie wykorzystali go do realizacji innego zamówienia. Nie ma żadnego racjonalnego powodu, dla którego miałoby to być zabronione. Tego rodzaju postanowienie w sposób jaskrawy dyskryminuje wykonawców, którzy już mają tego rodzaju sprzęt. Zamawiający nie może narzucać wykonawcom, od kogo mają sprzęt

zakupić i tego, że muszą ten sprzęt kupować bezpośrednio na potrzeby tego zamówienia. To jak wykonawca organizuje sobie zakupy jest tylko i wyłącznie jego decyzją o charakterze biznesowym. Z punktu widzenia Zamawiającego istotne jest jedynie to, aby otrzymał on sprzęt spełniający jego wymogi techniczne oraz z gwarancją, nie ma natomiast żadnego znaczenia, ani na etapie oferty, ani na etapie dostarczania, to czy nie został on zaoferowany przez producenta na potrzeby oferty w niniejszym postępowaniu.

Dnia 6 lipca 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 1 odwołania, wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający zaznaczył, że w ramach realizacji projektu ma otrzymać system elektroniczny wspierający personel medyczny Zamawiającego, personel zatrudniony przez partnerów projektu i pacjentów. Elektronizacja działalności jest — poza wykonywaniem podstawowej działalności przez Zamawiającego — jednym z najważniejszych zadań mających znacznie usprawnić i unowocześnić udzielanie świadczeń zdrowotnych przez Zamawiającego. Dostarczany Zamawiającemu system ma pozwolić na m.in. prowadzenie pełnej dokumentacji pacjenta w wersji elektronicznej, tak danych osobowych jak i historii wizyt i chorób. Zamawiający (szpital) podzielony jest na 3 oddziały: Oddział Leczenia Zaburzeń Nerwicowych, Oddział Leczenia Uzależnień, Oddział Rehabilitacji Medycznej. Dodatkowo u Zamawiającego funkcjonuje Poradnia Leczenia Uzależnień.

Zamawiający wskazał, że oczekuje dostarczenia mu nowoczesnego systemu mającego uporządkować (organizacyjnie administracyjnie i obsługi pacjenta) prowadzoną przez niego działalność polegającą na udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Zamawiający oczekuje niezawodnego systemu, a ryzyko otrzymania niepełnego, niespełniającego jego uzasadnionych potrzeb systemu Zamawiający chce ograniczyć do minimum.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wymagania Zamawiającego, aby dostarczone przez wykonawcę silniki baz danych zawierały oprogramowanie bazodanowe ORACLE, IBM, DBII lub MSSQL (załącznik nr 1a do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - wymagania funkcjonalne i нефункционалне systemu, pkt 4.1. ID.OG.9 - Zamawiający uwzględnił ww. zarzut. Zamawiający poinformował, że w dniu 3 lipca 2018 r. oraz w dniu 6 lipca 2018 r. dokonał stosownej modyfikacji treści SIWZ umieszczając zaktualizowaną treść załącznika nr 1a do SIWZ na swojej stronie internetowej.

Odnosnie zarzutu dotyczącego konieczności dołączenia przez wykonawców składających oferty w postępowaniu „oświadczenia Producenta oferowanego sprzętu, iż wymagany poziom gwarancji i wsparcia na sprzęt i oferowane wraz z nim oprogramowanie

został zaoferowany przez Producenta na potrzeby oferty w niniejszym postępowaniu, a także dostarczenia przy dostawie potwierdzenia tych wymagań przez producenta wraz z podaniem przez niego dostarczanego numeru seryjnego urządzenia” Zamawiający wskazał, że przyczyną postawienia takiego wymogu była najwyższa dbałość Zamawiającego o to, by otrzymać rozwiązanie informatyczne w całości zgodne z treścią SIWZ. Dostarczony przez wykonawcę przedmiot zamówienia ma być wykorzystywany w szpitalu, tj. jednostce, w której niezawodność sprzętu jest jednym z elementów warunkujących w ostatecznym rozrachunku o prawidłowości działania Zamawiającego jako instytucji, której nadrzędnym zadaniem jest leczenie pacjentów i ratowanie ich życia. Zamawiający zakwestionował tezę, jakoby wymóg dostarczenia ww. oświadczenia był sprzeczny z art. 29 ustawy pzp, a w szczególności by obecność takiego wymogu w OPZ oznaczała, że Zamawiający ogranicza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. Według wiedzy Zamawiającego, uzyskanie oświadczenia od producentów sprzętu i oprogramowania nie stanowi problemu i jest coraz częstszą praktyką spowodowaną negatywnymi doświadczeniami części zamawiających (którzy w trakcie realizacji zamówienia dowiadywali się, że zaoferowane w postępowaniu produkty nie spełniają ich wymogów, czego z różnych przyczyn nie udało się ustalić w trakcie danego postępowania). Producenci są zainteresowani sprzedażą swoich produktów, a co za tym idzie, chętnie podejmują działania mające na celu zwiększenie sprzedaży (w tym poprzez wystawianie oświadczeń o zgodności posiadanych przez nich produktów z treścią SIWZ). Skoro więc producenci sprzętu i oprogramowania chętnie wystawiają tego rodzaju oświadczenia wykonawcom, to jego uzyskanie przez Zamawiającego już na etapie postępowania będzie stanowiło dodatkową gwarancję, że w ramach zamówienia Zamawiający otrzyma sprzęt i oprogramowanie zgodne z wyśrubowanymi wymogami z SIWZ. Producenci sprzętu i oprogramowania najlepiej znają swe produkty, a uzyskanie oświadczenia wyeliminuje sytuacje, w których Zamawiający (nawet na skutek błędu w analizie wymogów SIWZ i specyfikacji danych produktów z oferty producenta, których nie uda się wykryć w trakcie analizy ofert) otrzyma rozwiązanie niezgodne z SIWZ. Nietrafione jest także w ocenie Zamawiającego twierdzenie Odwołującego, jakoby wymóg dostarczenia ww. oświadczenia był sprzeczny z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W § 13 ust. 1 Rozporządzenia zawarto jedynie przykładowy katalog dokumentów, których Zamawiający może żądać w postępowaniu w celu potwierdzenia, że przedmiot oferty spełnia wymagania Zamawiającego z SIWZ. W § 13 ust. 1 Rozporządzenia nie użyto np. słów "wyłącznie", "jedynie", "tylko", co dobitnie świadczy o tym, że to Zamawiający, jako gospodarz postępowania, powinien określić, jakie dokumenty wykonawca powinien złożyć w postępowaniu, by potwierdzić zgodność oferty z SIWZ. Powyższe jest zgodne z poglądami

doktryny. Co więcej, Odwołujący nie udowodnił (ani nawet nie uprawdopodobnił), że działanie Zamawiającego obiektywnie ogranicza uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców. Stawiając zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że do takiego naruszenia faktycznie doszło. Odwołujący nie przedłożył żadnych dokumentów (choćby oświadczeń producentów z których wynikałoby, że nie składają oświadczeń w zakresie wymaganym przez Zamawiającego), co powoduje, że twierdzenia Odwołującego są gołostowne. Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2017 r., KIO 1651/17 oraz wyrok o sygn. akt: KIO 2336/17. Nawet jeśli Odwołujący faktycznie nie jest w stanie skutecznie ubiegać się o udzielenie mu zamówienia to nie oznacza to, że Zamawiający formułując zapisy SIWZ naruszył zasadę uczciwej konkurencji. Za normalne należy uznać zjawisko, gdy część wykonawców w danej branży nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to Zamawiający najlepiej zna swoje potrzeby, z realizacji których jest rozliczany. Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2017 r., KIO 1777/17, wyrok z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2017 r., KIO 2506/17.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie. W zgłoszonym przystąpieniu jak również w dniu 9 lipca 2018 r. na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób sformułowania treści SIWZ przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcę mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum. Odwołujący mogą ponieść szkodę poprzez niezyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Odwołującego. Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, modyfikacje treści SIWZ wraz załącznikami, sportowania ogłoszeń o zamówieniu, odwołanie wraz załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu i żądania 1 odwołania. Zamawiający we wskazanym powyżej zakresie uwzględnił częściowo zarzuty odwołania. Izba wskazuje w tym miejscu, że rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami – w wyniku uwzględnienia części zarzutów odwołania przez Zamawiającego jest bezcelowe.

Izba poddała pozostałe zarzuty zawarte w złożonym odwołaniu pod rozpoznanie.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W załączniku nr 1a do SIWZ pkt 8.1 (serwer wraz z oprogramowaniem), pkt 8.3 (macierz dyskowa), pkt 8.5 (tabela pn. dysk sieciowy NAS oraz pn, serwer - 1 szt.) oraz załączniku nr 1b pkt 1.2 (stacje robocze) po modyfikacji treści SIWZ z dnia 14 czerwca 2018 r. wskazano: *„wymagane jest dostarczenie do oferty oświadczenia Producenta oferowanego sprzętu, iż wymagany poziom gwarancji i wsparcia na sprzęt i oferowane wraz z nim oprogramowanie został zaferowany przez Producenta na potrzeby oferty w niniejszym postępowaniu, a także dostarczenia przy dostawie potwierdzenia tych wymagań przez producenta wraz z podaniem przez niego dostarczanego numeru seryjnego urządzenia”.*

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

W myśl art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *1. 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. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Paragraf 13 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016, poz. 1126 z późn. zm.) stanowi: *W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności [...]*

W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania [...]
- art. 25 ust. 1 ustawy pzp.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że Zamawiający posiada uprawnienie do opisanego przedmiotu zamówienia w taki sposób, który w jak największym stopniu odpowiada jego potrzebom. Co istotne jednak, uprawnienie to doznaje ograniczenia w zakresie w jakim opis taki narusza zasadę uczciwej konkurencji. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie.

Zamawiający dokonana zmianą treści SIWZ z dnia 14 czerwca 2018 r. wprowadził w odniesieniu do określonego sprzętu wymaganie legitymowania się przez wszystkich wykonawców oświadczeniem producenta oferowanego sprzętu, iż wymagany poziom gwarancji i wsparcia na sprzęt i oferowane wraz z nim oprogramowanie został zaoferowany przez Producenta na potrzeby oferty w niniejszym postępowaniu, a także dostarczenia przy dostawie potwierdzenia tych wymagań przez producenta wraz z podaniem przez niego dostarczanego numeru seryjnego urządzenia. Co więcej, samo oświadczenie wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą. Takie postanowienie SIWZ prowadzi w ocenie Izby do sytuacji, w której to producent sprzętu będzie decydował o tym, jaki podmiot (wykonawca) złoży w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Izba podziela argumentację przedstawioną przez Odwołującego zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie. W konsekwencji bowiem to nie Zamawiający wybierze wykonawcę w konkurencyjnej procedurze, ale to producenci, którzy jedynie dla wybranych podmiotów udzielą stosownych, wymaganych oświadczeń określą w ten sposób grupę podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Podkreślić należy również, że wymagania ukształtowane przez Zamawiającego nie stanowią dokumentów powszechnie dostępnych, a ponadto żaden z podmiotów tj. wykonawców jak również Zamawiający nie mają wpływu na to jakiemu podmiotowi producent wystawi

wymagane oświadczenia, a jakiemu podmiotowi nie wystawi takich dokumentów. Przedstawioną przez Odwołującego w trakcie postępowania odwoławczego jak również w odwołaniu argumentację Izba uznała za wiarygodną. Producenci mogą wyrażać brak woli współpracy i biorąc tą okoliczność pod uwagę oczywistym jest, że Odwołujący nie mógł przedstawić dowodów - informacji od producentów, że nie wystawią stosownego oświadczenia, gdyż takich informacji nie mógł uzyskać. Zamawiający wskazywał, że uzyskanie wymaganego oświadczenia jest powszechną praktyką, jednak dowody przedstawione przez Zamawiającego nie wskazują jednoznacznie, że każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wymagane oświadczenie otrzyma, mowa jest np. o partnerach biznesowych czy dealerach. Ponadto, wystawianie oświadczeń uzależnia się od wykupu sprzętu co na etapie składania ofert nie może zostać wykonawcom narzucone. Wiadomym jest, że zamówienie uzyska jeden z wykonawców, dlatego też wymóg wykupienia sprzętu czy zawarcia wiążącej oferty na etapie składania ofert jest wymogiem nadmiernym. Poza tym pytanie zadane przez Zamawiającego producentom sprzętu w przedstawionej w dowodach wiadomości e-mail nie wskazuje na tryb konkurencyjny postępowania - być może oświadczenia są wystawiane gdy występuje o jego uzyskanie jeden wykonawca, który kupuje sprzęt i realizuje zamówienie. Nie ma również potwierdzenia że producenci, do których zwracał się Zamawiający w ogóle posiadają sprzęt wymagany w niniejszym postępowaniu. Tą okoliczność podważał zarówno Odwołujący jak i wykonawca Przystępujący po stronie Odwołującego. Co istotne również w ocenie Izby, różnorodność przedmiotów co do których Zamawiający wymaga oświadczenia, a co za tym idzie możliwa różnorodność producentów prowadzi do konkluzji, że wykonawca chcący uzyskać zamówienie musiałby posiadać oświadczenia w zasadzie wszystkich funkcjonujących na rynku producentów aby móc starać się o skuteczne uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podnosił w tym zakresie, że nie każdy producent posiada sprzęt, który będzie spełniał wymagania przedmiotu zamówienia w całości.

Co więcej, przedstawienie takiego oświadczenia nie daje Zamawiającemu pewności, że wykonawca, który uzyska przedmiotowe zamówienie w ogóle je zrealizuje, gdyż to wykonawca a nie producent sprzętu ponosi pełną odpowiedzialność za dostarczenie sprzętu zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że niewątpliwie Zamawiający może poszukiwać i określić wymagania w SIWZ dotyczące realizacji płynących obowiązków z gwarancji jednakże w taki sposób, który obciąży wykonawcę, a nie będzie uzależniał wykonawcy od woli producenta. Ponadto to rolą Zamawiającego jest zweryfikowanie dostarczonego przez wykonawcę sprzętu z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, w tym również w odniesieniu do poziomu zapewnionej gwarancji na sprzęt.

W zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 ustawy pzp w związku z § 13

Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia Izba uznała, że w obliczu uwzględnienia powyższych zarzutów staje się bezprzedmiotowy.

Izba podziela twierdzenia podniesione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 812/17, w którym wskazano, że *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania zgodnego z postanowieniami ustawy, poszanowania zasad wynikających z ustawy oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych, a co w efekcie pozwoli na przejrzystość postępowania i transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, że Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami, jednakże nie uzasadnia to wprowadzania do wymagań legitymowania się dokumentami, oświadczeniami, które wydawane są bądź nie wydawane przez producentów w zależności od decyzji i uznania producenta. Takie postanowienia w sposób oczywisty utrudniają uczciwą konkurencję.*

Izba uznała, że w wyniku czynności dokonanej przez Zamawiającego doszło do naruszenia przepisów wskazanych na wstępie odwołania przez Odwołującego, dlatego też Izba nakazała wykreślenie z treści SIWZ wraz z załącznikami postanowienia przywołanego w sentencji orzeczenia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: