

Sygn. akt: KIO 755/23

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 marca 2023 roku** przez wykonawcy **COMTEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Naukową i Akademicką Sieć Komputerową Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego
- **po stronie Odwołującego:**

- 1. IMMITIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy;**
- 2. NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – Wesolej;**
- 3. PRZP Systemy Informacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu**

- **po stronie Zamawiającego:**

- 1. Bcoders Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;**
- 2. Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Nieporęcie;**
- 3. MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - COMTEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie**, w następujący sposób:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - COMTEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - b) zasądza od **Odwołującego - COMTEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie** na rzecz - **Zamawiającego – Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej Państwowego Instytutu Badawczego z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawa Mobilnych Pracowni Komputerowych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 kwietnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2023/ S 048-141288.

Dnia 20 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz. U. z 2022r., poz. 1710 ze zmianami, dalej: „Pzp”) odwołanie w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawca COMTEX spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego a zarazem ograniczający konkurencję i naruszający zasady proporcjonalności, przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w zakresie wymagania dotyczącego komputerów przenośnych typu laptop opisanego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) pkt 4.1 wymaganie L. 19 lit. f.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w uzasadnieniu, tj. usunięcie wymagania określonego w pkt 4.1 poz. L. 19. lit. f SOPZ.

Odwołanie wniesione zostało z zachowaniem ustawowego terminu, zgodnie z art. 509 ust. 2 Pzp. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący wskazał, ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego niejasnych i nieproporcjonalnych do

przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia.

Odwołujący zgłosił w odwołaniu, stosownie do art. 536 Pzp, wniosek dowodowy, wnosząc o zobowiązanie Zamawiającego przez skład orzekający KIO do przedstawienia najnowszej dostępnej edycji raportu Gartnera pt. „Market Guide for Enterprise Desktops and Notebooks” na okoliczność wykazania, że:

1. treść raportu nie służy potwierdzeniu parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego lub uzasadnionych jego obiektywnymi potrzebami, w szczególności parametrów niezawodności/ jakości wytwarzania urządzeń;
2. raport nie definiuje wyczerpującej listy producentów urządzeń rozpoznawalnych na rynku czy też charakteryzujących się określonymi parametrami jakościowymi ani nie został sporządzony w tym celu.

Odwołujący zaznaczył, iż w związku z postawionym w postępowaniu wymaganiem pkt 4.1 poz. L. 19 lit. f SOPZ i koniecznością weryfikacji jego spełniania przez oferowane urządzenia, Zamawiający powinien być w posiadaniu przedmiotowego dokumentu, którego treść jest istotna dla rozstrzygnięcia odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że w związku z brzmieniem art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, aktualny pozostaje dorobek orzecznictwa i doktryny dotyczący art. 29 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., zgodnie z którym 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. Jednocześnie, wszystkie stawiane wymagania powinny być uzasadnione potrzebami Zamawiającego i zapewniać konkurencyjność postępowania, która jest wartością korzystną również dla Zamawiającego ze względu na dopuszczenie szerszego zakresu możliwych do zaoferowania rozwiązań oraz konkurencji cenowej między wykonawcami.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, naruszeniem norm art. 99 ustawy Pzp, jest nie tylko posługiwanie się w opisie przedmiotu zamówienia nazwami własnymi produktów bez dopuszczenia zaoferowania rozwiązań równoważnych, ale także takie ustalenie wymagań, które prowadzi do wyeliminowania możliwości zaoferowania rozwiązań odpowiadających w pozostałym zakresie uzasadnionym potrzebom funkcjonalnym Zamawiającego. Jakikolwiek wymagania, które mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji przez preferowanie określonych rozwiązań lub eliminowanie szeregu innych produktów lub wykonawców, powinny znajdować uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego - obiektywnych i proporcjonalnych do ograniczenia konkurencji, które

powodują (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2021 r., sygn. KIO 3466/21).

Ponadto, również w myśl art. 16 Pzp, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców oraz zachowywać zasadę proporcjonalności.

W Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający zawarł wymaganie naruszające przepisy ustawy Pzp. W pkt 4.1 „Zestawienie wymagań technicznych dla komputerów przenośnych typu laptop”, w poz. L. 19 tabeli zawarto wymagania dotyczące parametru: „Niezawodność/iakość wytwarzania”. Wśród tych wymagań, ostatnie oznaczone lit. f przewiduje, iż:

„Dostarczane urządzenia muszą być produktem rozpoznawalnym na rynku enterprise, co oznacza, że ich producenci muszą być ujęci (wymienieni z nazwy) w najnowszej dostępnej edycji raportu Gartnera pt. „Market Guide for Enterprise Desktops and Notebooks”.

Wymaganie ograniczające krąg możliwych rozwiązań wyłącznie do producentów zawartych w raporcie Gartnera jest:

1. Nieadekwatne i nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. Nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, oraz
3. Prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności postępowania, eliminując możliwość zaoferowania urządzeń innych producentów niż ich określona lista zawarta w najnowszej edycji raportu (tj. z grudnia 2022 r.), nawet jeśli urządzenia te spełniają wszystkie pozostałe wymagania SWZ.

Raport pt. „Market Guide for Enterprise Desktops and Notebooks” nie zawiera oceny producentów ani ich produktów pod kątem niezawodności czy też jakości wytwarzania. Raport składa się głównie z analizy rynku oraz trendów, a także opinii autorów dotyczących formułowania potrzeb zakupowych. Wymienione w nim z nazwy spółki będące producentami komputerów stacjonarnych (desktop) oraz laptopów (notebooks) nie tworzą listy producentów zweryfikowanych i ocenianych pod kątem jakichkolwiek parametrów jakościowych lub niezawodnościowych.

Przedstawiając listę „reprezentatywnych vendorów”, autorzy raportu zastrzegają wyraźnie, że nie jest to wyczerpująca lista reprezentatywnych sprzedawców, a ta część raportu ma na celu jedynie przybliżenie rynku i tego, co jest na nim dostępne.

Jedynym parametrem obiektywnym określanym w raporcie w odniesieniu do każdego z wymienionych w nim producentów, jest udział danych producentów w rynkach światowych, przy czym, należy zaznaczyć, że w raporcie nie ujęto wszystkich producentów o określonym udziale w rynku, a jedynie podano te wartości dla wskazanych w raporcie producentów.

Autorzy raportu zastrzegają, że wyboru wymienionych w raporcie producentów dokonali w oparciu o informacje pozyskane z własnej bazy klientów. Jest to więc

subiektywny wybór autorów, zweryfikowany tylko pod kątem tego, czy producenci dostarczają komputery PC i usługi powiązane na potrzeby dużych klientów korporacyjnych. Przy czym, kolejnym warunkiem znalezienia się na liście zawartej w raporcie, jakkolwiek nie wskazanym w jego treści, jest zawarcie komercyjnej umowy z firmą Gartner - tylko takie spółki, które nawiązały współpracę z Gartner, zostają umieszczane w raportach.

Ponadto, w raporcie nie zawarto rekomendacji ograniczenia się do wyboru producentów wskazanych w raporcie jako najbardziej niezawodnych czy gwarantujących jakość wytwarzania.

O tym, że o zawarciu producentów w raporcie nie decydowała ich ocena pod kątem niezawodności czy jakości wytwarzania świadczy również to, iż zawiera on krótkie opisy profilowe, w których wskazywane są również wyzwania, z którymi w opinii autorów mierzy się dany producent. Wśród takich słabych stron wskazywane są również obszary związane z udzielanym wsparciem klienta czy terminowością i obsługą dostaw.

Raport wymagany przez Zamawiającego nie stanowi całościowego przeglądu rynku i nie uwzględnia, ani nie pretenduje do tego, aby wymienić wszystkich producentów czy ich rozwiązania obecne na rynku. Istnieją zatem producenci nie wskazani w raporcie, których urządzenia cechują się nie mniejszą niezawodnością, czy jakością wytwarzania. Nieadekwatność wymogu do kryterium, któremu ma służyć, potwierdza zresztą same jego brzmienie - Zamawiający wymaga „rozpoznawalności na rynku enterprise”, co utożsamia z „byciem wymienionym z nazwy” w raporcie. Powoduje to niezasadną eliminację producentów urządzeń, które mogą spełniać wszystkie pozostałe wymagania warunków zamówienia, a jedynym wymogiem, którego nie spełniają, jest brak wskazania w raporcie Gartnera, np. ze względu na nie podjęcie współpracy komercyjnej z tą spółką. Eliminacja możliwości oferowania produktu danego producenta, tylko z tego względu na to, iż nie jest on „rozpoznawalny na rynku” przez co rozumie się, iż nie został wymieniony w publikacji, której celem nie jest zbadanie i stworzenie wyczerpującej listy produktów „rozpoznawanych na rynku”, jest rażąco nieproporcjonalne do celu i przedmiotu postępowania.

Rozpoznawalność urządzenia na rynku, nie świadczy o jego niezawodności czy jakości wytwarzania, szczególnie, gdy każdy z wiodących producentów posiada zróżnicowane portfolio, w ramach którego można wskazać na różne parametry awaryjności czy wad produkcyjnych poszczególnych serii czy modeli urządzeń.

Trudno też wskazać, aby samodzielnie „rozpoznawalność na rynku” stanowiła cechę, która jest niezbędna czy wartościowa przy zakupie laptopów dla szkół, do wykorzystania jako narzędzia wspierające zajęcia dydaktyczne. W przeciwieństwie być może, do zastosowań biznesowych, rozpoznawalność marki laptopa używanego w salach lekcyjnych nie stanowi obiektywnie istotnego wymagania opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności, nie powinna być to cecha decydująca o eliminacji produktów, które spełniają pozostałe

wymagania techniczne, funkcjonalne czy w zakresie wsparcia sprzedaży, określone w warunkach zamówienia.

Raport Gartnera nie uwzględnia wszystkich produktów, czy producentów rozpoznawanych na rynku dostawców PC. Kryterium „rozpoznawalności na rynku” nie jest stosowane przy określaniu, którzy z producentów zostaną wymienieni z nazwy w treści raportu ani zawarta w nim lista nie prezentuje producentów „rozpoznawalnych na rynku”.

Na liście w sposób ewidentny brakuje producentów, których nazwy/ produkty są rozpoznawalne na rynku komputerowym, takich jak: Samsung, Huawei, MSI czy Razer. Wykluczenie możliwości zaoferowania produktów tych, i innych producentów nie wskazanych w wybiórczej i niekompletnej liście zawartej w raporcie Gartnera, w sytuacji, gdy produkty te spełniają pozostałe wymagania opisane w warunkach zamówienia, jest naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, na rynku dostępne są rozwiązania producentów, które spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego, a nie mogą zostać zaoferowane w postępowaniu tylko ze względu na kwestionowany wymóg z pkt. 4.1 poz. L. 19 lit. f OPZ.

Wymaganie, iż *„Dostarczane urządzenia muszą być produktem rozpoznawalnym na rynku enterprise, co oznacza, że ich producenci muszą być ujęci (wymienieni z nazwy) w najnowszej dostępnej edycji raportu Gartnera pt. „Market Guide for Enterprise Desktops and Notebooks”* jest również nieadekwatne do samego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z warunkami zamówienia, pkt 1.1 SOPZ: *„zamówienie realizowane jest na potrzeby zapewnienia szkoleń sprzętu umożliwiającego prowadzenie zajęć dydaktycznych z wykorzystaniem technologii i usług informatycznych oraz sieci OSE. Elementem wspomagającym możliwości kształcenia uczniów z wykorzystaniem nowoczesnych technologii informatycznych jest Mobilna Pracownia Komputerowa (MPK) wyposażona w laptopy oraz monitor interaktywny z dostępem do sieci Internet. MPK ze względu na swoją konstrukcję zapewniającą mobilność, będzie mogła być wykorzystywana w różnych pomieszczeniach (klasach) lekcyjnych bez konieczności ich dostosowywania do prowadzenia zajęć komputerowych.”*

W odniesieniu do wymagań technicznych dla komputerów przenośnych typu Laptop, w poz. L. 1, parametr: *„Zastosowanie”*, wskazano: *„Urządzenie będzie wykorzystywane przez uczniów i nauczycieli w trakcie zajęć dydaktycznych prowadzonych w placówkach edukacyjnych. Obszary zastosowań: standardowe aplikacje biurowe, na potrzeby edukacyjne, dostęp do Internetu.”*

Wobec powyższego zastosowania, do celów edukacyjnych w ramach polskich placówek oświatowych, nie jest adekwatne kryterium rozpoznawalności na rynku „enterprise”, czyli rynku dużych przedsiębiorstw, korporacji międzynarodowych, do których przede wszystkim kierowany jest raport Gartnera. Zastosowanie laptopów do pracy

w środowisku biznesowym dużych organizacji działających w ramach często skomplikowanych sieci powiązań i mobilności międzynarodowej pracowników jest odmienne od przeznaczenia przewidzianego w ramach postępowania. Laptopy mają stanowić wyposażenie mobilne, ale wykorzystywane będą wyłącznie w placówkach edukacyjnych na potrzeby zajęć dydaktycznych.

Brak również adekwatności geograficznej rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia, a rynku enterprise opisanego przez autorów Gartnera - raport obejmuje rynek światowy i jako jeden z elementów analizy rynku wskazuje na międzynarodowość działania organizacji, których potrzeby opisuje. Z tej perspektywy raport, opisując będzie udział producentów w rynku globalnym czy też posiadanie najszerszej sieci dystrybucyjnej, co ułatwia międzynarodowym korporacjom wykorzystywanie jednolitych produktów w różnych miejscach na świecie, gdzie posiadają swoje oddziały lub gdzie podróżują ich pracownicy. Cechy te nie mają znaczenia i nie znajdują proporcjonalnego przełożenia na istotność wymagania w przypadku zamówienia na produkty, które wykorzystywane będą w placówkach oświatowych na terenie kraju. Wskazane różnice podkreślają nieproporcjonalność wymagania w stosunku do ograniczenia konkurencji, do którego prowadzi.

Dodatkowo, raport Gartnera wymienia producentów zarówno komputerów stacjonarnych, jak i laptopów, lista producentów w nim zawarta obejmuje oba te segmenty rynku i określony producent mógł zostać na niej wpisany ze względu na to, iż jest on znany autorom raportu jako producent komputerów stacjonarnych (desktop). Przedmiot zamówienia ograniczony jest wyłącznie do komputerów przenośnych typu laptop.

Kwestionowane wymaganie jest ponadto zbędne i nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Jego usunięcie z warunków zamówienia, zgodnie z żądaniem Odwołującego, nie spowoduje utraty istotnego parametru jakościowego lub funkcjonalnego ani nie naruszy interesów Zamawiającego czy też użytkowników końcowych produktów.

W poz. L. 19 w ramach parametru „Niezawodność/ jakość wytwarzania”, Zamawiający określił 5 innych wymagań odwołujących się do zewnętrznych standardów jakości, jakie spełnić musi oferowane urządzenie lub jego producent. W szczególności, wymóg posiadania certyfikacji ISO 9001 oraz ISO 14001 (wymagania poz. L. 19, lit. d i e) stanowi daleko bardziej obiektywne i wiarygodne potwierdzenie poziomu jakościowego etapu produkcji oraz stopnia organizacji przedsiębiorstwa producenta niż subiektywny dobór producentów w ramach raportu Gartnera.

Posiadanie tych certyfikacji chroni Zamawiającego przed niesprawdzonymi jakościowo produktami, czy też producentami nie posiadającymi wystarczających środków i zaplecza dla zapewnienia niezawodności i jakości wytwarzania.

Jakkolwiek, raport Gartnera nie zawiera listy producentów stworzonej pod kątem wsparcia technicznego czy zapewnienia stabilności gwarancji producenta (a nawet jeśli wskazuje takie cechy dla wybranych producentów, to nie jest są to jedyni producenci laptopów posiadający takie zdolności), to należy zaznaczyć, że w ramach opisu wymagań ogólnych, Zamawiający zawarł szczegółowe wymagania dotyczące gwarancji, jaką mają być objęte dostarczane produkty i określił, że odpowiedzialność za ich zapewnienie ponosi Wykonawca (tj. Zamawiający nie nabywa wyłącznie takiej gwarancji, jakiej warunki proponuje producent danego urządzenia). Zgodnie z pkt 3 poz. 0.7 SOPZ: *„Wymogu gwarancji producenta nie stosuje się w przypadku gdy Wykonawca zapewni obsługę serwisową na co najmniej tych samych warunkach. W przypadku braku możliwości świadczenia usług gwarancyjnych przez producenta na wymaganym poziomie lub w ogóle, obowiązki gwaranta przejmuje Wykonawca.”* Jeśli zatem intencją Zamawiającego było ograniczenie kręgu producentów do takich, którzy dają rękojmię objęcia urządzeń gwarancją, to niezależnie od tego, że raport Gartnera nie definiuje takiego kręgu producentów - ta potrzeba Zamawiającego została odpowiednio zabezpieczona w warunkach zamówienia. Ograniczenie konkurencji do producentów wymienionych w raporcie Gartner nie jest zatem uzasadnione, a z pewnością nie jest proporcjonalne do rzeczywistej potrzeby Zamawiającego.

Ponadto, w ramach przedmiotowych środków dowodowych, zgodnie z rozdz. VIII pkt 14 SWZ, wymaga się przedłożenia m.in.: próbki oferowanego modelu komputera przenośnego typu laptop oraz specyfikacji parametrów technicznych urządzeń (w tym: komputera przenośnego typu laptop) w postaci np. wydruku specyfikacji ze strony producenta lub innego dokumentu udostępnianego standardowo przez producentów, zawierającego parametry produkowanego sprzętu lub oprogramowania, np. karty katalogowej, specyfikacji technicznej, datasheet, wykazu funkcjonalności itp.). Oznacza to, że Zamawiający będzie dokonywał weryfikacji konkretnych parametrów urządzeń i ich zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, a nie polegał wyłącznie na deklaracjach własnych wykonawcy czy też producenta. W związku z tym, jeśli powodem wprowadzenia wymogu „rozpoznawalności na rynku” była chęć ochrony przed nierzetelnością producentów, to również w tym zakresie Zamawiający w inny sposób zapewnił spełnienie tej potrzeby. Tym samym, dodatkowe wymaganie niezależnie od zastrzeżeń dotyczących jego adekwatności dla tego celu, jest również zbędne i nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami, a w szczególności nieproporcjonalne do ograniczenia konkurencji, do którego prowadzi.

Przedstawione argumenty w ocenie Odwołującego potwierdzają zasadność żądania usunięcia wymagania SOPZ w pkt 4.1 poz. L. 19 lit. f, gdyż jest ono nieproporcjonalne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, a zarazem prowadzi do ograniczenia kręgu możliwych do zaoferowania produktów (ich producentów) w sposób nieznajdujący

uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Ponadto, pozostałe warunki zamówienia są wystarczające dla zaspokojenia rzeczywistych potrzeb Zamawiającego, w związku z tym usunięcie wymagania nie wpłynie w żaden sposób negatywnie na przedmiot, który otrzyma Zamawiający w wyniku udzielenia zamówienia.

W związku z powyższą argumentacją, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

- po stronie Odwołującego:

1. IMMITIS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy;
2. NTT Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie-Wesołej;
3. PRZP Systemy Informatyczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Połańcu

- stronie Zamawiającego:

1. Bcoders Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;

2. Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Nieporęcie;

3. MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Wszystkie przystąpienia były skuteczne i Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wszystkich Wykonawców jako przystępujących.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 30 marca 2023 roku zmodyfikował żądanie, wnosząc o nadanie pkt 4.1 poz. L. 19. Lit. f następującego brzmienia: „*Dostarczone urządzenia muszą być produktem rozpoznawalnym na rynku, co oznacza, że ich producenci muszą być ujęci (wymienieni z nazwy) w pierwszej 8 podmiotów wymienionych w raporcie: IDC PCD Tracker (PC Pivot) (NB) FinalHistoricalDatabase_2022Q4; GfK POS Tracking Mobile PC Poland October 2022*”. Ostatecznie, na posiedzeniu przed Izba, Odwołujący cofnął powyższy wniosek, wnosząc o uwzględnienie żądań zawartych w odwołaniu. Z powodu cofnięcia nowych żądań Izba nie odnosiła się do nich merytorycznie i nie oceniała zasadności propozycji Odwołującego polegającej na dopuszczeniu polegania na wynikach dwóch dodatkowych raportów. Izba pominęła przy wyrokowaniu argumentację Stron związaną ze zmodyfikowanym żądaniem.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stanowiska wyrażone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.

Z treści art. 16 ustawy Pzp wynika, że *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Stosownie do art. 99 ustawy Pzp:

1. *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*
2. *Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich*

istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie szczegółowo opisał w jakim celu nabywa elementy sprzętu stanowiące przedmiot zamówienia, w tym komputery przenośne. Zamawiający wskazał także, jakie cechy zamawianego asortymentu są dla niego kluczowe, by zakładany cel stworzenia sieci mobilnych pracowni komputerowych został osiągnięty. Zamawiający podkreślał, że oczekuje dostawy stabilnego i trwałego systemu, sprawdzonego, pochodzącego z zaufanego źródła, trwałego, zapewniającego bezpieczeństwo użytkowania, dostęp do serwisu i wsparcia technicznego oraz części zamiennych, także po zakończeniu okresu gwarancji. Odwołujący nie negował, iż Zamawiający co do zasady ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem potrzeb jednostki. Odwołujący zdawał się całkowicie rozumieć i zgadzać się z potrzebami Zamawiającego, negując jedynie odniesienie w opisie przedmiotu zamówienia do konkretnego raportu firmy Gartner.

W ocenie Zamawiającego uzyskanie przedstawionych cech możliwe jest, jeżeli urządzenia będą pochodziły od producentów rozpoznawalnych na rynku enterprise, co oznacza, że tacy producenci będą ujęci w najnowszej dostępnej edycji raportu Gartnera „Market Guide Enterprise Desktops and Notebooks”.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący też przeciwnych nie udowodnił. Odwołujący nie udowodnił, że raport powstaje po nawiązaniu współpracy komercyjnej danego producenta z firmą Gartner, na co zwracał uwagę w odwołaniu. W tym zakresie odwołanie zawiera jedynie wnioski Odwołującego nie znajdujące pokrycia w jakimkolwiek materiale dowodowym. Odwołujący wskazywał również, że raport powstaje na bazie opinii pozyskanych z własnej bazy klientów. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający jako jedną z cech pożądanых wskazywał właśnie opinię użytkownika końcowego, który najlepiej za sprzęt, umie określić jego dobre i złe strony. Zdaniem Izby pojęcia „bazy klientów” nie należy utożsamiać z bazą klientów Gartnera, ale z klientami użytkującymi sprzęt ocenianych producentów.

Zamawiający dokonał analizy cech rynku enterprise i uznał, że właśnie cechy charakterystyczne dla tego rynku, gwarantują uzyskanie sprzętu odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że środowisku, w którym pracował będzie sprzęt bliżej do klientów z rynku enterprise, niż do rynku

konsumenckiego. Świadczy o tym choćby skala zamówienia czy przewidywana liczba użytkowników końcowych oraz przewidywany okres użytkowania sprzętu. Odwołujący nie zaprzeczał, że obsługa klienta przez producenta na rynku enterprise ma zdecydowanie szerszy zakres oraz daje gwarancję dobrego serwisu pogwarancyjnego. Przy wyrokowaniu Izba wzięła także pod uwagę w jakiej perspektywie czasowej sprzęt będzie użytkowany. Nie wszystkie te cechy da się opisać za pomocą parametrów mierzalnych, jak chciałby Odwołujący, które można byłoby sprawdzić w procesie badania i oceny ofert, nawet w trakcie wymaganej prezentacji próbki. Z drugiej strony Izba uważa, że nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia referujący do oceny pozycji producenta danego sprzętu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego adekwatne do potrzeb Zamawiającego nie będą tylko raporty/badania/benchmarki odnoszące się do cech przedmiotowych sprzętu/technologii. Jeżeli dany raport powstaje na bazie oceny postawy producenta względem użytkownika końcowego, to odnosi się do cech przedmiotowo istotnych, a na pewno istotnych dla tego Zamawiającego w odniesieniu do zakładanego celu zamierzenia inwestycyjnego.

Co do zasady Odwołujący nie negował pozycji samej instytucji sporządzającej raport. Podzielał opinię, że mamy do czynienia z podmiotem znanym, dokonującym analizy na rynku IT od wielu lat, przy udziale bezstronnych specjalistów. Okoliczności te nie były sporne między Stronami, Izba również powyższą opinię podziela.

Dostrzeżenia również wymaga, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wymaganie, by sprzęt pochodził od producenta wymienionego w najnowszej wersji raportu uniemożliwia mu złożenie oferty. Co więcej, z twierdzeń i oświadczeń Odwołującego na rozprawie wynika, że jak najbardziej dysponuje on takim sprzętem, współpracuje z podmiotem oferującym sprzęt producenta wymienionego w raporcie i zamierza złożyć ofertę spełniającą także inne wymogi parametrowe sprzętu opisane w SWZ. Tym samym Odwołujący zanegował cel korzystania ze środków ochrony prawnej. Jeśli Odwołujący jest w stanie złożyć ofertę, nie mamy do czynienia z zapisami SWZ i OPZ ograniczającymi konkurencję, działającymi w ten sposób, że złożenie oferty jest utrudnione lub wręcz niemożliwe.

Natomiast, na co celnie zwrócił uwagę Przystępujący Computex, istota problemu sprowadza się do korzystniejszej ceny sprzętu dedykowanego na rynek konsumencki w porównaniu do rynku enterprise. Izba, bazując jedynie na doświadczeniu życiowym, podziela pogląd, że sprzęt przeznaczony dla rynku konsumenckiego charakteryzuje się niższą ceną przy parametrach porównywalnych do sprzętu na rynek enterprise, na co składa się wiele różnych okoliczności, mniej istotnych dla przedmiotu sporu. To jednak od Odwołującego, czy też podmiotów Przystępujących po jego stronie zależało będzie jak dobre warunki cenowe wynegocjują u przedstawicieli producenta dla klienta końcowego, jakim

będzie Zamawiający. Okoliczność, że oferując sprzęt komputerowy konkurować będzie trzeba ceną nie jest okolicznością nadzwyczajną, czy też utrudniającą dostęp do zamówienia, naruszającą zasady uczciwej konkurencji. Z drugiej strony zgoda z żądaniami odwołania doprowadziłaby do upadku celu zakładanego przez Zamawiającego. To zaś stoi w sprzeczności z zasadami efektywności wydatkowania środków publicznych i proporcjonalności. Zasady efektywności nie można rozumieć jako konieczność zakupu sprzętu za najniższą cenę. Zamawiający ma prawo zdefiniować swoje uzasadnione potrzeby i może za nie zapłacić.

Wymogów zawartych w SWZ nie można uznać za dyskryminujące. Raport wymienia co najmniej 7 wiodących producentów sprzętu komputerowego, funkcjonujących w warunkach globalnych. Trudno więc wywieść, że ofertę będą mogły złożyć tylko nieliczne podmioty. Zdaniem Izby jest wręcz odwrotnie. Z uwagi na znaczącą liczbę przedstawicieli danych producentów (biorąc pod uwagę tylko rynek polski), liczyć należy na dużą ilość ofert. Nie jest natomiast uważana za działanie dyskryminujące sytuacja, w której oferty nie może złożyć każdy podmiot działający na danym rynku. Nie jest obowiązkiem zamawiających takie konstruowanie opisu przedmiotu zamówienia, które umożliwi udział w zamówieniu publicznym każdemu podmiotowi zainteresowanemu danym zamówieniem.

OPZ przedmiotowego postępowania nie odnosi się także do żadnego patentu, znaku towarowego, pochodzenia, czy źródła lub szczególnego procesu, o którym mowa w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Pzp nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Reasumując, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, by postanowienia art. 99 i 16 ustawy Pzp zostały przez Zamawiającego naruszone.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców, bowiem celem postępowania odwoławczego jest weryfikacja postanowień SWZ w świetle Pzp oraz w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. Strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Odwołujący nie wykazał, że którakolwiek z przywołanych zasad została naruszona.

W ocenie Izby nie zostały przez Zamawiającego naruszone zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidziane w art. 16 ustawy Pzp. Wprowadzone zasady są jednakowe dla wszystkich wykonawców zainteresowanych

przedmiotowym postępowaniem, żadnego z podmiotów nie stawiają w uprzywilejowanej sytuacji, Zamawiający w jednakowy sposób będzie dokonywał oceny podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji.

Konkludując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w *petitum* odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy. Izba uważa, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....