

WYROK

z dnia 21 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2012 r. przez wykonawcę **SLASH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-707 Warszawa, ul. Żenczykowskiego 2c**, w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski, 00-919 Warszawa, ul. Świętokrzyska 11/21**,

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. INTARIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-885 Warszawa, ul. Księcia Ziemowita 53, po stronie odwołującego,

B. Datacom System Spółka Akcyjna, 02-699 Warszawa, ul. Taborowa 10, po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SLASH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-707 Warszawa, ul. Żenczykowskiego 2c** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Narodowy Bank Polski z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na „Dostawę urządzeń mikrokomputerowych dla jednostek organizacyjnych NBP z usługą instalacji oprogramowania”.

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28/08/2012 r., nr 2012/S 164-272576.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej „SIWZ”, została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego również w dniu 28 sierpnia 2012 r.

Wykonawca SLASH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 i w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy, odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy przez:

1) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący określoną grupę wykonawców, tj. w celu uniemożliwienia odwołującemu i innym wykonawcom oferującym sprzęt marki Dell, złożenia ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty, na część II i IV zamówienia, a w konsekwencji utrudniający uczciwą konkurencję między wykonawcami (str. 29 [właściwy numer 28] SIWZ poz. 6, str. 45 SIWZ poz. 1);

2) zaniechanie ustanowienia wymogu przedstawienia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań sformułowanych w SIWZ, co prowadzi do faktycznego uprzywilejowania wykonawców oferujących sprzęt preferowany przez zamawiającego (SIWZ: str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 29, str. 41 poz. 27, str. 45 poz. 7, str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 30, str. 41 poz. 28, str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 31, str. 41 poz. 29, str. 45, poz. 8).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ przez:

1. zamieszczenie na stronie 29 [właściwy numer 28] SIWZ pod poz. 6 Waga, postanowienia: *Dopuszcza się 7% odstępstwa dostarczonych komputerów od wagi maksymalnej.*

2. uchylenie wymagania poz. 1 na str. 45 SIWZ,

3. zamieszczenie:

1) na str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 29, str. 41 poz. 27, str. 45 poz. 7 SIWZ wymagania dołączenia do oferty certyfikatów zgodności z normą Energy Star min. wersja 5.0 oraz ACPI;

2) na str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 30, str. 41 poz. 28 SIWZ wymagania dołączenia do oferty oświadczeń producenta urządzeń o zgodności urządzeń z Dyrektywą 2002/93/EC;

3) na str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 31, str. 41 poz. 29 SIWZ wymagania dołączenia do oferty oświadczeń producenta urządzeń o zgodności urządzeń z Dyrektywą WEE 2002/96/EC;

4) na str. 45, poz. 8 SIWZ wymagania dołączenia do oferty oświadczeń producenta urządzeń o zgodności urządzeń z normą TCO 03.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów podanych w uzasadnieniu odwołania. Wskazał okoliczności faktyczne potwierdzające wniesienie odwołania z zachowaniem ustawowego terminu oraz posiadanie interesu we wniesieniu odwołania. Podał, że naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego uniemożliwiają mu złożenie oferty na oferowany sprzęt, co uniemożliwia ubieganie się o zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stwierdził, że jednocześnie brak sformułowania przez zamawiającego wymogu przedstawienia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań SIWZ, prowadzi do stanu, w którym wykonawcy złożą oferty na urządzenia niespełniające wymagań SIWZ, bezpodstawnie konkurując z wykonawcami oferującymi urządzenia spełniające wymagania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił następujące argumenty.

Naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy.

Zarzut 1.1. Odwołujący zamierza zaoferować w postępowaniu sprzęt firmy Dell. Przed zamieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zamawiający dokonał weryfikacji dostępnych na rynku notebooków przez realizację szeregu sesji u krajowych przedstawicieli producentów komputerów. Jedną z takich sesji miała miejsce u jednego z producentów, tj. w firmie Dell w dniu 26.06. 2012 r., w ramach, której zamawiający dokonał dokładnych oględzin notebooków serii Latitude E4, w tym ważenia notebooka Latitude E6330, włącznie z ważeniem jego części składowych. Przedmiotowa sesja trwała około pięciu godzin. W konsekwencji, zamawiający uzyskał dokładną wiedzę na temat parametrów notebooków serii

Latitude E4, w tym wagi notebooka Latitude E6330,

(dowód: kopia wpisu do księgi gości z dnia 26.06.2012 r., zeznania Kazimierza Szczepanika, pracownika firmy Dell, adres do doręczeń świadka: Dell Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 123 A, Warszawa).

W SIWZ, na str. 29 [*właściwy numer 28*], poz. 6 - Waga - zamawiający zamieścił wymaganie, aby maksymalna waga komputera nie przekraczała 1,90 kg,

(dowód: SIWZ).

Firma Dell Sp. z o.o. w dniu 31.08.2012 r. zwróciła się do zamawiającego z pytaniem, czy zamawiający dopuści 7% tolerancję w wadze dostarczonych w ramach zamówienia komputerów, uzasadniając konieczność uwzględnienia takiej tolerancji stosowaniem dysków twardych różnych producentów, z uwagi na wymóg utrzymywania przez producenta komputera alternatywnych źródeł zaopatrzenia. Do dnia złożenia odwołania, zamawiający nie udzielił odpowiedzi, co oznacza, że nie wyraził zgody na tego rodzaju zmianę,

(dowód: pismo z dnia 31.08.2012 r.).

Odwołujący wskazał, że reprezentuje stanowisko, iż wymóg maksymalnego ciężaru notebooka na poziomie 1,90 kg został wprowadzony przez zamawiającego w celu uniemożliwienia wykonawcom zaoferowania komputera Latitude E6330. Zamawiający mając dokładną wiedzę na temat potencjalnych komputerów, jakie spełniałyby wymagania funkcjonalne zamawiającego, wprowadził wskazane ograniczenie w celu uniemożliwienia zaoferowania w postępowaniu komputera Latitude E6330. O powyższym przesądza drobiazgowo ocena komputera, w tym ważenie komputera w całości oraz jego poszczególnych elementów. Tak rygorystycznego wymogu nie można również uznać, jako uzasadnionego szczególnymi potrzebami zamawiającego, który dysponując wyłącznie komputerami o maksymalnej wadze 1,90 kg, mógłby zaspokoić swoje indywidualne potrzeby. Odwołujący nie znajduje uzasadnienia odmowy zamawiającego dopuszczenia dostawy komputerów o wadze zwiększonej o 7%, czyli sięgających wagą do 2 kg. Ewentualna różnica 100 g w wadze komputera nie wpływa w żaden sposób na ergonomię wykorzystania komputera.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo podnosząc, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy dochodzi już w wyniku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Jednocześnie tego rodzaju naruszeniem jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący określonych wykonawców, przy czym do dyskryminacji wykonawców dochodzi w przypadku rygorystycznego określenia wymogów przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczają krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania

zamówienia. Wskazał orzeczenia:

KIO 2729/10, wyrok 2010-12-30: 1. Treść art. 29 ust. 2 p.z.p. stanowi, iż do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już w przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas, jeżeli skutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie polega wszakże na całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, jak również wszystkich urzędzeń, technologii lub rozwiązań poza jednym. 2. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 p.z.p. użyty w treści tego przepisu zwrot "mógłby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. 3. Zamawiający winien uwzględnić w ramach formułowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia istniejące na rynku rozwiązania techniczne i istniejące urządzenia;

KIO 54/12, wyrok z dnia 24.01.2012 r.; KIO 2549/11, wyrok 2011-12-13: 3. Zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad stwarzających przestrzeń dla uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien jednakowo pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią;

KIO/UZP 682/08, wyrok 2008-07-21: 1. Opis przedmiotu zamówienia powinien być neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji, nie może również bezpośrednio ani pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców. 2. Opis przedmiotu zamówienia musi być tak określony, by odzwierciedlał rzeczywiste, racjonalne potrzeby zamawiającego;

KIO/UZP 423/08, wyrok 2008-05-16: 3. Dyskryminacja wykonawców następuje w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w specyfikacji są na tyle rygorystyczne, że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia;

KIO 464/12, wyrok 2012-03-23: 4. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że wystarczające jest samo uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, przywołując orzecznictwo:

KIO 617/11, wyrok 2011-04-06: 1. Wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez

wykonawcę powołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p., że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia), jedynie tego, że to odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji wskutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia;

KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11, wyrok 2011-02-01: 5. Dowód 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.

Zarzut 1.2. Zamawiający na stronie 45 w pkt 1 SIWZ wprowadził wymaganie, aby monitor zapewniał wyświetlenie informacji o producencie, modelu i numerze seryjnym w menu ekranowym monitora.

Zdaniem odwołującego, powyższe wymaganie SIWZ nie znajduje uzasadnienia w jakichkolwiek racjonalnych wymaganiach zamawiającego zarówno, co do wymagania odnoszącego się do numeru seryjnego, jak i sposobu jego prezentacji.

Odnośnie do wymagania zamieszczenia numeru seryjnego, odwołujący wskazał:

Informacja o producencie i modelu jest dla zamawiającego wystarczająca dla identyfikacji modelu monitora. Jeżeli zamawiający uznaje, że informacja o numerze serii jest informacją konieczną do weryfikacji czy wszystkie egzemplarze monitora są identyczne (tzn. czy spełniają warunek z pkt 2 na stronie 45 SIWZ), to dla takich celów w przypadku wielu producentów numer seryjny jest dla zamawiającego zbędny, gdyż zamawiający nie dysponuje możliwością sprawdzenia tożsamości partii po numerze seryjnym z racji braku dostępu do systemów producentów sprzętu lub wykorzystywania przez producentów sprzętu innych numerów (np. numerów serwisowych).

Odnośnie do sposobu prezentacji seryjnego:

Odwołujący uznał, że dla identyfikacji monitora wystarczające jest zamieszczenie numeru seryjnego monitora na tabliczce znamionowej monitora lub w formie trwale naniesionego numeru w formie przetłoczenia, druku etc. Takie rozwiązanie jest wystarczające dla służb serwisowych producenta monitora. Odwołujący wskazał przy tym, że w przypadku awarii ekranu monitora z numerem seryjnym dostępnym w menu, informacja o numerze seryjnym staje się niedostępna. Wymaganie, aby numer seryjny był wyświetlany w menu ekranowym w miejsce lub zamiast numeru naniesionego na sam monitor, jest wymaganiem wskazującym, że zamawiający sformułował przedmiotowe wymaganie preferując sprzęt producenta oferującego taki sposób prezentacji numeru seryjnego.

Zarzut 2. Zamawiający wprowadził w SIWZ następujące wymagania zgodności urządzeń:

1) z normą Energy Star min. wersja 5.0 oraz ACPI - str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 29, str. 41 poz. 27, str. 45 poz. 7 SIWZ;

2) z Dyrektywą 2002/93/EC - str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 30, str. 41 poz. 28 SIWZ;

3) z Dyrektywą WEE 2002/96/EC - str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 31, str. 41 poz. 29 SIWZ;

4) z normą TCO 03 - str. 45, poz.8 SIWZ,

(dowód: SIWZ).

Zamawiający, w przeciwieństwie do innych wymagań sformułowanych wobec urządzeń, nie zamieścił wymagania dotyczącego dołączenia przez wykonawców do oferty certyfikatów oraz oświadczeń potwierdzających spełnianie powyższych wymagań. Odwołujący stwierdził, że żądanie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań zawartych w pkt 1-4 ma charakter fakultatywny, jednak podniósł, że zaniechanie przez zamawiającego żądania przedmiotowych dokumentów winno być oceniane, jako naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy, w szczególności, jako celowe zwolnienie wykonawców z udokumentowania zgodności urządzeń z określonymi normami, jeżeli zamawiający zamierza dokonać wyboru takich urządzeń, co do których zamawiający posiada wiedzę, że urządzenia nie spełniają norm wskazanych w pkt 1-4,

(dowód: kopia wpisu do księgi gości z dnia 26.06.2012 r., zeznania K..... S....., pracownika firmy Dell, adres do doręczeń świadka: Dell Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 123 A, Warszawa).

Zamawiający przeprowadził uprzednią weryfikację oferty rynkowej uzyskując wiedzę, co do potencjalnych urządzeń, jakie mogą zostać zaoferowane w postępowaniu. Dysponując tą wiedzą zamawiający sformułował powołane postanowienia SIWZ oraz bezzasadnie zaniechał przedstawienia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie w/w norm, w celu eliminacji z SIWZ podstaw do odrzucenia ofert zawierających sprzęt preferowany przez zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że powyższa argumentacja znajduje także uzasadnienie w treści wzorów umów zamieszczonych w SIWZ, gdzie w każdym ze wzorów (§ 3) zamieszczono opis odbioru ilościowego, technicznego oraz dostawy, z których żaden nie obejmuje weryfikacji dokumentacji dotyczącej spełnienia powyższych norm. W świetle wzorów umów zawartych w SIWZ, nie istnieje podstawa dla zamawiającego do badania zgodności dostarczonych urządzeń z powyższymi normami. Zamawiający, wprowadzając ograniczenie dotyczące wagi zamawianych komputerów (opisane w pkt 1), przy jednoczesnym odstąpieniu od żądania dokumentów przedmiotowych potwierdzających ich zgodność z SIWZ, w istocie stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców oferujących

preferowany przez niego sprzęt (spełniający parametr wagowy), prowadząc w ten sposób do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Reasumując, odwołujący wnioskował, jak na wstępie.

Zamawiający wnioskował w odpowiedzi na odwołanie o oddalenie odwołania uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie. Wskazał, że podniesione zarzuty oraz uzasadniające je argumenty nie mają pokrycia w przepisach ustawy, orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz zgromadzonej dokumentacji postępowania. Odnośnie do wymogu, aby monitor zapewniał wyświetlanie informacji o producencie, modelu i numerze seryjnym w menu ekranowym monitora, zamawiający stwierdził, że na zadane w dniu 31 sierpnia 2012 r. pytanie firmy Dell o treści, czy zamawiający zaakceptuje dostawę monitora spełniającego wymogi SIWZ, który w menu ekranowym posiada informacje wyłącznie o producencie i modelu, zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej w dniu 10 września 2012 r., że zaakceptuje dostawę monitora spełniającego wymagania SIWZ, który w menu ekranowym posiada informacje wyłącznie o producencie i modelu. Zamawiający uznał, że w kontekście udzielonej odpowiedzi, podniesiony w odwołaniu zarzut jest bezzasadny, tym samym bezprzedmiotowe jest rozpoznawanie odwołania w tej kwestii.

Odnośnie do zarzutu nr 1 - niskiej wagi notebooka podstawowego dla części II zamówienia (maksimum 1,90 kg - waga z HDD i akumulatorem oraz napędem optycznym, bez zewnętrznych zasilaczy sieciowych, torby do przenoszenia, stacji dokującej), zamawiający stwierdził, że wymaganie odpowiada jego potrzebom. Notebooki podstawowe mają być użytkowane przez osoby wyjeżdżające w delegacje, administratorów sieci i pracowników Wydziału Wsparcia Informatycznego, ponadto pracowników, którzy w codziennej pracy korzystają z różnych lokalizacji. Opis ten uwzględnia także skargi pracowników, w szczególności kobiet, których jest większość, co do wysokiej wagi urządzeń przenośnych. Zamawiający wskazał, że już w 2011 r. pojawiły się na rynku informatycznym modele notebooków, np. Lenovo, Fujitsu, spełniające oczekiwania zamawiającego, których wagi zmniejszyły się od kilku do kilkunastu procent w stosunku do poprzednio oferowanych. Podniósł, że odpowiada to tendencji rynkowej do wprowadzania innowacji technologicznych zmierzających do minimalizowania poboru energii elektrycznej. Wskazał na stosowanie przez producentów obudów ze stopów metali lekkich czy też włókna węglowego, co przyczynia się do obniżenia wagi urządzeń. Zamawiający podniósł, że na rynku informatycznym znajdują się podmioty, które wyznaczają nowe trendy w projektowaniu nowoczesnych urządzeń, np. notebooków, odpowiadających potrzebom klientów, jak też podmioty niechętnie lub też w ograniczonym zakresie wdrażające innowacje technologiczne. Zamawiający stwierdził, że nie ma wpływu na działania biznesowe wykonawców, jednak ma prawo konstruować wymagania w zakresie przedmiotu zamówienia, aby zostały zaspokojone

jego potrzeby. Jedną z tych potrzeb jest niska waga notebooka, aby rzeczywiście stał się urządzeniem przenośnym. Podniósł, że żądane przez odwołującego dopuszczenie 7% tolerancji wagi jest wprowadzeniem innego parametru wagowego, zamiast 1,90 kg, parametru 2,033 kg. Wskazał jednocześnie, że inny wykonawca mógłby wystąpić o zmianę postanowień SIWZ w zakresie tolerancji wagi, np. nawet o 100%, jeśli produkowałby takie urządzenie.

Zamawiający podniósł, że zobowiązany jest do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, wyczerpujący i jednoznaczny, zabezpieczający jego potrzeby, aby przy zastosowaniu jednego kryterium oceny ofert - ceny, mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, spośród ofert spełniających jego wymagania. Dopuszczenie zmiany parametru wagowego wprowadzi możliwość zaoferowania innych urządzeń niż zaprojektował zamawiający, mając na względzie wydajność, trwałość, ergonomię i wagę urządzeń. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący określoną grupę wykonawców, tj. oferujących produkty firmy Dell, jest niezasadny wobec treści wskazanych przepisów i ugruntowanej linii orzeczniczej KIO. Zamawiający podał, że klasycznym przykładem naruszenia normy wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy jest wskazanie konkretnego dostawcy lub też producenta danego zamówienia. W rozpoznawanym postępowaniu jednak nie dochodzi do naruszenia wyrażonej w przywołanym przepisie normy, gdyż nie dochodzi do dyskryminacji bezpośredniej wykonawcy, ani też pośredniej. Zamawiający podniósł, że należy odróżnić sytuację opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję od określenia parametrów technicznych urządzeń, które spełniają produkty różnych producentów. Zamawiający stwierdził, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał w odwołaniu, ani też nie przedstawił żadnych dowodów uprawniających, że żaden z produktów marki Dell nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Zamawiający podał, że nie dysponuje takimi informacjami, pomimo dokonania rozeznania rynku przed wszczęciem prowadzonego postępowania. Zamawiający przedstawił w załączeniu karty katalogowe trzech produktów spełniających wymagania SIWZ dla części II zamówienia. Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów potwierdzających występowanie różnic w wadze dysków twardech do notebooków na poziomie ponad 100 gr pomiędzy produktami różnych producentów. Zamawiający podał, że z jego wiedzy wynika, iż różnice te nie przekraczają 11 gr, na co załączył przykładowe specyfikacje. W ocenie zamawiającego, odwołujący zarzucając naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy nie przeprowadził analizy produktów spełniających wymagania SIWZ, nie wykazał, że wskazane przez niego w odwołaniu produkty Dell nie spełniają wymagań zamawiającego, jak również nie przytoczył dowodów potwierdzających występowanie różnic w wadze dysku twardego na poziomie żądanych 7% wagi maksymalnej notebooka.

W zakresie zarzutu 2, dotyczącego zaniechania ustanowienia wymogu przedstawienia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań sformułowanych w SIWZ, zamawiający wskazał, że żądanie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, ma charakter fakultatywny i to od zamawiającego zależy, czy uzna, iż takie dokumenty w danym postępowaniu są mu niezbędne. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odstąpił od zażądania konkretnych dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają odpowiednio wymagania postawione przez normę Energy Star min. wersja 5.0 oraz ACPI, oświadczeń producenta urządzeń o zgodności urządzeń z Dyrektywą 2002/93/EC, oświadczeń producenta urządzeń o zgodności urządzeń z Dyrektywą WVE/2002/96/EC, oświadczeń producenta urządzeń o zgodności urządzeń z normą TCO 03, uznając zgodnie z formularzem oferty dla poszczególnych części zamówienia, za wystarczające potwierdzenie tych faktów przez samych wykonawców. Przykładowo dla II części przedmiotu zamówienia poz. 29, gdzie należy zamieścić w kolumnie 4 potwierdzenie cech wymaganych, a w kolumnie 5 podać parametry oferowanego urządzenia. Zamawiający wskazał, że opis jest zgodny z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, gdzie katalog dokumentów został oznaczony przez wyraz „w szczególności”, jak również z orzecznictwem KIO, np. KIO 584/12, KIO 594/12, trafnie wskazującym, iż za dokumenty składane w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, mogą być uznane również oświadczenia własne wykonawcy. Zamawiający uznał w konsekwencji, że odwołujący nie wykazał w odwołaniu naruszenia przepisów prawa materialnego. Formułowanie zarzutów na podstawie własnego przekonania, że skoro produkty wykonawcy nie spełniają wymogów postawionych przez zamawiającego, to automatycznie następuje naruszenie uczciwej konkurencji, jest błędne i pozbawione zasad logiki. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienia wykonawcy:

A. INTARIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, po stronie odwołującego. Wykonawca wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, bowiem podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, w ocenie przystępującego, zasługują na uwzględnienie. Stwierdził, że „Pozostawienie kwestionowanych zapisów utrudnia przystępującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a w związku z tym może on ponieść szkodę z tytułu pozostawienia kwestionowanych zapisów. Powyższe przesądza o istnieniu interesu po stronie przystępującego w zgłoszeniu swojego udziału w postępowaniu odwoławczym.”

Przystępujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

B. Datacom System Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, po stronie zamawiającego. Wykonawca uzasadnił interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego zamiarem złożenia oferty w tym postępowaniu, co przesądza o interesie w uzyskaniu zamówienia przez wykonawcę, a tym samym zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego. Przystępujący podniósł, że złożone odwołanie jest zupełnie bezpodstawne i wniósł o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Datacom System Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, oddaliła obie opozycje - odwołującego i zamawiającego przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawców: Datacom System Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego i INTARIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego.

Odwołujący uzasadnił opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy Datacom System Spółka Akcyjna po stronie zamawiającego tym, że wykonawca nie wykazał nawet szeroko rozumianego interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, podnosząc, że zamierza złożyć ofertę, lecz bez podania, że oferta ma być złożona na części zamówienia, których dotyczy odwołanie. Wskazał na różnice w zgłoszeniu przystąpienia pomiędzy INTARIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, a Datacom Spółka Akcyjna polegającą na tym, że INTARIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością podał, iż pozostawienie dotychczasowych postanowień SIWZ utrudnia mu ubieganie się o udzielenie zamówienia, natomiast Datacom Spółka Akcyjna, że zamierza złożyć ofertę w postępowaniu.

Zamawiający zgłaszając opozycję przeciw przystąpieniu INTARIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością po stronie odwołującego, podniósł, że wykonawca wskazując interes w przystąpieniu (art. 185 ust. 2 ustawy), w istocie wskazał interes, jakim powinien legitymować się wykonawca wnoszący odwołanie, co wynika z treści pisma: „Pozostawienie kwestionowanych zapisów utrudnia Przystępującemu ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a w związku z tym może on ponieść szkodę z tytułu pozostawienia kwestionowanych zapisów”. Odnośnie do opozycji odwołującego przeciw przystąpieniu Datacom Spółka Akcyjna po stronie zamawiającego, zamawiający stwierdził, że zakres odwołania, w szczególności w przedmiocie postanowień SIWZ, wyznacza granice przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołujący i zamawiający nie zgłosili opozycji przeciw przystąpieniu wykonawców po ich stronach.

Izba stwierdziła w zakresie obu przystąpień, że każdy z wykonawców wskazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił w porównywalnym stopniu, a mianowicie, że rozstrzygnięcie odwołania na korzyść odwołującego, w razie dokonania zmiany postanowień SIWZ, pozwoli przystępującemu INTARIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością złożyć ofertę w postępowaniu, zaś przystępującemu Datacom Spółka Akcyjna po stronie zamawiającego, że utrzymanie dotychczasowych postanowień SIWZ pozwoli również temu wykonawcy na złożenie oferty.

Mając na uwadze, że przystąpienia zostały zgłoszone w ustawowym terminie, kopie zgłoszeń zostały przesłane zamawiającemu i wykonawcy wnoszącemu odwołanie, wykonawcy wskazali strony, do których przystąpili i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpili, Izba oddaliła obie opozycje i uznała, że wykonawcy zgłaszający przystąpienia stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2, 3 i 4 ustawy).

Wobec udzielonych wyjaśnień treści SIWZ (pismo zamawiającego z dnia 10 września 2012 r., pytanie i odpowiedź 11), odwołujący cofnął zarzut - 1.2. (naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy przez wprowadzenie na stronie 45 w pkt 1 SIWZ wymagania, aby monitor zapewniał wyświetlenie informacji o producencie, modelu i numerze seryjnym w menu ekranowym monitora) oraz żądanie (usunięcia postanowienia dotyczącego wyświetlania informacji o numerze seryjnym w menu ekranowym monitora), ograniczając w tym zakresie odwołanie.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w zakresie pozostałych dwóch zarzutów - naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy przez:

1) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na część II przez wymóg zaoferowania notebooka podstawowego (waga notebooka maksimum 1,90 kg - waga z HDD i akumulatorem oraz napędem optycznym, bez zewnętrznych zasilaczy sieciowych, torby do przenoszenia, stacji dokującej - str. 28 poz. 6 SIWZ); z żądaniem odwołującego: *dopuszczenia 7% odstępstwa dostarczonych komputerów od wagi maksymalnej;*

2) zaniechanie ustanowienia wymogu przedstawienia przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań sformułowanych w SIWZ: str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 29, str. 41 poz. 27, str. 45 poz. 7, str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 30, str. 41 poz. 28, str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 31, str. 41 poz. 29, str. 45, poz. 8; z żądaniem odwołującego: *zamieszczenia:*

1) na str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 29, str. 41 poz. 27, str. 45 poz. 7 SIWZ wymagania

dołączenia do oferty certyfikatów zgodności z normą Energy Star min. wersja 5.0 oraz ACPI;
2) *na str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 30, str. 41 poz. 28 SIWZ wymagania dołączenia do oferty oświadczeń producenta urządzeń o zgodności urządzeń z Dyrektywą 2002/93/EC;*
3) *na str. 24 poz. 23, str. 32 poz. 31, str. 41 poz. 29 SIWZ wymagania dołączenia do oferty oświadczeń producenta urządzeń o zgodności urządzeń z Dyrektywą WEE 2002/96/EC;*
4) *na str. 45, poz. 8 SIWZ wymagania dołączenia do oferty oświadczeń producenta urządzeń o zgodności urządzeń z normą TCO 03.*

W zarzutach sformułowanych w odwołaniu, odwołujący wskazał, że odwołanie dotyczy części II (i IV przed cofnięciem zarzutu w tej części) przedmiotu zamówienia (zarzut 1), w sformułowaniu zarzutu 2 nie wskazał części przedmiotu zamówienia, której dotyczy zarzut, na rozprawie odwołujący podał, że zarzut ten dotyczy również części I przedmiotu zamówienia, a w istocie wskazane strony i pozycje SIWZ, dotyczą też części III przedmiotu zamówienia.

Odwołujący złożył na rozprawie, rezygnując z dowodu z zeznań świadka, dwa oświadczenia prokurenta firmy Dell z dnia 20 września 2012 r., dotyczące oględzin notebooków serii Latitude E4, w tym notebooków Latitude E6330, dokonanych przez przedstawicieli zamawiającego w dniu 26.06.2012 r. oraz wskazujące wagę zasilacza 344 g i 465 g, w który może być wyposażony komputer Latitude E6330; jedno oświadczenie J..... M..... „GALAXY” o złożeniu przez niego oferty w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, nr DZP-WPP-EC-241-168/DIT/11, w którym wykonawca złożył ofertę cenową na sprzęt Dell Latitude E6320, będący poprzednikiem modelu 6330 oraz zestawienie ofert złożonych przez siedmiu wykonawców w tamtym postępowaniu.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłankę warunkującą wniesienie odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy (legitymacja czynna do wniesienia odwołania).

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów doprecyzowanych na rozprawie (art. 192 ust. 7 ustawy), mając na uwadze, że przy wydawaniu wyroku Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy) oraz zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności (art. 190 ust. 1 ustawy), strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (również o tej treści art. 6 k.c.).

Uwzględniając powyższe, Izba miała na uwadze, że ciężar udowodnienia naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej we wskazanym w odwołaniu art. 29 ust. 2 w zw. z

art. 7 ustawy, a konkretnie udowodnienie okoliczności faktycznych, które pozwolą stwierdzić takie naruszenie, spoczywa na odwołującym. Przepis stanowiący nie o utrudnianiu uczciwej konkurencji, ale o możliwości jej utrudniania, nie zmienia zasady rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym. Treść przepisu nie tworzy domniemania, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję przepisu, dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, nie następuje więc przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy nie wymaga pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie realnego prawdopodobieństwa utrudnienia. Powyższe, znaczące osłabienie celu dowodowego nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, które przepis wskazuje. Prawdopodobieństwo utrudnienia uczciwej konkurencji musi być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane (orzecznictwo: m.in. sygn. akt KIO 1723/12 i sygn. akt KIO 318/12).

Izba uznała na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oceniając merytorycznie zarzut 1 odwołania, Izba miała na uwadze, że określenie przedmiotu zamówienia jest zarówno obowiązkiem, jak i uprawnieniem zamawiającego. Opisanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny z zachowaniem ustawowych zasad, ma przede wszystkim pozwalać na dokonanie zakupu zgodnego z obiektywnymi potrzebami zamawiającego, gwarantować uczciwą konkurencję między podmiotami, co nie musi być równoznaczne ze sformułowaniem wymagań technicznych w sposób pozwalający na ich spełnienie przez wszystkie podmioty działające w danej branży. Zamawiający ma prawo do takiego sformułowania swoich wymagań, by móc wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego, często specyficznym, potrzebom.

Okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada w pełni możliwościom wykonawcy, który zamierza zaoferować produkt konkretnej marki, nie wskazuje na utrudnienie uczciwej konkurencji, skoro na rynku funkcjonują podmioty działające w danej branży, mogące brać udział w postępowaniu i zaoferować sprzęt w pełni zgodny z uzasadnionymi wymaganiami zamawiającego, co zostało wykazane na rozprawie (Toshiba, Fujitsu, Lenovo).

Izba uznała za przekonujące uzasadnienie zamawiającego, co do przyczyn doboru parametru wagowego notebooka.

Na podstawie uzasadnienia odwołania oraz złożonych przez odwołującego oświadczeń i wyjaśnień w toku rozprawy, Izba uznała, że odwołujący nie przedstawił dowodu, w rozumieniu art. 190 ust. 3 ustawy, że opis wagi notebooka uniemożliwia mu zaoferowanie produktów firmy Dell. Przeciwnie odwołujący kilkakrotnie podniósł, zgodnie ze

stanowiskiem zawartym w odwołaniu, że celem odwołania nie jest dokonanie zmiany parametru wagowego notebooka 1,9 kg, lecz dopuszczenie przy odbiorze dostawy 7% tolerancji wagowej w stosunku do wagi maksymalnej (żądanie zamieszczenia na str. 28 poz. 6 SIWZ dodatkowego postanowienia: *Dopuszcza się 7% odstępstwa dostarczonych komputerów od wagi maksymalnej*), uzasadniając żądanie uwzględnienia takiej tolerancji stosowaniem dysków twardych różnych producentów, z uwagi na wymóg utrzymywania przez producenta komputera alternatywnych źródeł zaopatrzenia. Dopuszczenie wnioskowanej tolerancji przy odbiorze oznaczałoby, że odwołujący dostarczy notebooki o różnych wagach, np. 1,8 kg, 1,9 kg, 2,05 kg. Słusznie, w ocenie Izby, podniósł zamawiający, że skutki ewentualnej organizacji zaopatrzenia wykonawcy, nie mogą być przenoszone na zamawiającego. Odwołujący potwierdził składając oświadczenie do protokołu rozprawy, że może dostarczyć notebooki, model E6330 z serii E6 o wadze 1,606 kg, bez zasilacza z baterią, natomiast waga zasilacza wynosi, zgodnie z oświadczeniem prokurenta Dell, 344 g lub 465 g. Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że skoro zamawiający określił maksymalną wagę notebooka 1,9 kg bez zasilacza, a odwołujący przyznał możliwość zaferowania notebooka Dell o wadze 1,606 kg bez zasilacza, brak jest podstawy do uznania naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy.

Oświadczenia prokurenta Dell, poza podaniem wagi zasilacza, w który może być wyposażony komputer Latitude E6330 oraz potwierdzeniem dokonania przez przedstawicieli zamawiającego oględzin w siedzibie Dell, w toku, których dokonano ważenia notebooków (fakty bezsporne), nie potwierdzają żadnych okoliczności, które wskazywałby na naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy. Oświadczenie J..... M..... „GALAXY”, potwierdzające złożenie oferty oraz zestawienie cen ofert złożonych w poprzednim unieważnionym postępowaniu, nie potwierdzają zarzutu odwołującego. Oczywistym jest, że w przypadku unieważnienia postępowania, zarówno zamawiający, jak i wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, uzyskują dodatkową wiedzę na temat przedmiotu zamówienia i oferowanych przez wykonawców cen za realizację przedmiotu zamówienia. Okoliczności te jednak nie mogą stanowić podstawy uznania naruszenia przez zamawiającego (prowadzącego aktualne, jako następne postępowanie), przepisów wskazanych w odwołaniu.

Izba nie miała podstaw, by uznać, że zarzut 1 został udowodniony.

Nie został również wykazany zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy przez odstąpienie przez zamawiającego od żądania dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań normy oraz oświadczeń producentów urządzeń o zgodności urządzeń z dyrektywami i normą (zarzut 2).

Z treści przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy jednoznacznie wynika, że możliwość

żądania od wykonawców oświadczeń lub dokumentów w omawianym zakresie ma charakter wyłącznie fakultatywny. Potwierdzenie fakultatywności wynika również z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Izba podziela w pełni stanowisko zamawiającego, że to od zamawiającego zależy, czy uzna, dokumenty za niezbędne w prowadzonym postępowaniu.

Okoliczność tę potwierdza też odwołujący podając w uzasadnieniu odwołania, że *...żądanie przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań zawartych w pkt 1-4 ma charakter fakultatywny...*(str. 5).

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że zaniechanie przez zamawiającego żądania dokumentów, gdy żądanie ma charakter fakultatywny, powinno być oceniane, jako naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy.

Przepis art. 180 ust. 1 ustawy stanowiący, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, wyznacza zakres czynności i zaniechania, który może stanowić przedmiot odwołania. Zatem, w przypadku zaniechania żądania dokumentów i oświadczeń producentów, gdy żądanie jest uprawnieniem, a nie zobowiązaniem zamawiającego i zamawiający poprzestał na żądaniu oświadczeń wykonawców składających oferty, brak jest podstaw by uznać, że zarzut odwołującego może stanowić przedmiot skutecznego odwołania.

Izba uznała, że zarzut 2 jest niezasadny i nie podlega uwzględnieniu.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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: