

WYROK
z dnia 30 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2015 r. przez Odwołującego – Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. z siedzibą w Tychach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach, przy udziale wykonawcy SEVITEL sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. z siedzibą w Tychach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. z siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – Przedsiębiorstwa Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. z siedzibą w Tychach na rzecz Zamawiającego – Kompanii Węglowej S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Katowicach .

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa urządzeń IT do elektronicznej ewidencji środków strzałowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. wraz z montażem sprzętu pod ziemią” (znak sprawy: 311500002), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 marca 2015 r., pod nr 2015/S 044-076882. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) na stronie internetowej.

Postanowienia SIWZ zostały zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 13 marca 2015 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „CARBOAUTOMATYKA” S.A. z siedzibą w Tychach (dalej: „Odwołujący”). W treści odwołania zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez jego błędną wykładnię i zastosowanie polegające na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także prowadzenie postępowania w sposób nieodpowiadający powyższym zasadom,
2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez ich niezastosowanie, a tym samym dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców,
3. art. 29 ust. 3 Pzp w zakresie w jakim przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, przy czym wskazaniu takiemu nie towarzyszy opisanie zasad dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany treści załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie następujących wymagań technicznych terminalu mobilnego powierzchniowego, tak aby brzmienie pkt 1, 4, 5 oraz 10 tabeli było następujące:

Lp.	Zakres techniczny	Wymagane parametry
1	Wyświetlacz kolorowy	Minimum wyświetlacz OLED 128x64 px

4	Pamięć	Półprzewodnikowa pamięć masowa o rozmiarze min. 8GB lub pamięć wewnętrzna
5	Interfejsy	Interfejsy bezprzewodowe Wi-Fi IEEE 802,11 b/g, autoryzacja dostępu zintegrowana z systemem operacyjnym – WPA/WPA2
10	Oprogramowanie systemowe terminala	System operacyjny z rodziny Windows Embedded w wersji CE 6.0+ lub równoważny

2. dokonania zmiany treści załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie wymagań technicznych terminali mobilnych dołowych, tak aby brzmienie pkt 2, 5, 6 oraz 10 tabeli było następujące:

Lp.	Zakres techniczny	Wymagane parametry
2	Wyświetlacz kolorowy	Minimum wyświetlacz OLED 128x64 px
5	Pamięć	Półprzewodnikowa pamięć masowa o rozmiarze min. 8GB lub pamięć wewnętrzna
6	Interfejsy	Interfejsy bezprzewodowe Wi-Fi IEEE 802,11 b/g, autoryzacja dostępu zintegrowana z systemem operacyjnym – WPA/WPA2
10	Oprogramowanie systemowe terminala	System operacyjny z rodziny Windows Embedded w wersji CE 6.0+ lub równoważny

3. dokonania zmiany treści załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie wymagań technicznych komputerów dołowych, tak aby brzmienie pkt 2 oraz 12 tabeli było następujące:

Lp.	Zakres techniczny	Wymagane parametry
2	Zasilanie sieciowe	Od 90 do 240 V AC 50 Hz
12	Oprogramowanie systemowe komputera	Możliwość zainstalowania systemów operacyjnych rodziny GNU/Linux lub równoważnego

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Załącznika nr 1 do SIWZ w zakresie „Wymagań dodatkowych” w odniesieniu do zadania nr 3 przez zmianę pkt 3 „Wymagań dodatkowych” z:

„[...]Konieczna poprawna praca urządzenia w systemie CentOS 6.5 64 bit z wykorzystaniem wszystkich interfejsów komunikacyjnych[...].”

na następujące:

„[...]Konieczna poprawna praca urządzenia w systemie zainstalowanym na komputerze z wykorzystaniem wszystkich interfejsów komunikacyjnych[...].”

Odwołujący – uzasadniając legitymację do wniesienia odwołania – podkreślił, że jest przedsiębiorcą, który może realizować dostawy będące przedmiotem zamówienia.

Podał, że realizował już uprzednio podobne zamówienia na rzecz innych niż Zamawiający podmiotów. Obecny sposób prowadzenia Postępowania w sposób oczywisty narusza wynikającą z art. 7 Pzp zasadę uczciwej konkurencji przez bezzasadne ograniczenie możliwości złożenia oferty na urządzenia oferowane przez Odwołującego, tym samym ograniczając konkurencyjność w Postępowaniu i naruszając w tym zakresie interesy Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w ramach zorganizowanego przez siebie przetargu zmierza do uzyskania systemu pozwalającego monitorować oraz ewidencjonować w swoich oddziałach materiały wybuchowe, środki inicjujące i zapalające oraz sprzęt strzałowy (te elementy stanowią bowiem tzw. „środki strzałowe”). Podkreślił, iż takie systemy oferuje na rynku kilka podmiotów – każdy z tych systemów zapewnia możliwość dokonywania elektronicznej ewidencji środków strzałowych. Oczywistym jest, że wszystkie te systemy różnią się od siebie w pewnych szczegółach, co jednak nie przekłada się na ich funkcjonalność oraz możliwość osiągnięcia celu zakładanego przez Zamawiającego. System oferowany przez Odwołującego działa obecnie w kilku kopalniach i spełnia swą rolę polegającą na zapewnieniu pełnej, elektronicznej ewidencji środków strzałowych. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia określony w załączniku nr 1 do SIWZ jednoznacznie wskazuje, że udzielenie zamówienia będzie możliwe tylko i wyłącznie jednemu wykonawcy, tj. Elsta sp. z o.o. działającej we współpracy z COIG S.A. (dalej łącznie „Elsta”) Odwołujący wyjaśnił, że podmioty te współpracują ze sobą w tego rodzaju zamówieniach – COIG S.A. dostarcza opracowane przez siebie oprogramowanie, z kolei Elsta sp. z o.o. oferuje odpowiednie urządzenia w postaci np. terminali.

Za powyższym zapatrywaniem przemawiają, w ocenie Odwołującego, następujące względy.

Przedmiot zamówienia został podzielony przez Zamawiającego na trzy zadania: (1) zadanie nr 1 – dostawa terminali mobilnych powierzchniowych, (2) zadanie nr 2 – dostawa terminali mobilnych dołowych i stacji dokujących, (3) zadanie nr 3 – dostawa komputerów dołowych wraz z montażem sprzętu pod ziemią.

Zadanie nr 1

Odwołujący podkreślił, że terminale mobilne powierzchniowe, zgodnie z określeniem Zamawiającego, mają spełniać m.in. następujące kryteria techniczne:

- a) „wyświetlacz kolorowy” to minimum 2,7” LCD QVGA (320x240px),
- b) „pamięć” to półprzewodnikowa pamięć masowa o rozmiarze min. 8 GB,
- c) „interfejsy” to interfejsy bezprzewodowe Bluetooth 2,0+EDR, Wi-Fi IEEE 802,11b/g, autoryzacja dostępu zintegrowana z systemem operacyjnym – WPA/WPA2,
- d) „oprogramowanie systemowe terminala” to system operacyjny z rodziny Windows Embedded w wersji CE 6.0+.

Odwołujący zaznaczył, że wszystkie powyższe kryteria spełnia tylko i wyłącznie terminal mobilny powierzchniowy oferowany przez Elsta. Inni wykonawcy, mający w swojej ofercie tego typu terminale, posiadają odmienne parametry w odniesieniu do powyższych zakresów technicznych, co jednak nie wpływa na prawidłowe funkcjonowanie systemu elektronicznej ewidencji środków strzałowych. Co więcej, w wypadku oprogramowania Zamawiający posługuje się wyłącznie znakiem towarowym, nie przewidując możliwości zaproponowania przez wykonawcę systemu „równoważnego”. Odwołujący w oferowanych przez siebie terminalach instaluje własne oprogramowanie, które jednak spełnia te same wymagania co system Windows Embedded w wersji CE 6.0+.

Zadanie nr 2

Odwołujący stwierdził, że terminale mobilne dołowe i stacje dokujące, zgodnie z określeniem Zamawiającego, mają spełniać m.in. następujące kryteria techniczne:

- a) „wyświetlacz kolorowy” to minimum 2,7” LCD QVGA (320x240px) z możliwością wyświetlania obrazu odwróconego o 180° w stosunku do standardowej orientacji ekranu,
- b) „pamięć” to półprzewodnikowa pamięć masowa o rozmiarze min. 8 GB,
- c) „interfejsy” to interfejsy bezprzewodowe Bluetooth 2,0+EDR, Wi-Fi IEEE 802,11b/g, autoryzacja dostępu zintegrowana z systemem operacyjnym – WPA/WPA2,
- d) „oprogramowanie systemowe terminala” to system operacyjny z rodziny Windows Embedded w wersji CE 6.0+.

W przekonaniu Odwołującego także w tym przypadku wszystkie powyższe kryteria spełnia tylko i wyłącznie terminal mobilny powierzchniowy oferowany przez Elsta. Również uwagi przedstawione wyżej co do zadania nr 1 znajdują zastosowanie w wypadku zadania nr 2. Co więcej, w tym wypadku Zamawiający wymaga, by wyświetlacze miały możliwość wyświetlania obrazu odwróconego o 180° w stosunku do standardowej orientacji ekranu. Wymóg taki nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia z uwagi na samą konstrukcję terminalu, przy tym takie możliwości posiadają jedynie wyświetlacze oferowane przez ww. podmiot. Co więcej, wyświetlanie obrazu odwróconego o 180° w stosunku do standardowej orientacji ekranu sprawia, że praca z terminalem jest faktycznie znacząco utrudniona, a nawet wręcz niemożliwa (przykładowo nie jest wówczas wystarczająco dostępna klawiatura – fakt ten jest widoczny na załączonych do odwołania zdjęciach terminali). Dlatego też postawienie takiego wymogu jest całkowicie nieracjonalne i służy jedynie wskazaniu konkretnego podmiotu, który jako jedyny może spełnić ten warunek.

Zadanie nr 3

Odwołujący zauważył, że komputery dołowe, zgodnie z określeniem Zamawiającego, mają spełniać kryterium techniczne w postaci zasilania sieciowego od 40 do 250V AC 50Hz. Zasilanie takie również oferuje wyłącznie Elsta, przy czym wprowadzenie takich, a nie innych

kryteriów nie jest uzasadnione z technicznego punktu widzenia. Ponadto w zakresie kryterium „Oprogramowania systemowego komputera” Zamawiający przewidział jedynie możliwość zainstalowania systemów operacyjnych należących do jednoznacznie określonej rodziny GNU/Linux – bez możliwości przedstawienia w ofercie oprogramowania równoważnego. Dodatkowo w zakresie tego zadania wśród „Wymagań dodatkowych” zastrzeżono, że będzie „[...]Konieczna poprawna praca urządzenia w systemie CentOS 6.5 64 bit z wykorzystaniem wszystkich interfejsów komunikacyjnych[...]”. Takie określenie również nie pozwala na zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

Odwołujący wskazał na załączone do odwołania zestawienie przedstawiające parametry systemów oferowanych przez Elsta, Sevitel sp. z o.o. oraz przez niego. Zestawienie to jednoznacznie przedstawia, że opis przedmiotu zamówienia faworyzuje jeden podmiot, tj. Elsta, uniemożliwiając złożenie oferty przez Sevitel sp. z o.o. oraz Odwołującego bez żadnego uzasadnienia.

Powyższe okoliczności dowodzą, że postanowienia SIWZ w sposób nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego ograniczają możliwość złożenia oferty przez wykonawców dysponujących wymaganymi w opisie przedmiotu zamówienia terminalami oraz komputerami, które jednak nie spełniają dodatkowych, nieposiadających uzasadnienia, wymagań Zamawiającego. Jest rzeczą bezsporną, że oferowane przez Odwołującego urządzenia IT do elektronicznej ewidencji środków strzałowych zapewniają odpowiednią funkcjonalność wymaganą przez Zamawiającego. Dlatego wymagania opisane powyżej wskazane w treści załącznika nr 1 do SIWZ stanowią oczywiste opisanie produktu za pomocą cech, które posiadają tylko i wyłącznie urządzenia oferowane przez Elsta. Cech tych nie posiadają żadne inne urządzenia, w tym także oferowane przez Odwołującego. W sprawie zachodzi więc wyłącznie pozorna konkurencyjność postępowania o udzielenia zamówienia publicznego.

W konsekwencji Zamawiający, pomimo wyboru trybu konkurencyjnego, w taki sposób ukształtował Postępowania, aby zamówienie mógł uzyskać tylko jeden podmiot. Z pewnością co najmniej także uniemożliwiono Odwołującemu udział w Postępowaniu, ponieważ oferowany przez niego produkt nie posiada właściwości wyspecyfikowanych przez Zamawiającego, które – zdaniem Odwołującego – nie są niezbędne dla potrzeb Zamawiającego. Tym samym doszło do rażącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp. Za naganną uznawana jest praktyka prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym, w którym warunki zamówienia rozstrzygają *de facto* postępowanie jeszcze przed otwarciem ofert. Przy tym taki „z góry” wybrany wykonawca nie musi być nazwany wprost w dokumentacji przetargowej przez zamawiającego – wystarczającym jest, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia są tak określone, że może spełnić je tylko jeden podmiot

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 Pzp Odwołujący podkreślił, że przesądza on, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający

uczciwą konkurencję. W istocie oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Jest rzeczą oczywistą że nie może być mowy o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na jeden, konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego – wystarczające jest, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że spełnić może je wyłącznie jeden, konkretny oferent. Przepisy prawa obligują więc Zamawiającego do unikania wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę.

Odwołujący podkreślił ponadto, że w praktyce naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp może być realizowane nie tylko w sposób bezpośredni, ale także pośredni. Do jego stwierdzenia wystarczające jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt. Taka sytuacja, w ocenie Odwołującego, ma miejsce w ramach Postępowania, ponieważ parametry określone w załączniku nr 1 do SIWZ nie tylko faworyzują, lecz wręcz przesądzają o tym, że zamówienie będzie mogło być udzielone wyłącznie jednemu podmiotowi, tj. Elsta.

Uzasadniając zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 Pzp Odwołujący stwierdził, że z jego treści wynika, jakoby w każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, zamawiający powinien się do tego zastosować. Wynika z tego, iż zamawiający nie może używać ww. określeń w każdym przypadku, musi być bowiem w stanie wykazać, iż konieczność posłużenia się tymi określeniami spowodowana jest szczególnym rodzajem zamówienia lub niemożnością opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem obiektywnych cech jakościowych lub technicznych. Uprawnienie wskazane w art. 29 ust. 3 Pzp może być więc realizowane tylko po spełnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co powoduje, iż konkretnie wskazane produkty nabierają przykładowego charakteru, a wykonawca ma prawo przedstawić w składanej przez siebie ofercie produkt, bądź jego element, inny niż wskazany przez zamawiającego, lecz spełniający wszystkie jego wymagania.

W niniejszej sprawie Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ wśród wymagań technicznych przewidział konieczność użycia systemu operacyjnego z rodziny Windows Embedded w wersji CE 6.0+. Nie przewidziano przy tym możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych, naruszając tym samym także art. 29 ust. 3 Pzp.

Mając na względzie wszystkie powyższe uwagi należy jednocześnie podnieść, że rolą wykonawcy w postępowaniu odwoławczym jest wyłącznie uprawdopodobnienie naruszenia

zasady uczciwej konkurencji, co otwiera możliwość przerwania ciężaru dowodu okoliczności przeciwnej na zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że wspomnianemu obowiązkowi podołał, wobec czego to na Zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia zasadności tych wymagań w odniesieniu do swoich usprawiedliwionych potrzeb.

Odwołujący wsparł przedstawioną argumentację przeglądem stanowisk z orzecznictwa Sądów Okręgowych i Izby.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zaprezentowaną powyżej argumentację. Wobec dokonanej w dniu 23 marca 2015 r. modyfikacji postanowień SIWZ stwierdził, że nie podtrzymuje żądania zmiany treści SIWZ dotyczącej parametru zasilania sieciowego opisującego komputer dołowy (załącznik nr 1 do SIWZ, zadanie nr 3, Lp. 2).

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca Sevitel sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Wykonawca Sevitel”) wnosząc o uwzględnienie odwołania. W toku rozprawy wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści faktury VAT potwierdzającej wykonanie na jego rzecz usługi polegającej na udostępnieniu mechanizmu wymiany danych pomiędzy systemem TRYTON, a systemem SZYK w ramach zamówienia zrealizowanego przez niego na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że nie naruszył wynikających z Pzp zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści sporządzonych przez niego tabel porównawczych, w których zidentyfikowane zostały, w podziale na zadania, urządzenia spełniające kwestionowane w odwołaniu parametry techniczne oraz z treści pochodzących ze stron internetowych wydruków specyfikacji technicznych urządzeń ujętych w tabelach porównawczych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę Sevitel (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Odwołującego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy, na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń IT do elektronicznej ewidencji środków strzałowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. wraz z montażem sprzętu pod ziemią (pkt III, ppkt 1 SIWZ). Zamówienie podzielone zostało na trzy części (określane przez

Zamawiającego mianem zadań) – (1) dostawa terminali mobilnych powierzchniowych, (2) dostawa terminali mobilnych dołowych i stacji dokujących, (3) dostawa komputerów dołowych wraz z montażem sprzętu pod ziemią, co do których dopuszczona została możliwość składania ofert częściowych obejmujących cały zakres rzeczowy zadania (pkt III, ppkt 2 i pkt II, ppkt 2 SIWZ).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – zgodnie z pkt III, ppkt 3 SIWZ – zawarty został w załączniku nr 1 do SIWZ (dalej: „OPZ”). Na wstępie Zamawiający zaznaczył, że urządzenia IT będące przedmiotem dostawy powinny umożliwiać poprawną pracę oprogramowania SZYK2 eksploatowanego we wszystkich oddziałach Zamawiającego w obszarze logistyki materiałowej w zakresie ewidencji środków strażowych.

W dalszej części OPZ Zamawiający opisał, w podziale na części zamówienia, wymagania techniczne jakie powinny spełniać urządzenia objęte przedmiotem zamówienia.

W zakresie objętym zarzutami odwołania pierwotna treść specyfikacji technicznej terminala mobilnego powierzchniowego (zadanie nr 1) miała następujące brzmienie:

Lp.	Zakres techniczny	Wymagane parametry
1	Wyświetlacz kolorowy	Minimum 2,7” LCD QVGA (320x240 px)
4	Pamięć	Półprzewodnikowa pamięć masowa o rozmiarze min. 8GB
5	Interfejsy	Interfejsy bezprzewodowe Bluetooth 2,0+EDR, Wi-Fi IEEE 802,11 b/g, autoryzacja dostępu zintegrowana z systemem operacyjnym – WPA/WPA2
10	Oprogramowanie systemowe terminala	System operacyjny z rodziny Windows Embedded w wersji CE 6.0+

W wyniku dokonanej w dniu 23 marca 2015 r. modyfikacji postanowień SIWZ Zamawiający nadał poz. 10 (Oprogramowanie systemowe terminala) następujące brzmienie:

„[...]System operacyjny z rodziny Windows Embedded w wersji CE 6.0x lub równoważny. Przez równoważność Zamawiający rozumie system operacyjny czasu rzeczywistego z interfejsem graficznym użytkownika, obsługujący stronę kodową ISO 8859-2 oraz wszystkie, wyszczególnione w zakresie technicznym, interfejsy.[...]”.

W zakresie objętym zarzutami odwołania pierwotna treść specyfikacji technicznej terminala mobilnego dołowego i stacji dokującej (zadanie nr 2) miała następujące brzmienie:

Lp.	Zakres techniczny	Wymagane parametry
2	Wyświetlacz kolorowy	Minimum 2,7” LCD QVGA (320x240 px)
5	Pamięć	Półprzewodnikowa pamięć masowa o rozmiarze min. 8GB

5	Interfejsy	Interfejsy bezprzewodowe Bluetooth 2,0+EDR, Wi-Fi IEEE 802,11 b/g, autoryzacja dostępu zintegrowana z systemem operacyjnym – WPA/WPA2
10	Oprogramowanie systemowe terminala	System operacyjny z rodziny Windows Embedded w wersji CE 6.0+

W wyniku dokonanej w dniu 23 marca 2015 r. modyfikacji postanowień SIWZ Zamawiający nadał poz. 10 (Oprogramowanie systemowe terminala) następujące brzmienie:

„[...]System operacyjny z rodziny Windows Embedded w wersji CE 6.0x lub równoważny. Przez równoważność Zamawiający rozumie system operacyjny czasu rzeczywistego z interfejsem graficznym użytkownika, obsługujący stronę kodową ISO 8859-2 oraz wszystkie, wyszczególnione w zakresie technicznym, interfejsy.[...]”.

W zakresie objętym zarzutami odwołania pierwotna treść specyfikacji technicznej komputera dołowego (zadanie nr 3) miała następujące brzmienie:

Lp.	Zakres techniczny	Wymagane parametry
2	Zasilanie sieciowe	Od 40 do 250V AC 50Hz
12	Oprogramowanie systemowe komputera	Możliwość zainstalowania systemów operacyjnych rodziny GNU/Linux

Ponadto w pkt 2 dla tego zadania (Wymagania dodatkowe), ppkt 3 Zamawiający sformułował wymóg, zgodnie z którym urządzenie ma zapewniać poprawną pracę w systemie CentOS 6.5 64 bit z wykorzystaniem wszystkich interfejsów komunikacyjnych.

W wyniku dokonanej w dniu 23 marca 2015 r. modyfikacji postanowień SIWZ Zamawiający nadał poz. 2 i 12 następujące brzmienie:

Lp.	Zakres techniczny	Wymagane parametry
2	Zasilanie sieciowe	Od 110 do 240V AC 50Hz
12	Oprogramowanie systemowe komputera	Architektura lub dowolne cechy dostarczonych urządzeń nie może uniemożliwiać instalacji powszechnie dostępnych na rynku systemów operacyjnych, w szczególności z rodziny GNU/Linux

Zamawiający zmodyfikował również treść pkt 2, ppkt 3 Wymagań dodatkowych nadając mu brzmienie:

„[...]”

Konieczna poprawna praca urządzenia z systemem operacyjnym z rodziny GNU/Linux w szczególności z systemem CentOS 6.5 64 bit z wykorzystaniem wszystkich wyszczególnionych interfejsów komunikacyjnych. Oferowane urządzenie powinno umożliwiać poprawną pracę zainstalowanego na nim powszechnie dostępnego, darmowego systemu operacyjnego z rodziny

GNU/Linux, do którego dostępne są odpowiednie sterowniki do obsługi podłączonego do komputera czytnika kodów kreskowych. Z uwagi na specyfikę posiadanego przez Zamawiającego rozwiązania systemowego dostępny dla przedmiotowego urządzenia system operacyjny powinien również umożliwiać instalację i poprawną pracę następujących komponentów:

a) Apache w wersji 2.2.15 wraz z modułem:

- mod_mono w wersji 2.10.2.0,

b) PHP w wersji 5.3.3 wraz z modułami:

- PDO_OCI,
- CI8,
- memcached,

c) Memcached w wersji 1.4.4,

d) Hostapd,

e) Baza Oracle XE w wersji 11.2.0.

[...].”

Zarzuty odwołania nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Tytułem wstępu należy zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 Pzp podstawą wyrokowania jest stan rzeczy ustalony w toku postępowania, przy czym trzeba mieć na względzie, że omawiana regulacja referuje do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika z niej konieczność uwzględniania przy wyrokowaniu czynności zamawiającego podjętych już po wszczęciu postępowania odwoławczego, wobec czego Izba zobligowana była uwzględnić dokonaną przez Zamawiającego w dniu 23 marca 2015 r. modyfikację SIWZ. Niemniej jednak powyższe nie oznacza jeszcze, że ilekroć zamawiający dokona zmian postanowień SIWZ po wniesieniu odwołania na jej treść konieczne jest uwzględnienie odwołania z uwagi na przyznanie przez zamawiającego zasadności zarzutów. Istotny jest bowiem przedmiot tej zmiany i jej treść w relacji do żądań odwołania i argumentów powoływanych na ich uzasadnienie. *Ad casum* Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ w sposób nieuwzględniający – jak na to zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie (protokół, str. 3) – oczekiwań zawartych w *petitum* odwołania. W konsekwencji nie mogło być, w ocenie Izby, mowy o przyznaniu zasadności zarzutów związanych z wadliwym brzmieniem SIWZ.

W realiach rozpoznawanej sprawy należało mieć również na względzie przepis art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zauważyć trzeba, że zarzutem odwołania jest przytoczenie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość określonego sposobu postępowania zamawiającego, a zarazem rzutują na sytuację wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji za nieskuteczne uznać należy przytaczanie w toku postępowania odwoławczego nowych, nieobjętych treścią odwołania, okoliczności faktycznych, które – w ocenie odwołującego

– uzasadniałyby twierdzenie o naruszeniu przez zamawiającego normy prawnej objętej wzmiankowanym w odwołaniu przepisem Pzp.

Odnosząc się *stricto* do zarzutów odwołania Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 Pzp nie został przez Odwołującego uzasadniony. Zgodnie z treścią powołanego przepisu 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. Z treści odwołania nie wynika jednak które z postanowień SIWZ odnoszących się do przedmiotu zamówienia Odwołujący uważa za niespełniające powyższych wymogów. Przeciwnie, Odwołujący musiał kwestionowane postanowienia SIWZ zrozumieć w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, skoro dopatrywał się niedozwolonego zbiegu wymagań technicznych stanowiących przejaw tzw. dyskryminacji pośredniej, tj. takiego opisu przedmiotu zamówienia, które nie wprost (czyli pośrednio) wskazuje na konkretny produkt. W konsekwencji zarzut ten nie mógł odnieść skutku.

Chybiony był również, zdaniem składu orzekającego, zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 Pzp. Izba podziela zapatrywanie, że przypisanie zamawiającemu działania sprzecznego z powołaną regulacją wymaga od odwołującego li tylko uprawdopodobnienia możliwości utrudniania uczciwej konkurencji i nie podlega, co do zasady, rygorom postępowania dowodowego. Nie zwalnia to jednak Izby z konieczności dokonania oceny, czy odwołujący sprostął obowiązkowi uprawdopodobnienia okoliczności, na które się powołuje. W tym zakresie, jedynie na marginesie, zauważyć należy, że zasadność omawianego zarzutu oparta została w przeważającej mierze na sporządzonym przez Odwołującego zestawieniu warunków technicznych systemów oferowanych przez Odwołującego, Przystępującego i Elsta. Nie kwestionując możliwości uprawdopodobnienia określonych okoliczności we wskazanym powyżej sposób należy zwrócić uwagę, że informacje zawarte we wspomnianym zestawieniu nie zostały w żaden sposób uwiarygodnione, chociażby przez przedstawienie specyfikacji technicznych urządzeń, do których odnosi się zestawienie.

Oceniając możliwie liberalnie kwestię uprawdopodobnienia, a w konsekwencji przyjmując, że Odwołujący sprostął temu wymogowi przenosząc ciężar dowodu braku naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 Pzp na Zamawiającego Izba oceniła, że przedstawił on dowody świadczące o bezzasadności postawionego w odwołaniu zarzutu. W tym aspekcie należy poczynić dwie uwagi.

Po pierwsze – Izba uznała za bezpodstawne kwestionowanie przez Odwołującego dowodów w postaci złożonych przez Zamawiającego w toku rozprawy wydruków ze stron internetowych. Nie podziela bowiem zapatrywania, że przy ich pomocy nie można przeprowadzić dowodu, chociażby z uwagi na fakt, że katalog środków dowodowych ma otwarty charakter (por. art. 190 ust. 3 Pzp). Nie stanowi również przeszkody w zaliczeniu ich w poczet materiału

dowodowego okoliczność, że – jak na to zwracał uwagę Odwołujący – nie zawierają one podpisu, ponieważ nie jest zasadne utożsamianie wydruków ze stron internetowych z dokumentami prywatnymi w rozumieniu art. 245 K.p.c.

Odrębną kwestią jest natomiast wiarygodność takich dowodów, której to ocena – zgodnie z przepisem art. 190 ust. 7 Pzp – należy do Izby. Słusznie podkreśla się, że niejednokrotnie wydruki ze stron internetowych zawierają niekompletne, ogólnikowe informacje, podawane *stricto* w celach marketingowych, wobec czego do kwestii ich wiarygodności należy podchodzić z pewną ostrożnością. Trzeba mieć przy tym na względzie, że dokonanie oceny wiarygodności dowodu nastąpić może wyłącznie po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego, przez co należy rozumieć konieczność uwzględniania wyników całego postępowania dowodowego. W tym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie podważył prawdziwości informacji zawartych w omawianych specyfikacjach, a nadto sam posłużył się tożsamymi rodzajowo dokumentami uzasadniając jeden z zarzutów odwołania. Tym bardziej nie było podstaw, aby – z jednej strony – uznawać dowody przedstawione przez Odwołującego za wiarygodne, z drugiej zaś – odmawiać tego przymiotu dowodom Zamawiającego.

Po drugie – Izba stwierdziła, że przedmiotowy zarzut oparty był na twierdzeniu o nieuprawnionym posłużeniu się zestawem parametrów technicznych, które pośrednio wskazują na konkretne modele urządzeń jednego z producentów funkcjonujących na rynku. Z kolei argumentacja, że poszczególne parametry sprzętu będącego przedmiotem zamówienia nie odzwierciedlają usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego pojawiła się zasadniczo dopiero w trakcie rozprawy i – w świetle przepisu art. 192 ust. 7 Pzp wyrażającego zasadę związania Izby sformułowanymi w odwołaniu zarzutami – nie mogła zostać uwzględniona przy dokonywaniu oceny zaskarżonych czynności, chociaż referowała do jednego z wymienionych w odwołaniu przepisów Pzp. W istocie, biorąc pod uwagę przedstawioną powyżej koncepcję zarzutu odwołania, uznać należało, że Odwołujący usiłował uzupełnić swoje stanowisko o zarzuty, które nie znalazły się w treści odwołania.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że dla odparcia postawionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego tzw. dyskryminacji pośredniej wystarczające było udowodnienie, że na rynku dostępne są urządzenia, które łącznie spełniają wszystkie zakwestionowane kryteria techniczne, co też Zamawiający uczynił. Z kolei twierdzenie Odwołującego, że zidentyfikowane przez Zamawiającego urządzenia spełniające wymagania opisane w OPZ nie posiadają (bądź nie wiadomo czy posiadają) wymaganych postanowieniami SIWZ opinii technicznych, nie zostało w żaden sposób wykazane. Poza tym, zdaniem składu orzekającego, do sfery ryzyka kontraktowego wykonawcy należy oferowanie urządzeń, które nie są z reguły wykorzystywane w określonych warunkach, ponieważ w takim przypadku będzie on dodatkowo zmuszony uzyskać oczekiwane dokumenty i ewentualnie ponieść związane z tym dodatkowe nakłady finansowe, czasowe, itp.,

narażając się – w przypadku ich braku – na złożenie oferty, która nie będzie spełniała wymagań SIWZ, a zatem obciążonej wadą mogącą nawet doprowadzić do jej odrzucenia.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący objął omawianym zarzutem również kwestię sformułowania przez Zamawiającego wymagań wygórowanych, czy nieuzasadnionych (z czym, z podanych powyżej przyczyn, zgodzić się nie sposób), to nie przedstawił on żadnych dowodów lub chociażby twierdzeń na odparcie stanowiska Zamawiającego. Ograniczył się bowiem do wyrażenia zapatrywania, że argumentacja Zamawiającego jest gołosłowna i konstatacji, że została stworzona na potrzeby postępowania odwoławczego oraz do generalnego zaprzeczania stanowisku Zamawiającego. W tym miejscu ubocznie należy zasygnalizować, że nie jest powszechnie stosowaną praktyką tłumaczenie w treści SIWZ powodów postawienia określonych wymogów przedmiotowi zamówienia, co *de facto* zarzucone zostało Zamawiającemu na rozprawie, ponieważ obowiązek taki nie wynika z przepisów Pzp.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający – dokonując opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie na kombinację zaskarżonych odwołaniem parametrów technicznych urządzeń – nie naruszył zakazu wynikającego z przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, bowiem wymagania SIWZ spełniają urządzenia innych, obok wskazanego w uzasadnieniu odwołania, producentów. Dodatkowo, w odniesieniu do zadania nr 3, nie uszło uwadze Izby złożone przez Przystępującego oświadczenie, że oferowane przez niego urządzenia spełniają wymagania zawarte w OPZ (protokół, str. 6), co stanowiło dodatkowy argument przemawiający za oddaleniem odwołania w zakresie omówionego zarzutu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 Pzp związany z oczekiwanym przez Zamawiającego oprogramowaniem urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia.

W powyższym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, jakoby dopuszczenie przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych miało wyłącznie pozorny charakter. Należy mieć na względzie, że opisanie przez Zamawiającego zarówno rozwiązania referencyjnego, jak i równoważnego musi uwzględniać jego usprawiedliwione potrzeby, a za przejaw jednej z nich uznać należy zapewnienie kompatybilności z funkcjonującą u niego infrastrukturą sprzętową i posiadany oprogramowaniem. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, zgodnie z którymi urządzenia objęte przedmiotem zamówienia obsługiwać będą wycinek wykorzystywanego przez Zamawiającego systemu klasy ERP.

Nie bez znaczenia był również opis sposobu oceny rozwiązań równoważnych. W zadaniu nr 1 i 2 Odwołujący kwestionował wyłącznie wymóg związany z interfejsem graficznym użytkownika, obsługujący stronę kodową ISO 8859-2, który – jak wyjaśniono na rozprawie – dotyczy poprawnego wyświetlania polskich znaków (np. ą, ę, ś, ć), jednak nie przedstawił

argumentacji uzasadniającej twierdzenie, że stanowi on – w połączeniu z pozostałymi kwestionowanymi parametrami technicznymi – wskazanie na konkretne urządzenia. Nadto nie wykazał również, jakoby sformułowanie takiego oczekiwania było nadmierne, wygórowane, czy wreszcie nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego. Na rozprawie stwierdził jedynie, że nie posiada w swojej ofercie urządzeń obsługujących przedmiotowy standard (protokół, str. 5).

W odniesieniu do zadania nr 3 oczekiwanie Zamawiającego w kwestii systemu operacyjnego komputerów dołowych zostało, w ocenie Izby, opisane liberalnie, ponieważ ograniczyło się do stwierdzenia o konieczności zapewnienia możliwości zainstalowania przykładowych systemów operacyjnych, nie wykluczając w ten sposób żadnego z potencjalnych rozwiązań zamiennych. Nadto Zamawiający opisał wymóg związany z kompatybilnością systemu operacyjnego zamawianych urządzeń z rozwiązaniami już u niego funkcjonującymi (kwestionowane przez Odwołującego wymaganie dodatkowe dla zadania nr 3). W tym zakresie Odwołujący poprzestał na twierdzeniu, że Zamawiający nie udowodnił, jakoby posiadał w swoich zasobach urządzenia pracujące na systemach operacyjnych z rodziny GNU/Linux. Jest ono jednak pozbawione logiki, jako że zakłada, że Zamawiający szczegółowo opisał system, którego nie posiada (nie wykorzystuje). Można zatem postawić pytanie w jakim innym celu, prócz zapewnienia kompatybilności i poprawnego funkcjonowania infrastruktury sprzętowej, Zamawiający w ogóle wprowadził do treści SIWZ postanowienia odnoszące się do systemu operacyjnego. Zakładanie, że uczynił to, przykładowo, wyłącznie dla ograniczenia konkurencji jest o tyle nieracjonalne, że nasuwa wniosek, jakoby Zamawiający prowadził Postępowanie w celu zakupu urządzeń, których nie będzie mógł następnie wykorzystywać lub których przydatność będzie ograniczona.

Nie można przy tym pominąć argumentu, że możliwe wydaje się uzyskanie kompatybilności dwóch różnych systemów operacyjnych (rodzajów oprogramowania) w drodze zaadaptowania (dopasowania) jednego z takich elementów do drugiego. Na wniosek taki pozwoliła argumentacja samego Odwołującego, jak i Przystępującego, odnosząca się do realizacji zamówienia na rzecz innego zamawiającego (JSW S.A.), poparta złożonym przez niego dowodem w postaci faktury VAT. Wynika z niej bowiem, że istnieje możliwość zapewnienia współpracy pomiędzy dwoma różnymi rozwiązaniami, uzależniona wszakże od podjęcia odpowiednich działań i poniesienia określonych nakładów.

Ergo, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 29 ust. 3 Pzp.

W następstwie wcześniejszych rozważań stwierdzić należało, że Zamawiający nie dopuścił się również naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem prowadzi Postępowanie z poszanowaniem zasad wynikających z tego przepisu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: