

Sygn. akt: KIO 2494/13

WYROK
z dnia 6 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 listopada 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2013 r. przez **Odwołującego** – LOCO Adam S. Sławomir S. Spółka Jawna, ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa,

przy udziale **Wykonawców**:

A. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

a) Techelon Sp. z o.o., ul. Tamka 38, 00-350 Warszawa;

B. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

a) Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Reduta 5, 31-421 Kraków

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - LOCO Adam S. Sławomir S. Spółka Jawna, ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - LOCO Adam S. Sławomir S. Spółka Jawna, ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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

I. Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „dostawa notebooków dla resortu obrony narodowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 12 października 2013 r., poz. 2013/S 199-343769, a Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej w dniu 14 października 2013 r.. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 24 października 2013 r. LOCO* Adam S., Sławomir S. Spółka Jawna w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z zastosowaniem niedostatecznie dokładnych i wyczerpujących określeń, w sposób nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
2. art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję:
 - a. sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuzasadniony ogranicza krąg potencjalnych wykonawców,
 - b. posłużenie się w opisie przedmiotu zamówienia parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt - forma dyskryminacji pośredniej,
3. art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wskazania minimalnych parametrów celem spełnienia warunku równoważności dla rozwiązań wymaganych przez Zamawiającego (wskazujących również na charakterystyczne rozwiązania określonego producenta),
4. art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 353¹ kc poprzez takie sformułowanie treści umowy, który sprzeciwia się naturze tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego,
5. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający

zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w zakresie objętym ww. naruszeniami przepisów oraz zarzutami sformułowanymi w odwołaniu.

W konsekwencji podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty w następujący sposób:

Zarzut nr 1 Treść SIWZ pkt. I ppkt. 7

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: „W przypadku zaistnienia potrzeby przetestowania oferowanego sprzętu, wykonawca dostarczy egzemplarze testowe oferowanego sprzętu po otwarciu ofert, w czasie i miejscu wskazanym przez Zamawiającego, celem weryfikacji spełnienia minimalnych wymogów technicznych. “ 1. wykreślenie zapisu albo nadanie mu brzmienia: 1. “Wykonawca złoży wraz z ofertą egzemplarz oferowanego sprzętu jako próbki, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają następującym wymaganiom określonym przez Zamawiającego:(w tym miejscu Zamawiający powinien wymienić wymagania), 2. Ocena spełniania wymagań dokonana zostanie (w tym miejscu Zamawiający powinien doprecyzować: osoby/podmiot który będzie dokonywać oceny, sposób/metody oceny, narzędzia/instrumenty za pomocą których będzie odbywać się sprawdzenie, sposób dokonywania oceny lub kryteria oceny)”. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający może żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przez oferowane dostawy (...) wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu i SIWZ, zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z § 6 ust. 1 ww. rozporządzenia zamawiający w celu potwierdzenia czy oferowane dostawy (...) odpowiadają wymaganiom zamawiającego może żądać w szczególności próbek produktów, które mają zostać dostarczone. Zgodnie z art. 26 ust. 3 in fine Prawa zamówień publicznych ww. dokumenty mają potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Mając na względzie zakwestionowane zapisy SIWZ, Wykonawca zarzuca, iż Zamawiający wprowadził do treści SIWZ zapisy niezgodne z ww.

przepisami, w sposób jawny naruszające uczciwą konkurencję. Za całkowicie niedopuszczalne uznać należy, iż żądanie złożenia Zamawiającemu „egzemplarzy testowych oferowanego sprzętu” : - oparte jest na braku wskazania obiektywnych podstaw lub przesłanek uzasadniających to żądanie, w konsekwencji czego Zamawiający może zupełnie arbitralnie żądać od niektórych Wykonawców aby złożyli ww. sprzęt, a zaniechać wezwania od innych Wykonawców - przy czym takie działanie i zaniechanie Zamawiającego będzie poza całkowitą kontrolą kogokolwiek, w tym Wykonawców. W rezultacie niezdefiniowany zapis „W przypadku zaistnienia potrzeby przetestowania oferowanego sprzętu”, może służyć Zamawiającemu jako instrument nierównego traktowania Wykonawców i naruszający podstawową zasadę zamówień publicznych, mianowicie uczciwą konkurencję. - kreuje sytuacje gdy obowiązek złożenia egzemplarza testowego oferowanego sprzętu aktualizowałby się dopiero po otwarciu ofert, nadto w nieoznaczonym terminie, który mógłby być różny dla poszczególnych Wykonawców - co pozostaje w jawnej sprzeczności z powołanymi wyżej przepisami, których celem jest zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Zgodnie z powyższą zasadą wszelkie wymagane przez SIWZ warunki tudzież wymagania przedmiotowe Wykonawcy muszą spełniać najpóźniej na ściśle określony i jednakowy dla wszystkich moment, tj. termin składania ofert. Nawet w przypadku korzystania z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dokumenty i oświadczenia składane przez Wykonawców mają potwierdzać spełnianie warunków lub wymagań nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. - bez wskazania jakie konkretnie “minimalne wymogi techniczne” będzie Zamawiający weryfikował oraz że jednakowy zakres badania będzie dotyczył wszystkich Wykonawców. Zamawiający zaniechał także wskazania jaki podmiot będzie przedmiotowe badanie przeprowadzał (zgodnie z ww. zapisem Zamawiający ma prawo wskazania miejsca dostarczenia sprzętu) oraz z zastosowaniem jakich metod badań oraz sprzętów. Powyższe informacje są niezbędne dla zagwarantowania obiektywnego, transparentnego, sprawdzalnego i weryfikowalnego dla Wykonawców czy też organów kontroli trybów badania spełniania wymagań przedmiotowych. Podsumowując powyższe Odwołujący podnosi także, iż mając na względzie obowiązujące przepisy Prawa zamówień publicznych nie jest prawnie zdefiniowany charakter “egzemplarzy testowych oferowanego sprzętu”, które : - nie stanowią próbek, bowiem te żądane są do złożenia wraz z ofertą tak jak wszystkie dokumenty przedmiotowe, które podlegają sprawdzeniu na etapie badania i oceny ofert, - nie stanowią też sprzętu testowego na etapie realizacji umowy. W konsekwencji przedmiotowe “egzemplarze testowe oferowanego sprzętu” żądane są bez podstawy prawnej oraz w sposób naruszający podstawowe zasady zamówień publicznych - zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nr 2 Treść SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ pkt. „Wymagania dodatkowe” zapis „min 4x USB w tym min. 2 x USB 3.0”

Odwołujący wnosil o zmianę zapisu w następujący sposób: zapis „min 4 x USB w tym min. 2 x USB 3.0” min 4 x USB w tym min. 2 x USB 3.0, pozostałe USB - w ramach badania parametrów minimalnych Zamawiający będzie badał spełnianie poniżej wskazanych parametrów szczegółowych i/lub funkcjonalności minimalnych w stosunku do USB 3.0 oraz USB...: w następujący sposób (w tym miejscu Zamawiający powinien doprecyzować: osoby/podmiot który będzie dokonywać oceny, sposób/metody oceny, narzędzia/ instrumenty za pomocą których będzie odbywać się sprawdzenie, sposób dokonywania oceny lub kryteria oceny) Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ pkt. „Wymagania dodatkowe” wprowadził zapis „min 4 x USB w tym min. 2 x USB 3.0”. Zapis powyższy zdaniem Odwołującego jest niejednoznaczny, niewyczerpujący i niedostatecznie dokładny oraz nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z przyczyn dalej wskazanych. 1. Z zakwestionowanego zapisu nie wynika, jakich USB Zamawiający wymaga poza ogólnie wskazanymi USB 3.0. Wobec powyższego dla Odwołującego nie jest jasne jakie inne porty USB poza wymaganym USB 3.0 może zaoferować, bez narażania się na zarzut nie spełniania minimalnych wymagań przedmiotowych. 2. Z zakwestionowanego zapisu nie wynika czy, a jeśli tak to jakie konkretnie parametry minimalne USB 3.0 i/lub „pozostałego lub pozostałych USB” Zamawiający będzie badał. W szczególności Zamawiający nie wskazał w SIWZ, czy będzie weryfikował prędkość oraz minimalną wydajność dla portu USB 3.0 i/lub pozostałego lub pozostałych USB. W konsekwencji powyższego Wykonawca nie otrzymał dostatecznie jasnych i wyczerpujących informacji, które pozwoliłyby mu na złożenie oferty, bez narażania się na nie spełnianie minimalnych wymagań przedmiotowych. Odwołujący wskazuje, iż jego obawy co do bezprawnego badania przez Zamawiającego parametrów USB nie wskazanych w SIWZ wynika z doświadczenia związanego z udziałem w postępowaniu nr ref. IU/65/V-53/ZO/PN/AE/DOS/Z/2013 na „dostawę stacji roboczych dla resortu obrony narodowej”, prowadzonego w bieżącym roku przez Zamawiającego jak wyżej tj. Inspektorat Uzbrojenia. W SIWZ dla tego postępowania (załącznik nr 1 Wymagania dodatkowe) zawarty został następujący zapis dotyczący portów USB: „2. Wbudowane porty : 1 x VGA, 1 x DisplayPort, min. 11 x USB, w tym 10 portów wyprowadzonych na zewnątrz komputera : min. 4 z przodu obudowy w tym, 2 x USB 3.0 i 6 z tyłu w tym 2 x USB 3.0, port sieciowy RJ-45, porty słuchawek i mikrofonu na przednim oraz tylnym panelu obudowy.” Zapis powyższy w sposób oczywisty nie precyzuje szczegółowych wymagań minimalnych jakie są wymagane od portu USB. Pomimo tego w toku postępowania Zamawiający szczegółowo

badał parametry minimalne portu USB sprzętu zaoferowanego przez Odwołującego, w tym prędkość oraz minimalną wydajność dla portu USB 3.0. Dowód : pisma Zamawiającego z dnia 22 oraz 27.08.2013 r. nr V/10382/13 oraz V/10521/13. W tym stanie rzeczy konieczne jest wprowadzenie do SIWZ szczegółowych zapisów, z których będzie wynikało - jakie parametry i/lub funkcjonalności będzie Zamawiający weryfikował w stosunku do USB i jakie parametry i/lub funkcjonalności są wymagane i/lub minimalne.

Zarzut nr 3 Treść SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ pkt. „Wymagania dodatkowe” zapis „wbudowany moduł bluetooth 4.0”

Odwołujący wnosil o zmianę zapisu w następujący sposób: zapis „wbudowany moduł bluetooth 4.0” wbudowany moduł bluetooth 4.0. - w ramach badania parametrów minimalnych Zamawiający będzie badał spełnianie poniżej wskazanych parametrów szczegółowych i / lub funkcjonalności minimalnych w stosunku do wbudowanego modułu bluetooth 4: w następujący sposób - Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ pkt. „Wymagania dodatkowe” wprowadził zapis „wbudowany moduł bluetooth 4.0”. Zapis powyższy jest niejednoznaczny, niewyczerpujący i niedostatecznie dokładny oraz nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z przyczyn niżej wskazanych. Z zakwestionowanego zapisu nie wynika czy, a jeśli tak to jakie konkretnie parametry minimalne (w tym: minimalną wydajność, moc nadajnika, zasięg dla modułu) i/lub funkcjonalności, będzie weryfikował Zamawiający w toku badania ofert w zakresie ww. zapisu SIWZ o wbudowanym module bluetooth 4.0. W konsekwencji powyższego Wykonawca nie otrzymał dostatecznie jasnych i wyczerpujących informacji, które pozwoliłyby mu na złożenie oferty, bez narażania się na nie spełnianie minimalnych wymagań przedmiotowych. W tym stanie rzeczy konieczne jest wprowadzenie do SIWZ szczegółowych zapisów, z których będzie wynikało - jakie parametry i/lub funkcjonalności będzie Zamawiający weryfikował w stosunku do wbudowanego modułu bluetooth 4.0 i jakie parametry i/lub funkcjonalności są wymagane i/lub minimalne.

Zarzut nr 4 Treść SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ pkt. „Wymagania dodatkowe ” zapis „klawiatura”

Odwołujący wnosil o zmianę zapisu w następujący sposób: “Klawiatura z powłoką antybakteryjną, odporną na zalanie cieczą, podświetlenie z możliwością regulacji, (układ US) min. 82 klawisze” “Klawiatura z powłoką antybakteryjną, odporną na zalanie cieczą, podświetlenie z możliwością regulacji lub oświetlenie, (układ US) min. 82 klawisze” Możliwość oświetlania klawiatury jest funkcjonalnie równoważnym rozwiązaniem, w którym natężenie

światła jest dopasowane przez producenta celem zapewnienia rozwiązania równoważnego do wymaganego przez Zamawiającego.

Zarzut nr 5 Treść SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ pkt. „Karta graficzna”

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: “Niezintegrowana z procesorem i chipsetem, z pamięcią 1024 MB niewspółdzieloną z systemem operacyjnym ze sprzętowym wsparciem dla DirectX 11 Shader 5.0, Open CL, Open GL.2.1, Pure Video HD 1080p. Posiadającą minimum 48 potoków renderujących.” „Niezintegrowana z procesorem i chipsetem, z pamięcią 1024 MB niewspółdzieloną z systemem operacyjnym ze sprzętowym wsparciem dla DirectX 11 i Shader 5.0, Open CL, Open GL2.1., Pure Video HD 1080p lub UVD3. Posiadającą minimum 48 potoków renderujących.” albo wprowadzenie do treści SIWZ parametrów równoważności celem spełnienia wymagań Zamawiającego w tym zakresie Technologia Pure Video™ HD jest znakiem towarowym, prawnie chronionym należącym do producenta kart graficznych firmy Nvidia. PureVideo™ HD to określenie zbioru kilku sprzętowych technik przetwarzania i poprawy jakości obrazu. Technologia równoważną do wymaganej jest UVD3 (Unified Video Decoder) firmy AMD.

Zarzut nr 6 Treść SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ pkt. „Funkcje BIOS”

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: “(...) Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych odczytania z BIOS informacji o : -(...)- nr seryjnego komputera wraz z datą jego wyprodukowania; (...)” “(...) Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych odczytania z BIOS informacji o : -(...)- nr seryjnego komputera wraz z datą gwarancji; (...)” Proponowane rozwiązanie jest rozwiązaniem korzystnym dla Zamawiającego, gdyż w każdym momencie umożliwi mu weryfikację wymaganego - 36 miesięcznego okresu gwarancji, w przeciwnym przypadku wymagane rozwiązanie w zbiegu wymaganych parametrów wskazuje na jednego producenta. W ocenie odwołującego informacja o dacie produkcji sprzętu nie ma żadnej wartości dla użytkownika końcowego.

Zarzut nr 7 Treść SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ pkt. „Funkcje BIOS”

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: “(...) Możliwość, bez uruchamiania systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych odczytania z BIOS informacji o : -(...) - typie procesora wraz z informacją o ilości rdzeni, wielkości pamięci cache L2 i L3, - (...), - MAC adresie zintegrowanej karty sieciowej, - zainstalowanej grafice.” “(...) Możliwość, bez uruchamiania

systemu operacyjnego z dysku twardego komputera lub innych, podłączonych do niego urządzeń zewnętrznych odczytania z BIOS lub z modułu zarządzania informacją o: - typie procesora wraz z informacją o ilości rdzeni, wielkości pamięci cache L2 i L3, - MAC adresie zintegrowanej karty sieciowej, - zainstalowanej grafice.” Rozwiązanie, które zapewni wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności może zostać zrealizowane w sposób równoważny wymaganemu w SIWZ - poprzez moduł zarządzający. W takim przypadku ww. informacje nie są wyświetlane w interfejsie BIOS. Dane dotyczące wymaganych funkcji z dodatkowymi informacjami są przekazywane do modułu zarządzania notebookiem, w którym w łatwy sposób można sprawdzić wymagane informacje. Rozwiązanie to jest o tyle wygodne, że pracownik IT nie jest zmuszony być obecny fizycznie przy stanowisku roboczym w celu sprawdzenia konfiguracji lecz może wykonać tą czynność zdalnie. W opinii Odwołującego funkcjonalność działania wymogu Zamawiającego zostaje zachowana, a nawet rozszerzona o nowe możliwości.

Zarzut nr 8 Treść SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ pkt. „Funkcje BIOS”

Odwołujący wnosil o zmianę zapisu w następujący sposób: „(...) Funkcja wyłączenia/włączenia: (...) Intel TurboBoost (...)” Wykreślenie zapisu. Odwołujący wskazuje, iż zapisu dotyczący wyłączenia/włączenia Intel TurboBoost jest całkowicie nieprzydatny dla odbiorcy końcowego. Procesor, który jest wyposażony w technologię Intel TurboBoost, automatycznie przetaktowuje prędkość działania procesora w zależności od chwilowego zapotrzebowania mocy. Wyłączenie tej funkcji może mieć negatywny wpływ na ogólną wydajność notebooka oraz czas pracy na baterii.

Zarzut nr 9 Treść SIWZ załącznika nr 1 do SIWZ pkt. „Funkcje BIOS”

Odwołujący wnosil o zmianę zapisu w następujący sposób: „(...) Funkcja wyłączenia/włączenia: szybkiego ładowania baterii” „(...) Funkcja wyłączenia/włączenia: szybkiego ładowania baterii lub funkcja szybkiego ładowania baterii z automatyczną zmianą trybu ładowania” Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający nie dopuścił rozwiązania równoważnego w powyższym zakresie przez co u zbiegu wymagań, parametr ten wskazuje na jednego wykonawcę. Proponowane przez Odwołującego rozwiązanie jest zaimplementowane przez producenta i działa w sposób automatyczny, bez potrzeby ingerencji użytkownika. Technologia ta w określonych, warunkach automatycznie uruchamia proces szybkiego ładowania, a w momencie wykrycia zmiany warunków pracy, w razie konieczności przełącza się w tryb normalnego ładowania. Proponowane rozwiązanie jest o tyle korzystne, że użytkownik/administrator nie jest zmuszony dokonywać fizycznie zmian w zakresie tej funkcji w BIOS aby uzyskać pożądaný efekt. Kolejnym atutem naszego

rozwiązania jest wydłużenie żywotności baterii w związku z tym, że procesy ładowania/rozładowania odbywają się pod kontrolą mechanizmu za to odpowiedzialnego. W zbiegu wymagań objętych zarzutami od 4-9 nin. odwołania zdaniem Odwołującego Zamawiający ogranicza konkurencję do jednego producenta. Uwzględnienie żądań Odwołującego w powyższym zakresie stanowić będzie o poszanowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut nr 10 Treść SIWZ załącznika nr 2 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zapis § 5 ust. 2 ppkt. 3 umowy

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: „2. Tryb i zasady dostawy sprzętu do odbioru technicznego ustala się następująco :(...) 3) wskazany w powyższy sposób sprzęt Wykonawca dostarczy w terminie 1 (jednego) dnia od chwili powiadomienia go przez Zamawiającego, do miejsca przez niego wskazanego na terenie miasta Warszawy.” „2. Tryb i zasady dostawy sprzętu do odbioru technicznego ustala się następująco:(...) 3) wskazany w powyższy sposób sprzęt Wykonawca dostarczy w terminie 3 (trzech) dni od chwili powiadomienia go przez Zamawiającego, do miejsca przez niego wskazanego na terenie miasta Warszawy.” Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ pkt. „Istotne postanowienia umowy” wprowadził zapis w § 5 ust. 2 ppkt. 3 umowy: Odwołujący wskazuje, iż termin „jednego dnia od chwili powiadomienia go przez Zamawiającego” jest z przyczyn m.in. natury logistycznej niemożliwy lub bardzo trudny do zrealizowania, a przy tym niczym nie uzasadniony, chyba że zamiarem Zamawiającego naliczenia kary umownej w wysokości 0, 1% wartości brutto nie zrealizowanej dostawy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki (§ 12 ust. 1 wzoru umowy). Mając na względzie powyższe koniecznym i uzasadnionym jest dokonanie w powyższym zakresie zmiany SIWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Zarzut nr 11 Treść SIWZ załącznika nr 2 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zapis § 5 ust. 2 ppkt. 4, 5 i 6 umowy

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: „2. Tryb i zasady dostawy sprzętu do odbioru technicznego ustala się następująco:(...) 4) przedstawiciel Zamawiającego dokona kontroli losowo wybranych kompletów Sprzętu w celu weryfikacji ich zgodności z załącznikiem nr 1 do umowy, w tym także dokona sprawdzenia parametrów wydajnościowych oferowanego Sprzętu; 5) z przeprowadzonej kontroli sporządzony zostanie protokół odbioru technicznego, podpisany przez Zamawiającego; 6) w przypadku, kiedy przynajmniej jeden (1) kpi. Sprzętu nie będzie spełniał wymagań technicznych lub wydajnościowych, Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia kolejnych od 2 do 5 kpl.

sprzętu wskazanych przez Zamawiającego, z wykazu o którym mowa w pkt. 1. W przypadku kiedy w wyniku sprawdzenia drugiej partii losowo wybranych kpl. sprzętu przynajmniej jeden (1) kpl. Sprzętu nie będzie spełniał wymagań technicznych lub wydajnościowych Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy.” „2. Tryb i zasady dostawy sprzętu do odbioru technicznego ustala się następująco :(...) 4) przedstawiciel Zamawiającego dokona kontroli losowo wybranych kompletów Sprzętu w celu weryfikacji ich zgodności z załącznikiem nr 1 do umowy, w tym także dokona sprawdzenia parametrów wydajnościowych oferowanego Sprzętu, sprawdzenie sprzętu przeprowadzone zostanie w obecności przedstawiciela Wykonawcy przy zastosowaniu następujących metod, z użyciem następujących narzędzi, udokumentowane w następujący sposób; 5) z przeprowadzonej kontroli sporządzony zostanie protokół odbioru technicznego, podpisany przez Zamawiającego oraz przedstawiciela Wykonawcy albo z przeprowadzonej kontroli sporządzony zostanie protokół odbioru technicznego, podpisany przez Zamawiającego, do którego dołączone zostaną dokumenty wymienione w pkt. 4 potwierdzające sposób badania oraz uzyskany wynik badania.” 6) w przypadku, kiedy przynajmniej jeden (1) kpl. sprzętu nie będzie spełniał wymagań technicznych lub wydajnościowych, udokumentowanych w sposób wskazany w pkt. 4) i 5) Wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia kolejnych 2 kpl. Sprzętu wskazanych przez Zamawiającego, z wykazu o którym mowa w pkt. 1. W przypadku kiedy w wyniku sprawdzenia drugiej partii losowo wybranych kpl. sprzętu przynajmniej jeden (1) kpl. sprzętu nie będzie spełniał wymagań technicznych lub wydajnościowych Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy.” Zamawiający wprowadził do załącznika nr 2 do SIWZ zapisy uprawniające go do weryfikacji technicznej i wydajnościowej Sprzętu pod takim rygorem, iż w przypadku uznania, iż Sprzęt nie będzie spełniał wymagań technicznych lub wydajnościowych, Zamawiający będzie mógł od umowy odstąpić i w konsekwencji naliczyć kary umowne, na podstawie § 12 ust. 2 umowy. Zamawiający przy tym zastrzegł sobie prawo jednostronnego odbioru techniczno - wydajnościowego, bez udziału Wykonawcy i dodatkowo nie popartego obiektywnymi i weryfikowalnymi procedurami kontrolnymi. W rezultacie powyższego Wykonawca pozbawiony zostaje możliwości współudziału w procedurze odbioru techniczno - wydajnościowego, pozbawiony zostaje także możliwości weryfikacji sposobu przeprowadzania tej kontroli i w rezultacie możliwości odniesienia się do wyników uzyskanych badań. Ponadto nie jest ustalona czytelna procedura żądania różnej ilości sprzętu celem jego weryfikacji, co przy zastrzeżeniu, że jeden niesprawny egzemplarz spowoduje ww. skutki może prowadzić do nierównego traktowania Wykonawców oraz nadużywania w sposób niekontrolowany pozycji dominującej w ww. umowie przez Zamawiającego. Powyższe zapisy umowy są rażąco jednostronnie zastrzeżone na korzyść Zamawiającego, który ma pełne i wyłączne uprawnienie kontrolne oraz prawo do odstąpienia od umowy oraz nałożenia bardzo wysokiej kary umownej. Natomiast Wykonawca nie tylko, że

ma żadnych uprawnień, ale zobowiązany zostaje do ponoszenia bardzo wysokiej odpowiedzialności za wyniki badań przeprowadzonych przez inny podmiot, wg nieznanych zasad i procedur. Powyższe uzasadnia i czyni koniecznym wprowadzenie zmian do projektu umowy, zgodnie z propozycją Odwołującego.

Zarzut nr 12 Treść SIWZ załącznika nr 2 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zapis § 5 ust. 7 umowy

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: „7. W przypadku zakończenia produkcji lub wycofania danego sprzętu z produkcji, Wykonawca może dostarczyć Sprzęt będący zamiennikiem Sprzętu wycofanego o parametrach nie gorszych niż sprzęt wycofany, po uprzednim otrzymaniu pisemnej zgody Zamawiającego. Dostawa Sprzętu będącego zamiennikiem odbywać się będzie z zachowaniem zasad określonych w umowie, wg cen Sprzętu wycofanego.” „7. W przypadku zakończenia produkcji lub wycofania zaofertowanego sprzętu z produkcji, Wykonawca może dostarczyć Sprzęt będący zamiennikiem Sprzętu wycofanego o następujących parametrach (Zamawiający wymienia parametry, które będzie poddawał weryfikacji zgodnie z ust. 7 pkt. 3 jw.), nie gorszych niż sprzęt wycofany, na poniższych zasadach: 1. Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu pisemny wniosek z podaniem okoliczności potwierdzających spełnienie ww. przesłanek uzasadniających zmianę umowy wraz z informacją o parametrach sprzętu będącego zamiennikiem, 2. w przypadku zasadnych wątpliwości co do potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę ww. przesłanek uzasadniających zmianę umowy, Zamawiający wskazując Wykonawcy zakres lub przyczynę wątpliwości, może wezwać Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. przesłanek umownych, przy czym w każdym przypadku uznaje się za dowód potwierdzający spełnienie ww. przesłanek oświadczenie producenta sprzętu, iż nastąpiło zakończenie produkcji sprzętu zaofertowanego lub sprzęt zaofertowany został wycofany z produkcji, 3. po wykazaniu przez Wykonawcę spełnienia ww. przesłanek umownych, Zamawiający dokonuje weryfikacji parametrów sprzętu będącego zamiennikiem, przedstawionych przez Wykonawcę wraz z wnioskiem, przy czym Zamawiający uprawniony jest do żądania od Wykonawcy egzemplarza sprzętu zamiennego, w celu weryfikacji parametrów, 4. z przebiegu czynności weryfikacji parametrów sprzętu zamiennego Zamawiający sporządza protokół, przy czym w przypadku stwierdzenia, iż parametry sprzętu zamiennego są gorsze od parametrów sprzętu oferowanego Zamawiający zobowiązany jest podać w protokole: sposób i metody przeprowadzania badania, użyte do tego badania narzędzia oraz uzasadnić każdy z parametrów uznany za gorszy od parametru sprzętu oferowanego, Wykonawca uprawniony jest do uczestniczenia w czynnościach weryfikacji parametrów sprzętu i zostanie o nich zawiadomiony pisemnie z wyprzedzeniem

min. 3 dni roboczych, 5. na podstawie protokołu z przebiegu czynności weryfikacji parametrów: a. potwierdzającego, iż parametry sprzętu zamiennego są nie gorsze niż parametry sprzętu oferowanego (wycofanego) - Zamawiający wyraża zgodę na zmianę umowy w powyższym zakresie, b. nie potwierdzającego, iż parametry sprzętu zamiennego są nie gorsze niż parametry sprzętu oferowanego (wycofanego) - Zamawiający odmawia wyrażenia zgody na zmianę umowy w powyższym zakresie. 6. W przypadku wyrażenia przez Zamawiającego, zgodnie z ppkt. 5 lit. a, dostawa sprzętu będącego zamiennikiem odbywać się będzie z zachowaniem zasad określonych w umowie, wg cen Sprzętu wycofanego, 7. Przez pojęcie: "parametry nie gorsze" strony rozumieją: parametry równoważne parametrom wskazanym w § 5 ust. 7, które zostaną ocenione wg następujących zasad:

(Zamawiający zobowiązany jest doprecyzować wymagania umożliwiające precyzyjną ocenę spełnienia warunku "parametry nie gorsze"). Odwołujący wskazuje na konieczność i zasadność wprowadzenia przedmiotowej zmiany do umowy, bowiem zapis w dotychczasowym brzmieniu nie jest precyzyjny, a ponadto stwarza sytuację, w której Zamawiający – mimo udowodnienia przez Wykonawcę wniewątpliwy sposób, spełnienia warunków umownych dopuszczających zmianę umowy w zakresie dostarczenia zamiennika - może w sposób całkowicie nieuprawniony odmawiać wyrażenia zgody na zmianę umowy bez żadnego uzasadnienia i co więcej bez jakiegokolwiek racjonalnej czy logicznej przesłanki. Twierdzenie powyższe Odwołujący opiera na swoim doświadczeniu jakie nabył na podstawie realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego przez Inspektorat Uzbrojenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr IU/65/C/Y-53/ZO/PN/AE/DOS/Z/2013 na „dostawę stacji roboczych dla resortu obrony narodowej”, która zawiera w swej treści identyczny zapis -także §5 ust. 7 umowy. Mianowicie w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający pomimo: 1. przedłożenia dokumentu - oświadczenia producenta oferowanego sprzętu Hewlett Packard Polska spółka z o. o. w Warszawie wydanego do ww. umowy, iż produkcja stacji roboczej (zaoferowanej) HP Elite 8300 CMT została zakończona, a podjęta została produkcja modelu stacji o oznaczeniu HP EliteDesk 800 G1 TWR, który jest naturalnym zamiennikiem i następcą stacji zaoferowanej, - złożenia wniosku w sprawie zmiany umowy wraz z uzasadnieniem zawierającym oświadczenie o spełnieniu przesłanek z 6 § 5 ust. 7 umowy, - złożenia informacji o parametrach technicznych sprzętu zamiennego w porównaniu do parametrów technicznych wymaganych w SIWZ oraz do zaoferowanej stacji roboczej HP Elite 8300 CMT, - złożenia szeregu dokumentów, wymaganych w SIWZ dla stacji oferowanej na potwierdzenie spełniania wymagań przedmiotowych jak: Raport Weryfikacji Logo Windows, Deklaracja zgodności CE, Energy Star 5.0, Sprawozdanie z badań (raport głośności), wydruk z testów BAPCO SysMark2012, wydruk z raportu EPEAT GOLD, - wykazania, iż sprzęt zamienny jest wyprodukowany w nowej technologii, jest sprzętem wobec tego z istoty rzeczy o parametrach lepszych niż sprzęt oferowany

i spełniającym wszystkie wymagania SIWZ, - potwierdzenia, iż dostarczony zostanie po cenie sprzętu oferowanego, bez jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego lub prawnego (argumentacja: "nie bo nie") odmówił wyrażenia zgody na zmianę umowy w zakresie dostarczenia sprzętu zamiennego, przez co naraził Wykonawcę na szkodę o znacznych rozmiarach, a tym samym Inspektorat Uzbrojenia na odpowiedzialność odszkodowawczą z tego tytułu. W oparciu o swoje doświadczenie w zakresie realizacji (raczej – jak twierdził Odwołujący - braku realizacji z wyłącznej winy Zamawiającego) § 5 ust. 7 umowy nr IU/65/C/V-53/ZO/PN/AE/DOS/Z/2013, której identyczne brzmienie zostało wprowadzone do wzoru umowy w postępowaniu nr ref. IU/236 /V-53/ZO/PN/AE/DOS/SS/2013, Odwołujący uznaje za konieczne i niezbędne dokonanie zmiany do umowy w sposób przedstawiony wyżej, bowiem zapobiegnie to całkowicie dowolnemu postępowaniu Zamawiającego, który jak wykazane zostało w przy realizacji umowy nr IU/65/C/V-53/ZO/PN/AE/DOS/Z/2013, pomimo tego, iż należy do sektora finansów publicznych nie uzasadnia w żaden sposób swoich decyzji, które wywołują negatywny skutek finansowy dla Inspektoratu Uzbrojenia, a co więcej jego decyzje przeczą nie tylko wykładni umowy, celowi prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ale i zwykłemu zdrowemu rozsądkowi i racjonalności działania. W sposób oczywisty zapisy te naruszają równość stron umowy, a ich realizacja w sposób jawny jest i może się stać się w kolejnym postępowaniu podstawą do nadużycia.

Zarzut nr 13 Treść SIWZ załącznika nr 2 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zapis § 8 ust. 23 umowy

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: „W przypadku Sprzętu, dla którego jest wymagany dłuższy czas naprawy, Zamawiający dopuszcza możliwość zainstalowania Sprzętu zamiennego o nie gorszych parametrach funkcjonalnych z zastrzeżeniem, iż termin realizacji naprawy nie może przekroczyć dwudziestu ośmiu (28) dni roboczych od momentu zgłoszenia usterki lub naprawy.” „W przypadku Sprzętu, dla którego jest wymagany dłuższy czas naprawy, Zamawiający dopuszcza możliwość zainstalowania Sprzętu zamiennego o nie gorszych parametrach funkcjonalnych z zastrzeżeniem, iż termin realizacji naprawy nie może przekroczyć dwudziestu ośmiu (28) dni roboczych od momentu zgłoszenia usterki lub naprawy. Przez Sprzęt zamienny o nie gorszych parametrach funkcjonalnych rozumieć należy sprzęt spełniający następujące wymagania minimalne określone w SIWZ: (Zamawiający powinien wymienić te wymagania), które będą sprawdzane w następujący sposób: (Zamawiający powinien wymienić i opisać jasne, czytelne i precyzyjne oraz obiektywnie sprawdzalne zasady oceny i porównywania tych parametrów). Odwołujący wskazuje, iż z natury rzeczy zamienniki sprzętu nie są tożsame z oferowanymi sprzętami, wobec tego część lub większość tych parametrów jest

nieporównywalna. Odwołujący uznaje za zasadne i konieczne wprowadzenie do umowy zapisów, z których będzie wynikało wprost, które parametry podlegają ocenie oraz wprowadzenie jasnych, czytelnych i precyzyjnych oraz obiektywnie sprawdzalnych zasad oceny i porównywania tych parametrów.

Zarzut nr 14 Treść SIWZ załącznika nr 2 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zapis § 10 ust. 2 umowy

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: „2. Termin zapłaty uważa się za zachowany, jeżeli obciążenie rachunku dłużnika nastąpi najpóźniej w ostatnim dniu roboczym terminu zapłaty.” „2. Termin zapłaty uznaje się za zachowany, jeżeli uznanie rachunku wierzyciela nastąpi najpóźniej w ostatnim dniu roboczym terminu płatności.” Zapis §10 ust. 2 umowy stanowi kolejny już zapis jednostronnie zastrzeżony na korzyść Zamawiającego i nie weryfikowalny dla Wykonawcy, który nie ma dostępu do dokumentów potwierdzających dzień obciążenia rachunku Zamawiającego. Ponadto zapłata za wykonaną dostawę stanowi najważniejszy obowiązek Zamawiającego wynikający z umowy, wobec brak uzasadnienia dla zastrzeżenia tego terminu na jego korzyść.

Zarzut nr 15 Treść SIWZ załącznika nr 2 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zapis § 12 ust. 1 i 2 umowy

Odwołujący wnosił o zmianę zapisu w następujący sposób: 1. W przypadku nie dotrzymania przez Wykonawcę terminu wykonania umowy określonego w §3 lub nie dotrzymania przez Wykonawcę terminów określonych w §8 ust. 22, 23 i 26 Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wysokości 0,1% wartości brutto niezrealizowanej w terminie dostawy/usługi, nie więcej jednak niż 20% tej wartości. 2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 20% wartości brutto Umowy lub niezrealizowanej części, gdy Zamawiający odstąpi od Umowy bądź jej części z powodu okoliczności za które odpowiada Wykonawca. „ 1. W przypadku nie dotrzymania przez Wykonawcę terminu wykonania umowy (...) Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wysokości 0,01% wartości brutto niezrealizowanej w terminie dostawy/usługi, nie więcej jednak niż 5% tej wartości. 2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 5% wartości brutto Umowy lub niezrealizowanej części, gdy Zamawiający odstąpi od umowy bądź jej części z powodu okoliczności za które wyłącznie odpowiada Wykonawca. Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 5% wartości brutto Umowy w przypadku gdy Wykonawca odstąpi od umowy bądź jej części z powodu okoliczności za które wyłącznie odpowiada Zamawiający, w tym za bezzasadną odmowę wyrażenia zgody na dostarczenie sprzętu

zamiennego, na zasadach określonych w § 5 ust. 7 umowy.” Zapis § 12 ust. 2 umowy stanowi kolejny już zapis jednostronnie zastrzeżony na korzyść Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, iż dla stworzenia równości stron umowy konieczna jest zmiana tego zapisu umowy i wprowadzenie dodatkowego zapisu, przewidującego możliwość naliczenia kar umownych także przez Wykonawcę w przypadku bezzasadnej odmowy wyrażenia zgody na dostarczenie sprzętu zamiennego. W dotychczasowej wersji umowy kary zostały zastrzeżone wyłącznie na rzecz Zamawiającego, Wykonawca nie jest zabezpieczony karami umownymi w żaden sposób. Powyższe świadczy o nierówności stron umowy. Ponadto Wykonawca zarzuca, iż zastrzeżona kara umowna jest rażąco za wysoka i służyć ma jedynie wzbogaceniu Zamawiającego.

Zarzut nr 16 Treść SIWZ załącznika nr 2 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zapis § 12 ust. 4 umowy

Odwołujący wnosil o zmianę zapisu w następujący sposób: „2. Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na potrącenie, w rozumieniu art. 498 i 499 Kodeksu cywilnego, powstałych należności z tytułu kar umownych, o których mowa w ust. 1 i 2 z przysługujących mu należności i/lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednocześnie wykonawca oświadcza, że powyższe nie jest obciążone jakąkolwiek wadą oświadczenia woli skutkującą jej nieważnością.” Zapis podlega wykreśleniu. Odwołujący wskazuje, iż do umowy zastosowanie ma kodeks cywilny, w tym art. 498 i 499 kc. Do potrącenia nie jest wymagana zgoda drugiej strony, bowiem oświadczenie o potrąceniu stanowi jednostronną czynność prawną, a nie umowę. W takiej sytuacji prawnej narzucanie Wykonawcy aby a priori wyraził zgodę na potrącenie kar umownych z przysługujących mu należności oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi jawne nadużycie pozycji dominującej w tym postępowaniu i stanowi kolejny dowód na nierówność stron umowy. Odwołujący zasadnie wskazuje na koniecznej wykreślenia ww. zapisu.

Zarzut nr 17 Treść SIWZ załącznika nr 2 do SIWZ „Istotne postanowienia umowy” zapis § 13 ust. 1 i 2 umowy

Odwołujący wnosil o zmianę zapisu w następujący sposób: „1. W przypadku zwłoki w wykonaniu umowy w terminie, o którym mowa w §3, Zamawiający może odstąpić od umowy (lub jej niewykonanej części) i naliczyć odpowiednio karę umowną, o której mowa w §12 ust. 2. W takim przypadku nie nalicza się kary, o której mowa w §12 ust. 1. 2. Jeżeli zwłoka w wykonaniu umowy w terminie, o którym mowa w §3, wyniesienie co najmniej 30 dni lub Zamawiający stwierdzi w dostarczonych wyrobach wady prawne, Zamawiający może odstąpić od umowy (lub jej niewykonanej części) w każdym czasie bez wyznaczania

dodatkowego terminu i obciążyć Wykonawcę karą umowną, o której mowa w §12 ust. 2. 3. Zamawiającemu przysługuje prawo jednostronnego odstąpienia od Umowy bądź jej części w przypadku niewywiązania się wykonawcy ze zobowiązań, o których mowa w §8 ust. 22,23,26 bez wyznaczania dodatkowego terminu i naliczyć odpowiednio karę umowną, o której mowa w § 12 ust. 2. Brak zapisu „ 1. Zapis do usunięcia z umowy. 2. Jeżeli zwłoka w wykonaniu umowy w terminie, o którym mowa w §3 , wyniesienie co najmniej 30 dni lub Zamawiający stwierdzi w dostarczonych wyrobach wady prawne, Zamawiający może odstąpić od umowy (lub jej niewykonanej części) w każdym czasie bez wyznaczania dodatkowego terminu i obciążyć Wykonawcę karą umowną, o której mowa w §12 ust. 2. 3. Zamawiającemu przysługuje prawo jednostronnego odstąpienia od Umowy bądź jej części w przypadku niewywiązania się wykonawcy ze zobowiązań, o których mowa w §8 ust. 22,23,26 bez wyznaczania dodatkowego terminu i naliczyć odpowiednio karę umowną, o której mowa w §12 ust. 2. Zapis podlega wprowadzeniu do umowy : „8. Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku bezzasadnej odmowy wyrażenia zgody, o której mowa w §5 ust. 7 umowy. Zapis ust. 6 stosuje się.” Wykonawca zwraca się o wprowadzenie do umowy zapisu, pozwalającego Wykonawcy na odstąpienie od umowy w przypadku gdy Zamawiający bezzasadnie odmówi wyrażenia zgody, o której mowa w §5 ust. 7 umowy. Ponadto Wykonawca zarzuca, iż Zamawiający dubluje zapisy dotyczące naliczania kar umownych (wprowadza je dodatkowo w §13 dot. odstąpienia od umowy) oraz wprowadza zapis (§13 ust. 1 i 2), które pozwalają Zamawiającemu na dowolny wybór terminu odstąpienia od umowy oraz naliczenia kary umownej.

Powyższe zarzuty potwierdzają zdaniem Odwołującego przywołane w petitum odwołania naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych. 1. W zakresie zakwestionowanych parametrów Zamawiający podnosi, iż zostały one sformułowane pod konkretnego producenta. Powyższe dotyczy zbiegu parametrów wskazanych w zarzutach nr 4 -9, w połączeniu chociażby z podstawowymi w tej klasie sprzętu wymaganiami wydajnościowymi oraz wielkością matrycy, których spełnienie może wykazać wyłącznie jeden producent. Tymczasem każde odstępstwo od zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, poprzez formułowanie warunków niezasadnych i nadmiernych, niemożliwych do osiągnięcia przez potencjalnych wykonawców należy uznać za działania niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych. Wymogi określone przez Zamawiającego zostały określone w sposób nadmierny i grożący dyskryminacją potencjalnych producentów i niezasadnym faworyzowaniem jednego producenta spełniającego wymogi Zamawiającego. Oczywistym jest, że preferowanie jednego z dostępnych na rynku producentów określonego sprzętu, a z drugiej strony ograniczanie dostępu do rynku innemu producentowi wskazuje na naruszenie

podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. równego traktowania i uczciwej konkurencji. Przedmiot opisany przez Zamawiającego wskazuje na konkretny produkt, możliwy do zidentyfikowania, mimo braku powołania się wprost na nazwę producenta (takie postępowanie także uznano za zachowanie naruszające uczciwa konkurencję w Wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/O-725, wyroku KIO. z dnia 7 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1188/09). Reasumując, zdaniem Odwołującego, sposób opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji poprzez określenie wymagań technicznych charakterystycznych tylko dla jednego producenta. W przeprowadzonych kontrolach UZP w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na sprzęt komputerowy Krajowa Izba Odwoławcza i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wiele razy wypowiedali się co do sposobów i granic opisywania przedmiotów zamówienia w kontekście nienaruszania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców m.in. w uchwale KIO z dnia 17 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 12/10, uchwale KIO z dnia 6 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 10/09, uchwale KIO z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 107/10. Skutkiem przeprowadzonych kontroli była rekomendacja UZP pt. "Udzielanie zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych", z której wynika wprost, że ryzykowne jest z punktu zachowania zasady uczciwej konkurencji umieszczanie w SIWZ tzw. „dyskryminującego zbiegu wymagań”, czyli wymagań rzadko spotykanych rozwiązań, czy konstrukcji, które same w sobie mogą potencjalnie nie ograniczać konkurencji, ale w połączeniu z innymi już znacząco ją ograniczają. Do takiego naruszenia doszło zdaniem Odwołującego w przypadku nin. postępowania, ponieważ Zamawiający godząc się na wprowadzenie kilku parametrów sprzętu komputerowego charakterystycznych tylko dla jednego producenta rażąco ograniczył konkurencję tylko do tego jednego producenta, w sytuacji kiedy na rynku istnieje kilku producentów mogących dostarczyć Zamawiającemu sprzęt spełniający jego potrzeby. Z dyskryminacją pośrednią mamy do czynienia w sytuacji kiedy w opisie przedmiotu zamówienia: posłużono się parametrami wskazującymi na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt lub określono wymagania na tyle rygorystycznie, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców do podmiotów mogących zaoferować urządzenie tylko jednego producenta (stanowisko takie popiera Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 984/08, wyroku z dnia 6 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 634/10, wyroku z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 277/10). W niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów stosując obydwie formy dyskryminacji pośredniej. 2. Odwołujący podnosi, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za

wystarczające dla uznania zasadności zarzutu”, (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r.. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji powyższego ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11). Zakwestionowane zapisy umowy naruszają powołane wyżej przepisy i stanowią przepisy rażąco jednostronnie zastrzeżone na korzyść Zamawiającego, który może w oparciu o nie niweczyć wolę stron oraz zamierzony cel umowy.

W odpowiedzi na pytanie zadane przez skład orzekający, czy Zamawiający zamierza złożyć pisemną odpowiedź na odwołanie, Zamawiający wskazał, że przedłożone Izbie pisma z 31 października i 4 listopada 2013 r. (stanowiące odpowiedzi na zadane pytania do SIWZ, które pokrywały się treścią z zarzutami podniesionymi w odwołaniu) w istocie stanowią odpowiedź na odwołanie i ustosunkowanie się Zamawiającego do zarzutów.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Techelon Sp. z o.o. w Warszawie, a po stronie Odwołującego Maxto Sp. z o.o. S.K.A. w Krakowie. NTTSystem SA w Warszawie zgłosiła przystąpienie po terminie, tylko faksem, zatem nie stała się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, postanowienia SIWZ zostały określone w sposób sprzeczny z Prawa zamówień publicznych, a Odwołujący w takiej sytuacji nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty w postępowaniu.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w pismach z dnia z 31 października i 4 listopada 2013 r. (kopie w aktach sprawy) ustosunkował się do pytań zadanych przez Odwołującego do SIWZ. Zadane uprzednio pytania do SIWZ pokrywały się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. W ocenie Izby nie ma przeszkód, aby stanowisko Zamawiającego wyrażone w przedmiotowych pismach uznać za stanowisko zajmowane w niniejszym postępowaniu odwoławczym – skoro stanowią one ustosunkowanie się do zarzutów, są w istocie odpowiedzią na odwołanie. Izba doszła do wniosku, że Zamawiający część zarzutów odwołania uwzględnił (pisma w pewnym zakresie modyfikują postanowienia SIWZ w sposób zgodny z oczekiwaniami Odwołującego, co sam Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał). Zdaniem Odwołującego i Przystępującego po jego stronie nie mogło to mieć jednak wpływu na rozstrzygnięcie niniejszego odwołania. Izba jednak uznała, że skoro Zamawiający przyznał rację Odwołującemu (w odniesieniu do niektórych zarzutów), i zgodnie z jego intencją zmodyfikował część postanowień SIWZ, to w tym zakresie nie ma sporu pomiędzy Stronami, a rozpatrywanie zarzutów jest bezprzedmiotowe. Powyższe stwierdzenie dotyczy zarzutów: pierwszego (wykreślono testowanie oferowanego sprzętu), piątego (Zamawiający uwzględnił zarzut i żądanie w nawet szerszym zakresie niż oczekiwał Odwołujący, dopisując wsparcie dla „UVD”), szóstego (Zamawiający uwzględnił zarzut, modyfikując zakres danych koniecznych do odczytania), dziesiątego i jedenastego (Zamawiający wykreślił postanowienia dotyczące odbiorów technicznych – nie będą one przeprowadzane) oraz czternastego (określenie terminów, po zmianach, jest zgodne z przepisami).

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że nie mogą one doprowadzić do uwzględnienia odwołania, bowiem kwestionowane w nich postanowienia SIWZ (bądź załączonego do niej projektu umowy) nie są niezgodne z Prawem zamówień publicznych. Nie można odmówić racji Odwołującemu, kiedy przedstawia on ogólne rozważania dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez takie określenie przedmiotu zamówienia, które preferuje określonego wykonawcę bądź w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia ogranicza krąg wykonawców, jednak w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Izba w SIWZ i w projekcie umowy nie stwierdziła.

Odnosnie zarzutu drugiego i trzeciego, dotyczącego portów USB i bluetooth, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby istniały jakieś inne standardy, niż wskazane przez Zamawiającego. Nie ma znaczenia, że Zamawiający przywołał stosowne standardy dopiero w odpowiedzi na pytania, i że są one obszerne. W ocenie Izby właśnie zaspokojenie żądania Odwołującego - który domagał się wskazania w SIWZ określonych parametrów, niektórych z zakresu objętych standardem – mogłoby prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji

(rodziłoby to pytania, dlaczego wybrano ze standardu określone parametry, które należy spełnić). Faktycznie rację ma Odwołujący, że opis przedmiotu zamówienia powinien być zawarty w SIWZ, jednak jeżeli przedmiot zamówienia ma być wykonany według określonej normy (czy standardu), wystarczy jej przywołanie. W tym przypadku Odwołujący nie podnosił, że są jakieś inne standardy dotyczące portów USB i bluetooth, które mogłyby prowadzić do wątpliwości przy ocenie ofert. Nie ma znaczenia, że w innym postępowaniu Zamawiający powziął wątpliwości co do spełnienia przez Odwołującego konkretnego parametru objętego standardem i w tym zakresie prowadził postępowanie wyjaśniające – nie można Zamawiającemu odmówić prawa wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści oferty, a Odwołujący sam przyznał do protokołu, że postępowanie wyjaśniające potwierdziło, że jego oferta jest zgodna z SIWZ.

Odnośnie zarzutu czwartego, dotyczącego oświetlenia klawiatury, w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że proponowane przez niego rozwiązanie – oświetlenie klawiatury od góry, jest równoważne z rozwiązaniem oczekiwanym przez Zamawiającego, tj. z podświetleniem samej klawiatury. Mimo że oba rozwiązania prowadzą do tej samej funkcjonalności – tj. ułatwiają wprowadzanie tekstu w ciemności – nie można ich uznać w ocenie Izby za równie wygodne: oświetlenie górne klawiatury musi powodować rzucanie cienia na klawisze przez palce osoby piszącej, a dodatkowo jest źródłem światła, mogącym utrudniać dyskretne korzystanie z komputera (Zamawiający twierdził, że na tym aspekcie szczególnie mu zależy). Zresztą Odwołujący nie zademonstrował, jak w praktyce wygląda proponowane przez niego oświetlenie klawiatury, dlatego nie można było w pełni porównać obu rozwiązań, Izba mogła się opierać jedynie na opisie ustnym Odwołującego – i uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby górne oświetlenie klawiatury mogło być stosowane zamiennie z podświetleniem klawiatury w każdych okolicznościach.

Odnośnie zarzutu siódmego, dotyczącego modułu zarządzania informacją, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby proponowane przez niego rozwiązania były równoważne do oczekiwanych przez Zamawiającego, a jednocześnie nie podważył potrzeb Zamawiającego w kontekście ewentualnego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odnośnie zarzutu ósmego, dotyczącego funkcji TurboBoost, w zasadzie poza sprecyzowaniem żądania, Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, a jedynie twierdził, że jest to funkcja niepotrzebna Zamawiającemu. Wobec tak lakonicznej argumentacji, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał swoich racji. Zdaniem składu orzekającego, potrzeby Zamawiającego mogą być kwestionowane tylko w kontekście

ewentualnego naruszenia uczciwej konkurencji, a w zakresie przedmiotowego zarzutu Odwołujący nie podjął żadnych kroków w celu wykazania takiej okoliczności.

Odnośnie zarzutu dziewiątego, dotyczącego w istocie zagadnienia, czy Zamawiający ma prawo wyboru określonego sposobu ładowania baterii – tj. czy ma się to odbywać z ingerencją użytkownika, czy bez jego ingerencji – Izba uznała, że Zamawiający ma prawo do wyboru w tym względzie, a Odwołujący nie wykazał tożsamości obu rozwiązań.

Odnośnie zarzutu dwunastego, w którym Odwołujący kwestionował sposób doboru zamienników oferowanego sprzętu – w ocenie Izby stał on się bezprzedmiotowy, bowiem Zamawiający zrezygnował z doboru zamienników. W ocenie Izby miał do tego prawo i Izba nie znajduje podstaw do stwierdzenia w tym zakresie niezgodności decyzji Zamawiającego z Prawem zamówień publicznych. Odwołujący na rozprawie wyrażał obawy, że brak możliwości doboru zamienników po zaprzestaniu produkcji sprzętu oferowanego w ofercie doprowadzi do naliczenia kar umownych – jednak w ocenie Izby są to obawy nieuzasadnione, bowiem zaprzestanie produkcji sprzętu nie jest winą Odwołującego.

Odnośnie zarzutów piętnastego, szesnastego i siedemnastego, dotyczących kar umownych, Izba nie dopatrzyła się w postanowieniach projektu umowy takich zapisów, które byłyby niegodne z prawem zamówień publicznych. Umowa o zamówienie publiczne nie musi być w pełni „symetryczna” pod względem kar umownych – Zamawiający musi przestrzegać przepisów dotyczących finansów publicznych, pełna równowaga stron umowy nie jest możliwa. Izba nie dopatrzyła się w kwestionowanych odwołaniem, przewidywanych przez Zamawiającego karach umownych takiego działania, które prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców czyli do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, dlatego nie można w tychże postanowieniach stwierdzić naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło wskazywanych przez Odwołującego naruszeń Prawa zamówień publicznych. O ile można byłoby rozważyć ewentualne naruszenia Prawa zamówień publicznych naruszenia w pierwotnej treści SIWZ, to na dzień rozprawy naruszenia te zostały przez Zamawiającego naprawione, zatem w ocenie Izby naruszenia nie mogą być one powodem uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

W konsekwencji orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....