

WYROK

z dnia 30 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2013 r. przez wykonawcę

Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów

w postępowaniu prowadzonym przez

**Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofa w Białymstoku
ul. J. Waszyngtona 17, 15-274 Białystok**

przy udziale wykonawców:

A. Surfland Systemy Komputerowe S.A. ul. Braniborska 44-52, 53-680 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. ul. Do Dysa 9, 20-149 Lublin zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Uniwersyteckiemu Dziecięcemu Szpitalowi Klinicznemu im. L. Zamenhofa w Białymstoku unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,**

2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofa w Białymstoku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Poland S.A. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Uniwersyteckiego Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. L. Zamenhofa w Białymstoku rzecz Asseco Poland S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytecki Dziecięcy Szpital Kliniczny im. L. Zamenhofa w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wdrożenie nowoczesnego systemu e-zdrowie do obsługi pacjenta w UDSK przy wykorzystaniu innowacyjnych technologii informacyjno – komunikacyjnych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 października 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 210-363819.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Asseco Poland S.A. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po dokonanych modyfikacjach z 29 listopada 2013 r. zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 186 ust. 2, art. 25 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez żądanie w treści załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentu w postaci oświadczenia producenta lub innego równoważnego dokumentu o źródle pochodzenia urządzeń oraz objęcia ich gwarancją producenta świadczoną na miejscu instalacji urządzeń (dotyczy serwerów, macierzy dyskowej, biblioteki taśmowej), zbędnego do przeprowadzenia postępowania, którego żądanie utrudnia uczciwą konkurencję i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców,
2. art. 7 ust. 1, art. 186 ust. 2, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez żądanie w treści załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia posiadania przez podmiot trzeci (firmę serwisującą), świadczącą usługi serwisowe, certyfikatu ISO 9001:2000 oraz autoryzacji producenta, a także poprzez wymóg załączenia tych dokumentów do oferty (dotyczy serwerów, obudów blade, macierzy, modułów sieci komputerowych, przełączników sieci komputerowej, terminali komputerowych, monitorów LCD),
3. (29.) art. 7 ust. 1, art. 186 ust. 2, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie w odniesieniu do komponentu „pamięć RAM” wymagania: „płyta główna musi obsługiwać minimum 600GB pamięci RAM, na płycie głównej powinno znajdować się minimum 24 sloty przeznaczonych dla pamięci” – zarzut dotyczy: serwer typu

blade do uruchomienia systemu Cloud wraz z instalacją – pkt 13 załącznika nr 2 oraz serwer typu blade do zarządzania wraz z instalacją – pkt 14 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. (34.) art. 7 ust. 1, art. 186 ust. 2, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie w odniesieniu do komponentu „ilość serwerów” wymagania „zamawiający wymaga dostarczenia rozwiązania opartego o obudowy blade, pozwalającego na instalację minimum 30 szt. fizycznych serwerów dostępnych w aktualnej ofercie producenta obudowy, zamiennie z oferowanymi serwerami Blade. Wszystkie obudowy muszą posiadać identyczną konfigurację” – zarzut dotyczy: obudowa blade 1 szt. – pkt 15 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. co do zarzutu nr 1 i 2 – usunięcie kwestionowanego dokumentu,
2. co do zarzutu nr 3 (29) – usunięcie kwestionowanego wymagania albo dopuszczenie rozwiązania „płyta główna musi obsługiwać minimum 512GB pamięci RAM, a na płycie głównej powinno znajdować się minimum 16 slotów przeznaczonych dla pamięci”,
3. co do zarzutu nr 4 (34) – usunięcie kwestionowanego wymagania albo dopuszczenie rozwiązania opartego o obudowę blade, pozwalającego na instalację minimum 16 szt. fizycznych serwerów dostępnych w aktualnej ofercie producenta obudowy, zamiennie z oferowanymi serwerami blade.

W trakcie rozprawy – ze względu na upływ terminu składania ofert i niemożność zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł również 32 inne zarzuty w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zamawiający wskazał, iż częściowo zostały one zgłoszone z uchybieniem terminu na wniesienie odwołania; odwołujący wycofał te zarzuty).

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający uwzględnił w całości uprzednio złożone przez odwołującego odwołanie, którego zarzuty pokrywały się z zarzutami niniejszego odwołania. Jednak dokonane przez zamawiającego modyfikacje specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie doprowadziły do usunięcia nieprawidłowości, stąd zamawiający naruszył art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia odwołania zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zdaniem odwołującego sformułowane w przedmiotowym postępowaniu wymagania w zakresie realizacji zamówienia w części obejmującej dostawę sprzętu oraz licencji na oprogramowanie w sposób rażąco naruszają podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Opis przedmiotu zamówienia preferuje produkty konkretnego producenta, co

proceeds to placing in a privileged situation of those contractors, who offer the execution of the order by using the products of that company, and moreover describes the subject of the order, preferring those contractors, whose partner in the realization of the order is the company Dell. The appellant, who would like to refuse the realization of the subject of the order on other products than those preferred by the purchaser, finds himself in an incomparably worse situation. The requirements in the area of offering the products of the company Dell, which the purchaser reinforces through requirements regarding the request for documents originating from the manufacturer of the equipment and requirements related to the necessity of ensuring the provision of service services exclusively through the authorized service of the manufacturer of the equipment.

The analysis of requirements in relation to the equipment, to which the requirements were formulated, leads to the conclusion, that through the connection of the specified requirements exclusively to specific products, of one manufacturer, these requirements are fulfilled by the products of the company Dell.

The subject of the order is the construction of an information system, the basic element of which is the execution of expected applications. Although the ordered equipment is secondary, only access to it opens the contractor the way to the execution of the order.

In the subject matter of the proceedings we have to deal with a situation, in which exclusively the contractor offering the products of Dell finds himself in a privileged situation, because the description of the subject of the order was prepared in a way characteristic for the products of Dell. The contractor, who wants to offer the products of other companies, would have to offer products of a higher class, completely non-competitive in relation to the products of Dell. The purchaser does not formulate functional requirements, but technical and quality requirements.

The grounds for appeal are based on the violation of art. 29 para. 2 in conjunction with art. 7 para. 1 of the Public Procurement Act. The violation of art. 29 para. 2 can be realized in a direct and indirect way. As a violation of art. 29 para. 2 of the Public Procurement Act, it is sufficient to establish a probability of a violation of competition.

The requirements in the area of the ordered equipment, which are the subject of the appeal, are excessive, unjustified in the light of the objective needs of the purchaser, and as a result of these requirements, a situation arises, in which the products of other contractors than Dell are non-competitive.

The act of taking into account the previous appeal and the change of specifications was purely cosmetic, because it was still possible to submit an offer only for the products of the company Dell, which confirms the fact, that in the deadline for submitting offers, which expired on 23 December 2013, only one offer was submitted – by CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o.

The requirement indicated in paragraph 3. (29.) is fulfilled only by the Dell Power Edge M620 server. The next parameter below the required 768 GB is 512 GB, which does not have 600 GB or intermediate, so, although in the previous appeal the appellant did not

napisał, że zmiana powinna doprowadzić do zmiany na 512 GB, jest to oczywiste. W niniejszym zamówieniu zamawiający wymaga dostarczenia jedynie 96 GB pamięci.

Również zmiana wymagań co do obudowy, w której zmieści się 32 czy 30 sztuk serwerów, jest zmianą pozorną, ponieważ nie istnieją obudowy na 30 sztuk, lecz 8, 16 lub 32 sztuki. Obudowy na 32 sztuki produkuje jedynie Dell, pozostali producenci produkują obudowy na 16 sztuk. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania dwóch obudów po 16 sztuk, jednak znacznie podnosi to koszty oferty, przy czym jest to wymaganie nieuzasadnione, ponieważ zamawiający zamawia jedynie 7 sztuk serwerów, zatem pozostawia miejsce na 23 serwery. Wymagania zawarte w punktach 13. i 14. załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazują, że można zaoferować serwery Dell Power Edge M620 lub M420. Zwraca uwagę, iż w obudowie Dell nie zmieszczą się 32 serwery M620, jedynie standardowo 16, natomiast w wymaganiu w punkcie 15. zamawiający wskazał na 32 serwery, ale nie oferowane w niniejszym postępowaniu, tylko będące w aktualnej ofercie producenta obudowy, czyli dotyczyć to będzie serwera M420. Wymóg zmieszczenia 32 czy 30 serwerów spełnia obudowa Dell Leverages M1000E.

Odwołujący nie złożył oferty, ponieważ nie mógł. Podobnie nie złożyli ofert też inni wykonawcy.

Odwołujący wskazał, iż chciał złożyć ofertę na produkty firmy Dell, zwrócił się do tej firmy z prośbą o złożenie oferty, lecz firma ta nie odpowiedziała na jego zapytania. Także z korespondencji z firmą Simple S.A. wynika, iż Dell odpowiedział wprost, że nie złoży takiej oferty (korespondencję tę spółka Simple przedłożyła przystępując do odwołania KIO 2618/13). Z tego wynika, iż tylko jeden wykonawca mógł złożyć ofertę, ponieważ zamawiający *de facto* ograniczył dostęp do zamówienia nie tylko ze względu na konieczność zaoferowania danego przedmiotu (urządzeń firmy Dell), ale też dostęp bezpośrednio wykonawcy, ponieważ ofertę mogła złożyć tylko spółka, która otrzymała ofertę od firmy Dell. Z tego też powodu odwołujący zaskarżył wymagane przez zamawiającego dokumenty (zarzut 1. i 2.), ponieważ ich przedłożenie uzależnione jest bezpośrednio od woli producenta – spółki Dell.

Zasadniczo sprzęt produkcji Dell mógłby być ściągnięty z innego kraju Unii. Jednak wobec braku oferty firmy Dell Polska nie mógł złożyć oferty na produkty firmy Dell z innego kraju, ponieważ nie mógłby przedstawić dokumentu o pochodzeniu urządzeń z kanału dystrybucyjnego w Polsce (wymóg lit. b na str. 1 zał. nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż odwołujący sam przyznał, że mógł złożyć ofertę dając sprzęt o wyższej klasie, jednak, zdaniem

zamawiającego, tego nie zrobił, oczekując wyższych zysków. Odwołujący nie ma podstaw, by komentować zamiary zamawiającego.

Co do zarzutu 3. (29.) stwierdził, iż postawiony warunek spełnia minimum czterech producentów. Zamawiający w niniejszym postępowaniu zamierza zakupić 35 sztuk urządzeń typu *thin client*, które korzystają bezpośrednio z zasobów serwera. Jeśli się sprawdzą, zamawiający zastosuje więcej urządzeń tego typu – obecnie w szpitalu pracuje około 400 komputerów.

Co do zarzutu 4. (34.) zamawiający dopuścił większą ilość obudów niż jedną, warunek spełnia minimum czterech producentów: Fujitsu, HP, Huawei, Dell.

Co do zarzutów dotyczących dokumentów, zamawiający chciał się zabezpieczyć przed nielegalnymi kanałami dystrybucji, jak też oferowaniem urządzeń z odzysku.

Co do certyfikatu ISO chciał, aby serwis był najwyższej jakości, gdyż nie może dopuścić do przestoju pracy szpitala.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Rozstrzygając na wstępie zarzut dotyczący naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych co do wskazanych powyżej czterech punktów, Izba stwierdziła naruszenie tego przepisu w stosunku do zarzutu 2. dotyczącego wymogu posiadania przez firmę serwisującą, świadczącą usługi serwisowe, certyfikatu ISO 9001:2000 oraz autoryzacji producenta, a także poprzez wymóg załączenia tych dokumentów do oferty, który to wymóg zamawiający zobowiązał się usunąć uwzględniając odwołanie. Tymczasem zamawiający jedynie wymóg też przeredagował, pozostawiając go w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zasadzie w niezmiennym zakresie. Jakkolwiek sam wymóg, w oderwaniu od zarzutu dotyczącego tego, iż *de facto* chodzi tu o jednego producenta – firmę Dell, byłby co do zasady dopuszczalny.

Podobnie w przypadku wymogu, co do którego odwołujący zgłosił zastrzeżenia w punkcie 1. i który, sam w sobie niewinny, byłby akceptowalny, gdyby w konsekwencji nie prowadził do

uzależnienia wykonawców od firmy Dell Polska. Trudno przy tym w tym miejscu określić, jaki dokument zamawiający uznałby za równoważny w stosunku do oświadczenia producenta – oświadczenie samego wykonawcy?

Co do wymogów wskazanych w punktach 3. i 4. powyżej – również w tym przypadku trudno stwierdzić naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający bowiem zobowiązał się zmienić pierwotną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia – i ją zmienił – ale w braku konkretnych żądań odwołującego (oprócz usunięcia odpowiednio wielkości 768 GB i 32 fizycznych serwerów i opisanie „zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych”) nie da się wskazać, do czego konkretnie zamawiający był zobowiązany w ramach uwzględnienia odwołania.

Co zaś do zarzutu głównego, czyli naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, izba stwierdziła, co następuje.

Jak wynika z treści odwołania, odwołujący zawarł w nim 36 punktów odnoszących się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przywołując jej poszczególne postanowienia, które, jego zdaniem, wskazują na konieczność zaoferowania urządzeń firmy Dell lub też – jak w przypadku zarzutów dotyczących dokumentów – uzależniają złożenie oferty przez wykonawców od złożenia stosownych oświadczeń przez spółkę Dell Polska.

Należy jednak zwrócić uwagę, iż jakkolwiek odwołujący w owym odwołaniu wskazał 36 punktów, jego zarzut właściwie jest jeden – specyfikacja istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) została przygotowana „pod produkty” firmy Dell. Jednoznacznie wskazuje na to zwłaszcza uzasadnienie odwołania, jak też argumentacja przedstawiona podczas rozprawy.

Tym samym zasadniczo nie ma znaczenia, czy odwołujący podtrzymał wszystkie punkty odwołania, gdyż nie wycofał zarzutu głównego, tj. przygotowania opisu przedmiotu zamówienia z kardynalnym naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, a więc zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wskazanie produktów konkretnej firmy, co w konsekwencji uniemożliwiło mu złożenie oferty.

Naruszenie tej zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 i powtórzonej w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest rażącym naruszeniem przez zamawiającego przepisów prawa. Co więcej, choć już samo nieuzasadnione wskazanie produktów jednego producenta jest nieprawidłowe, odwołujący wskazał na jeszcze jedną okoliczność, która w żaden sposób nie może zostać zaakceptowana przez Izbę – otóż odwołujący oświadczył (jak też powołał się na podobne oświadczenie spółki Simple S.A.), iż spółka Dell Polska odmówiła tym wykonawcom złożenia oferty na swoje produkty. A z braku innych niż CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. ofert można wnioskować, że sytuacja ta dotyczyła nie tylko tych podmiotów.

Jak wskazał bowiem odwołujący, to nie sam fakt, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia preferując produkty Dell był znaczący dla postępowania – jako że przedmiotem zamówienia jest budowa systemu, wielu wykonawców mogło złożyć oferty nawet w oparciu o komponenty firmy Dell. Jednak ze względu na odmowę przez spółkę Dell Polska współpracy, wpłynęła tylko jedna oferta.

Należy tu zwrócić uwagę, iż z uwagi na przedmiot zamówienia – budowę systemu informatycznego – oraz liczbę działających na tym rynku przedsiębiorców, należało się spodziewać co najmniej kilku ofert. Tymczasem w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta – przez firmę CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., zresztą właśnie w oparciu o produkty firmy Dell.

Zdaniem Izby ta sytuacja faktyczna na tyle uprawdopodobnia twierdzenia odwołującego, iż pomimo jedynie częściowych przedstawionych przez niego dowodów, Izba postanowiła dać wiarę oświadczeniu odwołującego, iż takie postępowanie spółki Dell Polska miało miejsce.

Słusznie podkreślił też odwołujący, iż art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazuje nie tylko na wyraźnie stwierdzone, ale już na samo potencjalne naruszenie uczciwej konkurencji.

Ze względu na zastosowaną przez zamawiającego, niestety błędną, strategię otwarcia ofert (a właściwie jedynej złożonej oferty) na dzień roboczy przed terminem rozprawy, niemożliwe jest nakazanie zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia i naprawienia zaistniałych w niej błędów, zatem Izba zmuszona została nakazać zamawiającemu unieważnienie postępowania.

Według Izby zaistniała sytuacja wypełnia przesłanki wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. postępowanie obciążone jest wadą niemożliwą do usunięcia na obecnym etapie, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (po upływie terminu składania ofert zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niemożliwa).

Zgodnie z art. 146 ust. 6 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub jej zaniechania z naruszeniem przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem Izby przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób, który doprowadził do złożenia wyłącznie jednej oferty, można uznać za czynność mającą wpływ na wynik postępowania.

Na marginesie warto też zwrócić zamawiającemu uwagę na okoliczność, którą w swoich działaniach pominął, a mianowicie, iż w przypadku środków unijnych, stwierdzenie takiego

typu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jakie podniósł odwołujący, może powodować poważną korektę otrzymanych środków finansowych, czyli konieczność zwrotu otrzymanych funduszy unijnych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: