

Sygn. akt: KIO/UZP 576/09

WYROK
z dnia 19 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Luiza Łamejko**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Makronet Sp. z o. o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet im. A. Mickiewicza, 61-712 Poznań, ul. Wieniawskiego 1** protestu z dnia 8 kwietnia 2009r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wynikającym z uzasadnienia orzeczenia.

2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet im. A. Mickiewicza, 61-712 Poznań, ul. Wieniawskiego 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Makronet Sp. z o. o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **6 404 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy czterysta cztery złote zero groszy) przez **Uniwersytet im. A. Mickiewicza, 61-712 Poznań, ul. Wieniawskiego 1** na rzecz **Makronet Sp. z o. o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Makronet Sp. z o. o., 02-925 Warszawa, ul. Okrężna 56.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „sukcesywną dostawę 1000 zestawów komputerowych z systemem operacyjnym, z prawem opcji, postępowanie nr 907/PN/01/09”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 marca 2009 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2009/S 59-084527.

W dniu 8 kwietnia Odwołujący się wniósł protest wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), dalej ustawa Pzp: art. 7 ust. 1, art. 27 ust. 3, art. 36 ust. 5, art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 140 ust. 1 w zw. art. 144 ust.1, art. 142 ust. 1 i wnosząc o dostosowanie postanowień SIWZ do treści obowiązujących przepisów ustawy Pzp poprzez: wyeliminowanie wszystkich nieprecyzyjnych zapisów SIWZ, zmianę zapisów SIWZ poprzez takie określenie przedmiotu zamówienia, aby możliwe było złożenie ważnej oferty, nie opartej na produktach firmy Dell, dopuszczenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, dopuszczenie przesyłania zapytań do SIWZ oraz protestów za pomocą faksu.

1. W uzasadnieniu Odwołujący się podnosi, iż w rozdziale II pkt 6 SIWZ Zamawiający zaznaczył, że nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Wykonawca

winien wykonać zamówienie własnymi siłami. Według Odwołującego się, taki zapis SIWZ narusza przepis art. 36 ust 5 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w SIWZ, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Takie ograniczenie wprowadzone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu stanowi wyjątek od generalnej zasady, iż wykonawca nie musi wykonywać zobowiązania wynikającego z umowy o zamówienie publiczne osobiście i może korzystać przy wykonywaniu przedmiotowych zobowiązań z pomocy osób trzecich (podwykonawców). Zgodnie z art. 356 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej k.c., w zw. z art. 14 ustawy Pzp, ograniczenie tej zasady może mieć miejsce tylko wtedy, gdy wynika to z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia.

Odwołujący się podkreśla również, iż korzystanie z podwykonawców nie naraża Zamawiającego na ryzyko obniżenia jakości wykonywanych dostaw. Mimo, że podwykonawcy nie podlegają badaniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, określonych w art. 24 ustawy Pzp, to jednak wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za działania lub zaniechania podwykonawców, z pomocą których realizuje on zamówienie publiczne. Wynika to z zasady wyrażonej w art. 474 k.c. w zwi. z art. 139 ustawy Pzp, zgodnie z którą dłużnik (wykonawca) odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechania za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonuje, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza (a więc podwykonawców).

2. W projekcie umowy w § 6 Zamawiający zastrzegł, iż serwis gwarancyjny pełniony będzie w miejscu użytkowania sprzętu, w budynku Zamawiającego, za pośrednictwem wykonawcy. W ustawie Pzp brak jest legalnej definicji podwykonawcy. W myśl art. 356 k.c., wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy wynika to z treści czynności prawnej, z ustawy albo właściwości świadczenia. Zasadą jest, że gdy nie występują powyższe przesłanki, Zamawiający nie może domagać się osobistego świadczenia przez wykonawcę.

3. W rozdziale XI pkt 2 SIWZ Zamawiający zaznaczył, że zwrócenie się przez wykonawcę z pytaniem o wyjaśnienie treści SIWZ oraz wniesienie protestu dopuszcza się wyłącznie w formie pisemnej na adres Zamawiającego. W pkt 3 tegoż rozdziału Zamawiający wskazał również, że wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego pisemnie o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający odpowie niezwłocznie na piśmie na zadane pytanie, przesyłając treść pytania i odpowiedzi wszystkim zidentyfikowanym uczestnikom postępowania oraz umieści je na swojej stronie internetowej, pod warunkiem, że pytanie wpłynie do Zamawiającego, co najmniej 6 dni przed terminem składania ofert. Według

Odwołującego się, zapis ten nie jest zgodny z treścią art. 27 ust 1 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca wymienił łącznie wszystkie rodzaje pism tj. oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje, nie sugerując możliwości stosowania różnych środków przekazu dla różnych rodzajów pism. Potwierdza to treść ust. 3 tegoż artykułu, zakazującego dokonywania ustaleń, których skutkiem może być ograniczenie konkurencji, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującego równe traktowanie wykonawców. Zdaniem Odwołującego się, taki zapis SIWZ wskazuje, że zasada równego traktowania wykonawców została naruszona, gdyż wobec stosunkowo krótkich terminów, wykonawca z Poznania i okolic ma nieporównywalnie dogodniejsze warunki, niż wykonawca z innego regionu Polski, a tym bardziej wykonawca zagraniczny. Odwołujący się zwraca również uwagę, że art. 180 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp, stanowi że protest uznaje się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do Zamawiającego w taki sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią. Jest to swego rodzaju *lex specialis* w stosunku do innych ogólniejszych przepisów ustawy, dotyczących komunikowania się pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą.

4. Opis przedmiotu zamówienia, według Odwołującego się, w przedmiotowym postępowaniu wskazuje konkretnego producenta - firmę Dell. W specyfikacji komputera zawarto zapis, precyzujący wymagania, które ma spełniać BIOS: "Funkcja ta ma wymuszać podanie hasła administratora przy próbie zmiany ustawień BIOS w sytuacji gdy zostało podane hasło systemowe". Zapis taki jest zapisem zbędnym, gdyż użytkownik uruchamiając konfigurator BIOS wie w jakim celu go uruchamia, czy to w celu przeglądnienia, czy ustawiania konfiguracji i na etapie wejścia do konfiguratora może wpisać hasło dające mu odpowiednie uprawnienia. W przypadku potrzeby użycia hasła administracyjnego po wpisaniu hasła systemowego, u producentów większości komputerów, można komputer zresetować i ponownie wejść do biosu podając hasło administratora, a czynność ta trwa niewiele dłużej niż czynność opisana jako wymagana funkcjonalność.

Należy także zauważyć, że zapis dotyczący systemu diagnostycznego "Komputer musi być wyposażony w wizualny system diagnostyczny, służący do sygnalizowania i diagnozowania problemów z komputerem i jego komponentami; a w szczególności musi sygnalizować: przebieg procedury POST, sum kontrolnych Biosu, awarii procesora, uszkodzenia lub braku pamięci RAM, uszkodzenia złącza PCI, kontrolera Video, dysku twardego, płyty głównej, opisuje charakterystyczne rozwiązanie sprzętowe jednego producenta i uniemożliwia spełnienie zasad uczciwej konkurencji.

Również zapis dotyczący oprogramowania zarządzającego "musi umożliwiać ustawienie sposobu informowania o zaistnieniu zdarzenia poprzez (po stronie serwera) automatyczne uruchomienie planowanej wcześniej akcji, wysłanie raportu zawierającego m.in. numer seryjny komputera i opis błędu, na wskazany adres poczty elektronicznej",

opisuje charakterystyczne rozwiązanie firmy Dell i rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący się zauważa również, że specyfikowanie "być zgodny z ACPI 2.0b" jest nieistotne z punktu widzenia użytkownika komputera. Wiodący producenci płyt podają zgodności z różnymi wersjami specyfikacji ACPI i tak szczegółowe wymaganie uniemożliwia zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający powinien unikać wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma zastosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Nie można więc mówić o jednakowym traktowaniu wszystkich wykonawców albo zachowaniu uczciwej konkurencji, jeżeli opis przedmiotu zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego. Wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok ZA z 23 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2239/05). Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, zwracając przy tym uwagę na fakt, że art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wymaga faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudniania konkurencji (wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 roku, sygn. akt I Ca 693/05).

5. W rozdziale XVIII SIWZ Zamawiający zaznaczył, iż na podstawie art. 144 ustawy Pzp, przewiduje możliwość zmiany postanowień umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy; „w sytuacji, gdy pojawi się nowy model lub produkcja obecnego zostanie zaprzestana istnieje możliwość zastąpienia przedmiotu umowy innym modelem o lepszych parametrach”. Według Odwołującego się, taki zapis jest niekorzystny dla wykonawców, ponieważ zakres świadczenia wykonawcy, a więc dostawa danego modelu, musi być tożsamy z zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust 1 ustawy Pzp). Zastąpienie danego modelu innym, jest akceptowane tylko w momencie zaprzestania produkcji modelu oferowanego. W sytuacji natomiast, gdy model ten nadal jest produkowany, ale pojawiła się jego nowsza wersja, jest to niedopuszczalne. Taki zapis jest nadinterpretacją art. 144 ust 1 ustawy Pzp.

6. W § 2 wzoru umowy Zamawiający zaznaczył, że w przypadku obniżenia cen rynkowych sprzętu komputerowego powodującego, że wykonawca w swojej sprzedaży detalicznej, powszechnie dostępnej, oferuje sprzęt objęty niniejszą umową, po cenach niższych, niż ujęte w ofercie przetargowej, wykonawca zobowiązuje się do sprzedaży tych towarów Zamawiającemu po tej obniżonej cenie. Odwołujący się podnosi, że producent urządzeń nie jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawcą jest podmiot, który składa ofertę i oferuje w niej warunki zgodne z zapisami SIWZ. Zamawiający nie może

zatem żądać obniżenia ceny w trakcie trwania umowy. Cena po jakiej kupuje wykonawca od producenta jest jego tajemnicą przedsiębiorstwa i w żaden sposób nie jest ona przydatna Zamawiającemu do prawidłowego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

7. W §12 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że umowa zawarta będzie na okres 6 miesięcy od daty jej podpisania. Strony przewidują jednak możliwość jej przedłużenia maksymalnie o 12 miesięcy. Odwołujący się wskazuje, iż art. 142 ust 1 ustawy Pzp stanowi, iż umowy zawiera się na czas oznaczony. Przepis art. 142 ust ustawy Pzp kontynuuje zakaz zawierania umów na czas nieoznaczony. Wszelkie umowy w sprawach zamówień muszą być zawierane wyłącznie na czas oznaczony. Wyjątki od tej zasady określone są w art. 143 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował, iż protest został uwzględniony w części, w następujący sposób:

1. Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców w realizacji zamówienia, wobec powyższego usuwa zapis rozdziału II pkt. 6 o treści: "Zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Wykonawca winien wykonać zamówienie siłami własnymi. " Ponadto dokonuje odpowiedniej modyfikacji pkt 6 formularza ofertowego.

2. Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców w realizacji zamówienia, jednakże usługi gwarancyjne muszą być świadczone przez serwis z autoryzacją producenta lub serwis, który posiada oświadczenie producenta sprzętu, że producent objął gwarancją usługi świadczone przez ten serwis.

3. Wykonawca słusznie zauważył, że zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, wybór formy porozumiewania w postępowaniu leży po stronie Zamawiającego. Zamawiający w szczególnie istotnych przypadkach, dotyczy to składania pytań i protestów, wymaga formy pisemnej. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 27 ust. 3 ustawy Pzp, zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. W żaden sposób nie należy odbierać tego jako formy ograniczenia konkurencji. Wykonawcy mają ponad 30 dni na zadawanie pytań, co Zamawiający uważa za wystarczający czas. Ponadto dostarczenie korespondencji na terenie Europy trwa 2-3 dni.

4. Odpowiedź na powyższe zarzuty została przedstawiona w odpowiedzi na protest firmy iPakt, tj. Zamawiający w załączniku Nr A do SIWZ pkt 1 i 2 w specyfikacji komputera zastępuje istniejący zapis: „Musi posiadać możliwość ustawienia zależności pomiędzy hasłem administratora a hasłem systemowym tak, aby nie było możliwe wprowadzenie zmian w BIOS wyłącznie po podaniu hasła systemowego. Funkcja ta ma wymuszać podanie hasła administratora przy próbie zmiany ustawień BIOS w sytuacji gdy zostało podane hasło systemowe ", nowym zapisem: "Musi posiadać możliwość ustawienia zależności pomiędzy

hasłem administratora a hasłem systemowym tak, aby wprowadzenie zmian w BIOS było możliwe wyłącznie po podaniu hasła administratora." Zamawiający dokonuje zmiany w zakresie zapisu "komputer w zaoferowanej konfiguracji musi być zgodny z ACPI 2.0b" na zapis "komputer w zaoferowanej konfiguracji musi być zgodny z ACPI wersja 2.0b lub nowsza"

5. Zamawiający uwzględni zarzut i dokonuje niezbędnej modyfikacji w rozdziale XIII SIWZ zastępując istniejący zapis: "w sytuacji gdy pojawi się nowy model lub produkcja obecnego zostanie zaprzestana istnieje możliwość zastąpienia przedmiotu umowy innym modelem o lepszych parametrach", nowym zapisem: "w sytuacji gdy pojawi się nowy model, a produkcja obecnego zostanie zaprzestana istnieje możliwość zastąpienia przedmiotu umowy innym modelem o lepszych parametrach".

6. Zamawiający uwzględni zarzut i dokonuje zmiany poprzez usunięcie istniejącego zapisu, zgodnie z odpowiedzią w pkt 3 na protest firmy Integrit Sp. z o.o., tj. dokonuje zmiany w treści § 10 umowy i wprowadza zapis: "Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany."

7. Zamawiający odrzuca podniesiony zarzut stwierdzając, że umowa będzie zawarta na czas określony tj. 6 miesięcy od daty jej podpisania. "Strony przewidują możliwość jej przedłużenia maksymalnie o 12 miesięcy, ewentualna możliwość przedłużenia i okres jej obowiązywania zostaną ustalone poprzez podpisanie obustronnego oświadczenia uzupełniającego". Zapis powyższy oznacza, że w przypadku obustronnej zgody (zawartej w formie aneksu) istnieje możliwość przedłużenia terminu realizacji powyższej umowy.

Wobec powyższego Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji zapisów SIWZ, w sposób określony powyżej, ponadto na podstawie art. 38 ust. 4a zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ww. ustawy Zamawiający przedłuża termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu do dnia 18 maja 2009 r.

W dniu 29 kwietnia 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, a ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisów: art. 183 ust. 4, art. 38 ust. 4a pkt 2, art. 12a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący się podnosi, iż informacja umieszczona na stronie internetowej (pismo z dnia 23 kwietnia 2009 r.) nie jest rozstrzygnięciem protestu, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Według Odwołującego się, nie nosi ona znamion rozstrzygnięcia, gdyż nie zawiera uzasadnienia prawnego i faktycznego, a jest tylko modyfikacją SIWZ dokonaną na podstawie wniesionych protestów. Odwołujący się wyjaśnia, że nie otrzymał rozstrzygnięcia wniesionego protestu, a Zamawiający umieścił na

swojej stronie internetowej tylko informacje o modyfikacji SIWZ na podstawie wniesionych protestów.

W dalszym uzasadnieniu Odwołujący się powtarza zarzuty i argumentację zawartą w proteście, przytaczając jednocześnie zakres modyfikacji SIWZ dokonanej w wyniku częściowego uwzględnienia protestu.

Ponadto podnosi, iż stwierdzenie Zamawiającego, że wykonawca ma ponad 30 dni na zadawanie pytań do SIWZ i że jest to wystarczający czas, jest stwierdzeniem błędnym. Otóż art. 38 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający jest obowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, chyba że prośba o wyjaśnienie treści wpłynęła do Zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert. Z przepisu tego zatem wynika, iż nawet 6 dni przed terminem składania ofert do Zamawiającego może wpłynąć pytanie do SIWZ i Zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie na nie odpowiedzieć. Należy również zauważyć, iż poprzez dopuszczenie tylko formy pisemnej przy wnoszeniu protestów i zapytań do SIWZ, Zamawiający rażąco skraca termin na wniesienie pytań czy protestów.

Odwołujący się podnosi wątpliwości w przedmiocie, czy modyfikacja SIWZ na podstawie wniesionych protestów, bez rozstrzygnięcia protestu w sposób przewidziany ustawą, jest wiążąca dla uczestników przedmiotowego postępowania i jest zgodna z prawem.

W dniu 23 kwietnia 2009 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej modyfikację SIWZ. Odwołujący się, w złożonym proteście, nie ustosunkował się do dwóch powyższych modyfikacji, ale w sytuacji, gdy Zamawiający nagminnie narusza przepisy ustawy Pzp uznał ich wskazanie za konieczne. Zamawiający zmienił warunki udziału w postępowaniu, które prowadzą nie tylko do modyfikacji SIWZ, ale również do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną. Natomiast przepis art. 12a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu jest istotna, a w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełnienia, Zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, z tym, że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w trybie przetargu nieograniczonego.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowiska stron, zaprezentowanego na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozstrzygnięcie protestu stanowi oświadczenie woli Zamawiającego w przedmiocie zarzutów zgłoszonych w proteście. Jednocześnie ustawodawca wskazuje, jakim podmiotom oświadczenie to ma być złożone. Zgodnie z regulacją przepisu art. 183 ust. 4 ustawy Pzp, rozstrzygnięcie protestu przekazuje się podmiotowi, który wniósł protest oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Oznacza to, że ustawodawca zastosował rozwiązanie zawarte w art. 61 k.c., które jest wynikiem przyjęcia teorii dojścia oświadczenia woli, które ma być złożone innej osobie. Potwierdzeniem tej zasady jest również przepis art. 183 ust. 3 w zw. z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym brak doręczenia rozstrzygnięcia protestu w terminach, o których mowa w art. 183 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, uznaje się za jego oddalenie. Z powyższego wynika, iż wolą ustawodawcy jest, żeby rozstrzygnięcie protestu będące oświadczeniem woli kierowanym do innej osoby, a więc było zindywidualizowane pod względem podmiotowym w tym sensie, że powinno być indywidualnie skierowane do adresata. Brak dochowania wymogu w tym zakresie powoduje przyjęcie domniemania prawnego, iż protest został oddalony. W tych okolicznościach przyjmując należy, iż umieszczenie rozstrzygnięcia protestu na stronie internetowej Zamawiającego (w ostatnim dniu terminu na jego rozstrzygnięcie) i nadanie w formie pisemnej do Odwołującego się w dniu 24 kwietnia 2009 r. (po terminie), nie wypełnia normy zawartej w przepisie art. 183 ust. 4 ustawy Pzp. Zatem, Odwołujący się w sposób prawidłowy przyjął, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, co skutkuje uznaniem go za oddalony. Doręczenie, w niniejszym postępowaniu, rozstrzygnięcia protestu w dniu 27 kwietnia 2009 r. powoduje, iż oświadczenie Zamawiającego nie wywołuje skutków prawnych.

Zwrócić należy uwagę, że przyjęta regulacja ma niebagatelne znaczenie dla pewności obrotu i ochrony interesów stron postępowania. Po pierwsze, Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do rozstrzygnięcia protestu, ale dla wywołania skutków prawnych podjętej decyzji, niezbędne jest jej doręczenie. Po drugie, wykonawcy korzystający ze środków ochrony prawnej, bezpośrednio zainteresowani decyzją Zamawiającego muszą mieć pewność, co do jej treści, gdyż warunkuje ona dalsze czynności w postępowaniu.

Jednocześnie zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego się na rozprawie, iż podtrzymuje zarzuty odwołania w takim zakresie, w jakim nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu i uważa się za związanego dokonaną modyfikacją SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała rozstrzygnięcia we wskazanym przedmiocie.

Zgodnie z pkt 2 rozdziału XI SIWZ wnioski, zawiadomienia, oświadczenia oraz informacje, Zamawiający oraz wykonawcy przekazują pisemnie. Zamawiający dopuszcza również możliwość przekazania ich faksem. Jednakże, zwrócenie się przez wykonawcę z pytaniem o wyjaśnienie treści SIWZ oraz wniesienie protestu, Zamawiający dopuszcza wyłącznie w formie pisemnej. Krajowa Izba Odwoławcza przyznaje rację Zamawiającemu, iż wybór formy porozumiewania się spoczywa na zamawiającym (art. 27 ust. 1 ustawy Pzp). Nie oznacza to jednak nieograniczonej dowolności zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Przepis art. 27 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji. Natomiast zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie. W opinii Krajowej Izby Odwoławczej, ograniczanie kanałów komunikacji nie jest uzasadnione, a w konsekwencji prowadzi do braku możliwości realizowania posiadanych przez wykonawców uprawnień w określonym, ustawowym terminie i w efekcie stawia wykonawców mających siedzibę w bliskiej odległości od Zamawiającego w sytuacji lepszej od tych, którzy takiej lokalizacji nie posiadają. Z całą stanowczością należy podkreślić, iż realizacja dyspozycji przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp nie może służyć do obejścia przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 38 ust. 1 oraz 180 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Uprawnienia przyznane wykonawcom przez ustawodawcę nie mogą być w żaden sposób ograniczane postanowieniami SIWZ. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający zastrzegając formę pisemną jedynie do zapytań do SIWZ i protestów wyraźnie zmierza do skrócenia terminów, w czasie których wykonawcy mogą realizować swoje prawa do zwracania się o wyjaśnienie treści SIWZ oraz wnoszenia środków ochrony prawnej, a których realizacja jest najbardziej „dolegliwa” dla Zamawiającego. Zauważyć należy, że ustawodawca umożliwił wykonawcom zadawanie pytań do SIWZ i zobowiązał zamawiającego do niezwłocznego udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, chyba że prośba wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert, w przypadku m.in. przetargu nieograniczonego. Zastrzeżenie formy pisemnej do zadawania pytań powoduje, iż wykonawcom skraca się przedmiotowy termin, a przynajmniej dotyczy to tych wykonawców, którzy w ostatnim dniu terminu (szóstym dniu przed terminem składania ofert) nie mają obiektywnych możliwości zadania pytania i doręczenia jego treści Zamawiającemu. Okoliczność wskazana przez Zamawiającego, że przedmiotowy termin jest ponad trzydziestodniowy, a korespondencja doręczana jest za pośrednictwem poczty w ciągu 2-3 dni, nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowego zarzutu. Długość terminu składania ofert oraz sposób doręczenia, pozostaje bowiem bez wpływu na realizację normy zawartej w przepisie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazane okoliczności nie mogą modyfikować uprawnień wykonawców, jak też różnicować ich z uwagi na odległość od Zamawiającego. Podobne rozważania należy odnieść również do obowiązku

wnoszenia protestów w formie pisemnej. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której ze względu na przedmiotowe zastrzeżenia Zamawiającego, jedynie część z wykonawców będzie miała zagwarantowaną możliwość wniesienia protestu w ostatnim dniu do jego wniesienia. W takich warunkach, trudno mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji, tym bardziej, że terminy do wnoszenia środków ochrony prawnej są zawite, a ich niedotrzymanie skutkuje odrzuceniem protestu lub odwołania (art. 180 ust. 7, art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp).

Argument, iż nie biorąc pod uwagę wyjątków przewidzianych w ustawie Pzp, zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, nie ma znaczenia dla oceny niniejszego stanu faktycznego. W istocie bowiem, przedmiotowa regulacja ma za zadanie przeciwdziałać ograniczaniu możliwości komunikowania się w postępowaniu, jedynie do nowoczesnych form przekazu. Zdarza się bowiem tak, iż wykonawcy prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą nie dysponują faksem, czy też pocztą elektroniczną. W takich warunkach, wyłączenie formy pisemnej, mogłoby stanowić ograniczenie konkurencji. Dopuszczenie zaś tylko formy pisemnej nie oznacza, że zasada uczciwej konkurencji została zachowana. Jak przedstawiono wyżej, może prowadzić do nieuzasadnionej (niezależnej od czynników obiektywnych) dysproporcji w możliwości realizowania praw wykonawców. W tych okolicznościach uznać należy, iż zarzuty naruszenia przepisu art. 27 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, znalazły potwierdzenie. Zatem, żądanie Odwołującego się, zmierzające do dopuszczenia możliwości komunikowania się w przedmiotowym zakresie za pomocą faksu, należy uznać za uzasadnione, co w konsekwencji rodzi konieczność dokonania odpowiedniej zmiany SIWZ przez Zamawiającego.

Natomiast, Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła zarzutów Odwołującego się dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Rozstrzygając w zakresie przedmiotowego zarzutu, Izba nie oparła się na złożonych przez Zamawiającego na rozprawie dowodach, gdyż nie można im przypisać takiej cechy, z uwagi na fakt braku waloru dokumentu lub przedstawienia ich w języku obcym. Zgodnie zaś z § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) dokumenty sporządzone w języku obcym, strona ma obowiązek przedstawić wraz z ich tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez tłumacza przysięgłego. W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza, w przedmiotowym zakresie zajęła następujące stanowisko:

Po pierwsze, Odwołujący się nie wykazał, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który nie zapewnia wykonawcom możliwości jego jednoznacznej identyfikacji, co powoduje, że wykonawcy w istocie nie mają wiedzy, jaki produkt powinien zostać zaoferowany. Zarówno treść protestu, odwołania, jak i przebieg rozprawy wskazują, iż Odwołujący się doskonale zdaje sobie sprawę, jakie są wymogi Zamawiającego, jednakże

nie godzi się z nimi. W tych okolicznościach, brak podstaw do uznania, iż doszło do naruszenia przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie, Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła również, iż wymagania dotyczące sytemu diagnostycznego i oprogramowania zarządzającego zostały sformułowane w taki sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem w istocie przesądzają, iż jedynie jeden wykonawca ma możliwość dostarczenia przedmiotu zamówienia. Zauważyć należy, iż zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym na rozprawie, według wiedzy Zamawiającego jest przynajmniej dwóch producentów komputerów, którzy spełniają wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia (Dell i HP). Odwołujący się wskazanej okoliczności nie zaprzeczył, ani nie wykazał faktu przeciwnego. Argumentacja zawarta w treści protestu i odwołania opiera się wyłącznie na wiedzy Odwołującego się. Tymczasem to po stronie Odwołującego się leży ciężar dowodu (art. 6 k.c.). Wiedza Odwołującego się nie może mieć rozstrzygającego znaczenia tym bardziej, że w trakcie rozprawy Odwołujący się nie zanegował w powyższym zakresie twierdzeń Zamawiającego, stwierdzając, iż jeśli nawet jest dwóch producentów zamawianych zestawów komputerowych, to wykonawca nie będący producentem nie ma możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że wykonawcą w niniejszym postępowaniu może być wyłącznie firma Dell. Skoro Odwołujący się nie zakwestionował (a tym bardziej nie wykazał okoliczności przeciwnej) twierdzeń Zamawiającego, oznacza to, że przyjął jego ustalenia za prawdziwe. Zaś, spełnianie przez co najmniej dwa produkty wymagań Zamawiającego, w opinii Krajowej izby Odwoławczej, zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji, bowiem przynajmniej dwóch wykonawców ma obiektywną możliwość złożenia oferty. Fakt, iż dotyczy to ewentualnie jedynie producentów nie ma znaczenia dla oceny niniejszej sprawy, co więcej powyższa okoliczność nie została nawet przez Odwołującego się wykazana.

Ponadto, należy zwrócić uwagę, iż kwestionowanie wymagań Zamawiającego może być skuteczne o tyle, o ile przedmiotowe wymagania naruszają uczciwą konkurencję. Zatem, niewystarczające jest wykazanie, jak uczynił to Odwołujący się na rozprawie, iż kwestionowane funkcjonalności są dla Zamawiającego zbędne, czy też mogą być realizowane w inny sposób. To Zamawiającemu przysługuje bowiem uprawnienie do określenia swoich potrzeb, co znajduje odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia, a jedynym jego ograniczeniem jest zachowanie uczciwej konkurencji. Domaganie się zatem, rezygnacji, czy też złagodzenia określonych wymogów przez zamawiającego musi być uwarunkowane groźbą naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Fakt, iż dany wykonawca nie ma w swojej ofercie produktów spełniających wymagania zamawiającego, nie przesądza o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Podobnie jak okoliczności, iż nie wszystkie podmioty zajmujące się dystrybucją (sprzedażą) urządzeń będą w stanie przygotować ofertę. Zamawiający nie ma bowiem obowiązku formułować swoich wymagań, z uwzględnieniem

polityki handlowej producentów komputerów. Jeśli nawet jest tak, że zamawiane zestawy komputerowe są dystrybuowane jedynie przez producentów, to nie oznaczają, że udział jedynie tychże producentów w segmencie tego rynku, nie daje możliwości zapewnienia uczciwej konkurencji. Z powyższych względów, zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, nie zasługuje na uwzględnienie.

Po trzecie, Odwołujący się nie wskazał również, iż przedmiot zamówienia został opisany za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, stąd zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

W przedmiocie terminu zawarcia umowy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż zgodnie z rozdziałem III SIWZ zamówienie będzie realizowane maksymalnie do wysokości całkowitej wartości, jednak nie dłużej niż przez 6 miesięcy od daty jej zawarcia z zastrzeżeniem, że czas trwania umowy może być przedłużony na warunkach wymienionych na str. 34, tj. strony przewidują możliwość przedłużenia dostawy maksymalnie o 12 miesięcy, ewentualna przedłużenia i okres obowiązywania zostaną ustalone poprzez podpisanie obustronnego oświadczenia uzupełniającego. Przedmiotowe postanowienie zostało zawarte również w § 12 wzoru umowy. W przedmiotowym postanowieniu SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 142 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że maksymalny okres obowiązywania umowy został ustalony na 6 miesięcy, z możliwością jego przedłużenia o 12 miesięcy i jest to czas oznaczony. Okoliczność, iż okres obowiązywania umowy może zostać przedłużony, nie powoduje, iż termin ten nie został oznaczony, ani też nie sprzeciwia się przepisowi art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przepisu art. 183 ust. 4 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Na rozprawie Zamawiający przedstawił dowód nadania i potwierdzenie odbioru rozstrzygnięcia protestu przez Odwołującego się i firmę Integrit Sp. z o.o.. W tych okolicznościach należało stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego się, Zamawiający przekazał rozstrzygnięcie protestu wykonawcy wnoszącemu przedmiotowy środek ochrony prawnej oraz wykonawcy przystępującemu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przedmiotowe rozstrzygnięcie, w opinii Izby, zwiera nie tylko zakres modyfikacji SIWZ, ale również argumentację faktyczną i prawną. Odrębną kwestią jest okoliczność, iż zgodnie z przepisem art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający uprawniony był do dokonania zmiany SIWZ po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, gdyż nie wszystkie żądania protestu zostały uwzględnione.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż brak podstaw do rozpoznania zarzutów naruszenia przepisów art. 38 ust. 4a pkt 2 i art. 12 a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu. Zatem, przedmiotem odwołania mogą być jedynie zarzuty nie uwzględnione przez zamawiającego i stanowiące przedmiot protestu. Wyrazem przyjętej regulacji jest przepis art.

191 ust. 3 ustawy Pzp. Dokonana modyfikacja SIWZ, na którą wskazuje Odwołujący się, nie ma związku z rozstrzygnięciem wniesionego przez Odwołującego się protestu, i jako odrębna czynność w postępowaniu, może stanowić przedmiot kolejnego protestu i ewentualnie odwołania.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 1830,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*