

Sygn. akt: KIO 812/17

WYROK
z dnia 9 maja 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 4 maja 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 roku przez wykonawcę Trias AVI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu usunięcie z treści ogłoszenia o zamówieniu postanowienia zawartego w Sekcji VI Informacje uzupełniające ustęp VI .3 Informacje dodatkowe podpunkt 7 lit. b i c oraz postanowień zawartych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 8.2 Warunki przedmiotowe lit. b i c oraz w Załączniku nr 8 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Wzór umowy postanowień zawartych w Klauzuli 4.1 – Ogólne zobowiązania wykonawcy akapit 11 (zaczynający się od słów: „Ponadto dla poniższych kategorii Urzędzeń (...)” a kończący na słowach: „ (...) do ich dostawy, instalacji i montażu.”)

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Trias AVI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach na rzecz wykonawcy Trias AVI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą i montażem systemów prezentacji treści w ramach inwestycji pn. „Budowa nowoczesnej hali widowiskowo – sportowej PODIUM w Gliwicach”.*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2017 roku pod numerem 2017/S 072-136350.

24 kwietnia 2017 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – wykonawca Trias AVI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

- sformułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu z dnia 12 kwietnia 2017r. numer 2017/S 072-136350 w zakresie postanowień Sekcji VI Informacje uzupełniające ustęp VI.3 Informacje dodatkowe pdpkt 7 lit. B i c a nadto,
- sformułowaniu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie:
 - postanowień 8.2 lit. b i c Warunki przedmiotowe - opis warunków przedmiotowych dla udziału w postępowaniu,
 - Załącznika nr 8 do SIWZ - Wzór umowy - w części dotyczącej sformułowania postanowień Klauzuli 4.1 „Ogólne zobowiązania Wykonawcy” akapit 11,

wszystkie polegające na przyjęciu wymagań przedmiotowych w ten sposób, że:

b. dla następujących elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia: (i) oferowane ekrany LED do Video Cube, (ii) oferowane projektory multimedialne, (iii) oferowane monitory LCD zaprojektowane do systemu DS, (iv) oferowany Główny Mikser Obrazu z reżyserki Hali Głównej(v) oferowane tablice wyników wraz z systemem transmisji do Ekranu LED oraz (vi) oferowane okablowanie strukturalne światłowodowe i miedziane

(pionowe i poziomie) zgodne z okablowaniem budynkowym na obiekcie, Wykonawca posiadał autoryzację od ich producentów do dokonywania ich dostawy, instalacji i montażu,

c. dla następujących elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia: (i) oferowane ekrany LED do Video Cube, (ii) oferowane projektory multimedialne, (Hi) oferowane monitory LCD zaprojektowane do systemu DS oraz (iv) oferowany Główny Mikser Obrazu z reżyserki Hali Głównej, Wykonawca zapewnił, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych w ramach niniejszego zamówienia przez Wykonawcę dany producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania Wykonawcy związane z gwarancją jakości udzieloną przez Wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, to jest przez cały okres gwarancji udzielony przez Wykonawcę w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego dla danego elementu wchodzącego w skład przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności przez:
 - nałożenie obowiązku posiadania przez Wykonawcę *autoryzacji producentów do dokonywania ich dostawy, instalacji i montażu urządzeń* podczas gdy nie jest to uzasadnione ani specyfiką zamówienia ani potrzebami Zamawiającego, a jedynie ograniczeniem uczciwej konkurencji,
 - nałożenie obowiązku na Wykonawcę *zapewnienia, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych w ramach niniejszego zamówienia przez Wykonawcę dany producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania Wykonawcy związane z gwarancją jakości udzieloną przez Wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, to jest przez cały okres gwarancji udzielony przez Wykonawcę w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego dla danego elementu wchodzącego w skład przedmiotu zamówienia,* podczas gdy takie wymaganie ogranicza konkurencję wyłącznie do niektórych podmiotów, którym producent udzielił żądanego oświadczenia, gdy nie jest to uzasadnione ani specyfiką zamówienia ani potrzebami Zamawiającego, a jedynie stanowi ograniczenie uczciwej konkurencji;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, tj. naruszenie zasady opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także nakazu opisanie zamówienia w sposób

nieutrudniającej uczciwej konkurencji, w szczególności przez nałożenie obowiązków na Wykonawcę, których mogą spełnić jedynie niektóre podmioty, co nie jest uzasadnione ani specyfiką zamówienia ani potrzebami Zamawiającego i wyklucza z kręgu oferentów importerów i dystrybutorów innych niż autoryzowani, przez producenta, a ponadto naruszenie tych zasad przez brak jasnego sformułowania pojęcia „autoryzacja producenta dla dostaw, instalacji i montażu”;

- 3) art. 25 ust. 1 i 2 ustawy w związku z § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* przez żądanie przedłożenia dokumentów [oświadczeń producentów urządzeń], które nie zostały umieszczone w katalogu dokumentów jakich może żądać Zamawiający, a ponadto żądane dokumenty nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia lecz cech Wykonawcy;

oraz innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i innych przepisów powszechnie obowiązujących ewentualnie wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień ogłoszenia o zamówieniu z dnia 12 kwietnia 2017r. numer 2017/S 072-136350 w zakresie postanowień Sekcji VI Informacje uzupełniające ustęp VI.3 Informacje dodatkowe poprzez usunięcie w pdpkt 7 lit. b i c, a ponadto,
- nakazanie Zamawiającemu usunięcia w Specyfikacji Istotnych. Warunków Zamówienia postanowień punktu 8.2 lit. b i c, a ponadto,
- nakazanie Zamawiającemu usunięcia w Załączniku nr 8 do SIWZ - Wzór umowy - w części dotyczącej sformułowania postanowień Klauzuli 4.1 „Ogólne zobowiązania Wykonawcy” akapit 11,
- dopuszczenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania na okoliczności szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu,
- przyznanie Odwołującemu, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 2) lit. b) 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) kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone przez złożenie na rozprawie stosownych rachunków.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Interes prawny Odwołującego wyraża się w tym, że Wykonawca zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, stąd posiada interes w złożeniu odwołania w zakresie treści ogłoszenia o zamówienia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadniał

W dniu 12 kwietnia 2017r. Zamawiający - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji spółka z o.o. ogłosił przetarg nieograniczony na wykonanie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą i montażem systemów prezentacji treści w ramach inwestycji pn. Budowa nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej PODIUM w Gliwicach.

Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający umieścił wymaganie, które nazwał „przedmiotowym” o treści:

Zamawiający wymaga, aby:

- a) poszczególne elementy stanowiące przedmiot dostaw w ramach zamówienia określone w Załączniku nr 1a do SIWZ spełniały wszystkie wymagania i parametry opisane w Programie funkcjonalno - użytkowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ;*
- b) dla następujących elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia: (i) oferowane ekrany LED do Video Cube, (ii) oferowane projektory multimedialne; (iii) oferowane monitory LCD zaprojektowane do systemu DS, (iv) oferowany Główny Mikser Obrazu z reżyserki Hali Głównej, (v) oferowane tablice wyników wraz z systemem transmisji do Ekranu LED oraz (vi) oferowane okablowanie strukturalne światłowodowe i miedziane (pionowe i poziome) zgodne z okablowaniem budynkowym na obiekcie, Wykonawca posiadał autoryzację od ich producentów do dokonywania ich dostawy, instalacji i montażu,*

c) dla następujących elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia: (i) oferowane ekrany LED do Video Cube, (ii) oferowane projektory multimedialne, (iii) oferowane monitory LCD zaprojektowane do systemu DS oraz (iv) oferowany Główny Mikser Obrazu z reżyserki Hali Główniej, Wykonawca zapewnił, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych w ramach niniejszego zamówienia przez Wykonawcę dany producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania Wykonawcy związane z gwarancją jakości udzieloną przez Wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, to jest przez cały okres gwarancji udzielony przez Wykonawcę w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego dla danego elementu wchodzącego w skład przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z treści cytowanego przepisu wynika dla Zamawiającego zakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcy, który potencjalnie jest w stanie wykonać to zamówienie. Formułując wymogi w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający winien kierować się celem, jakim są zamawiane produkty mają służyć. Każde wymaganie ma znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego a taką argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zarówno w ogłoszeniu o postępowaniu, jak i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz wzorze umowy Zamawiający postawił nowe wymagania dotyczące wprost producenta oferowanych urządzeń, a mianowicie, że musi to być podmiot tożsamy z producentem oferowanego urządzenia. Żądanie jakiegokolwiek dokumentu będącego oświadczeniem producenta sprzętu ogranicza uczciwą konkurencję i eliminuje wykonawców mogących złożyć ofertę w postępowaniu, ponieważ to producent sprzętu zadecyduje o tym, któremu podmiotowi wystawić tego typu oświadczenie [w obydwu zakresach „autoryzacji” i „przejęcia obowiązków gwarancyjnych”]. Pozostali wykonawcy nie będą w stanie złożyć swojej oferty bez narażania się na jej odrzucenie tylko i wyłącznie z powodu braku oświadczenia producenta, które nie jest powszechnie dostępnym dokumentem. Powyższe oznacza, iż w rzeczywistości to nie Zamawiający, ale producent sprzętu decyduje, który

podmiot zdobędzie dane zamówienie i za jaką cenę, gdyż otrzymanie oświadczenia producenta, które jest wystawiane na konkretnego Zamawiającego i pod konkretne postępowanie, wiąże się także z wyższą ceną, jaka zostanie udzielona przez producenta na jego sprzęt. Co równie ważne to fakt, że producent udzieli wsparcia jednemu Oferentowi, zaś oferowana cena nie będzie ceną najkorzystniejszą, gdyż otrzymanie ww. oświadczenia producenta wiązać się będzie z wyższą ceną urządzenia i całego zamówienia, zaś pozostali oferenci mimo niższych cen ofertowych i tego samego sprzętu zostaną odrzuceni z przedmiotowego postępowania tylko i wyłącznie z powodu braku oświadczenia w powyższym zakresie.

Podkreślić także wypada, że producent nie jest stroną w przedmiotowym postępowaniu, natomiast Zamawiający może żądać dokumentów wyłącznie od Wykonawcy, którym według art. 2 ust. 11 ustawy jest osoba, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Pamiętać przy tym należy, że urządzenia dla jakich Zamawiający żąda wyżej wymienionych dokumentów, mają co prawda charakter profesjonalny jednakże występują powszechnie w obrocie, nie tylko na terenie Polski ale i Unii Europejskiej, co dodatkowo wzmacnia argumentację o wyłącznym celu ograniczenia przez Zamawiającego uczciwej konkurencji. Z nieznanymi Odwołującemu przyczyn Zamawiający żąda przedstawienia autoryzacji jedynie do niektórych powszechnie dostępnych [nawet dla konsumentów] urządzeń jak np. monitory LCD czy projektory multimedialne, nie zaś do wszystkich objętych przedmiotem zamówienia. W ocenie Spółki żądane oświadczenie rażąco ogranicza konkurencję albowiem Zamawiający wymaga autoryzacji producenta urządzeń dla dokonania dostawy, instalacji i montażu, podczas gdy takiej autoryzacji nie wymaga żaden z producentów tego typu urządzeń. Podkreślić również należy, że posiadania autoryzacji producenta nie wymaga żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego. Zasada zachowania warunków uczciwej konkurencji nakazuje, aby określenie przedmiotu zamówienia następowało poprzez wskazanie pewnych minimalnych wymogów odzwierciedlających istotne potrzeby zamawiającego. Wymogi te nie mogą być jednak wykorzystywane przez zamawiającego w celu uzyskania świadczenia od z góry określonego podmiotu, natomiast warunek związany z autoryzacją konkretnego producenta ogranicza przecież liczbę podmiotów rynkowych, które mogą złożyć najkorzystniejszą pod względem ceny ofertę.

Po wtóre, w ocenie Odwołujący żądane oświadczenie również rażąco ogranicza konkurencję albowiem z jednej strony Zamawiający wymaga udzielenia przez Wykonawcę [Oferenta] gwarancji i rękojmi na wykonany przedmiot zamówienia, a z drugiej strony z góry wyklucza zakup urządzenia od dystrybutora lub importera. Nie jest wykluczona sytuacja, w której wszystkie wskazane powyżej podmioty opierają się na odpowiedzialności gwarancyjnej producenta urządzeń. Jednakże dla wielu podmiotów, które nie dokonają zakupu urządzenia

bezpośrednio od producenta a od dystrybutora lub importera uzyskanie takiego oświadczenia nie będzie możliwe. Podkreślenia wymaga również, że takie oświadczenie nie zastępuje ani nie znosi odpowiedzialności Wykonawcy.

Powyższe postanowienia ograniczają konkurencję również z tego względu, że Zamawiający wymaga aby świadczenie usług gwarancyjnych było dokonywane przez producenta lub autoryzowany serwis [postanowienie punktu 4.1 wzoru umowy]. W konsekwencji Zamawiający uzyskuje pewność, że usługi serwisu gwarancyjnego będą świadczone na wysokim poziomie. Zatem, o ile powierzenie świadczenia usług serwisowych określonym podmiotom jest nader często spotykane w praktyce, o tyle żądanie złożenia dodatkowego oświadczenia zawęży krąg potencjalnych oferentów wyłącznie do takich podmiotów, które mogą żądane przez Zamawiającego oświadczenie od producenta uzyskać.

Zasady opisywania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia publicznego normuje art. 29 i art. 30 ustawy. Stosownie do art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzanie oferty. W świetle art. 29 ust. 2 ustawy zakazane jest opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Dodatkowo przepis art. 29 ust 3 ustawy, co do zasady zakazuje wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto, stosownie do art. 30 ust. 1 ustawy, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

Zdaniem Odwołującego przez ograniczenie możliwości dostarczania urządzeń przez podmiotu, które nie posiadają autoryzacji producenta dochodzi do nieuprawnionego zawężenia grupy wykonawców mogących oferować swoje produkty. Przyjąć bowiem należy, że posłużenie się sformułowaniem „autoryzacją” jest jednoznaczne ze wskazaniem konkretnego producenta urządzenia, a w ocenie Odwołującego stanowi to naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazuje także, że nie posiada wiedzy aby którykolwiek z producentów urządzeń udzielał autoryzacji na dostawę lub montaż i instalację.

Tym samym za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który umożliwia złożenie oferty tylko na jeden, konkretny, wybrany produkt i przez jednego konkretnego dystrybutora. Zamawiający ma bowiem obowiązek dopuścić możliwość składania ofert równoważnych, a więc ofert na produkty nowe jednakże pochodzące z legalnego źródła, choć niekoniecznie przez podmioty posiadające autoryzację.

W kontekście „autoryzacji” podnieść jeszcze wypada, że Zamawiający nie wyjaśnił na czym ma polegać „autoryzacja producenta” na dostawę, instalację i montaż. Odwołujący nie wie zatem, czy oznacza to li tylko możliwość zakupu danego urządzenia, czy też spełnienia dodatkowych warunków które nie zostały przez Zamawiającego określone.

Niezależnie od powyższego wskazać również należy, że złożenie żądanych oświadczeń [zarówno w kontekście autoryzacji jak i przejęcia obowiązków gwarancyjnych] jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający może żądać od wykonawców dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy przy tym wyjaśnić, że można wyróżnić dwa rodzaje dokumentów:

- dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy PZP, potwierdzające, że oferowane przez wykonawców dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego i

- dokumenty podmiotowe tj. potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust 1 pkt 1 ustawy PZP), o których mowa w art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 ustawy PZP.

Dokumentacja jakiej przedstawienia żąda Zamawiający nie jest wszakże dokumentacją przedmiotową [jak to zostało nazwane w ogłoszeniu i SIWZ] lecz stricte podmiotową a przez ograniczony zakres możliwej do żądania przez Zamawiającego dokumentacji wedle przepisów ustawy, jest to żądanie całkowicie bezpodstawne i nieuprawnione.

Żądanie dostarczenia wymienionych wyżej oświadczeń producenta było przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wyroku z 19 października 2009 r., sygn. Akt KIO/UZP1268/09, Izba stwierdziła: *„Natomiast (...) oświadczenie, tj. oświadczenie producenta serwerów o akceptacji warunków serwisu i zobowiązaniu o przejęciu obowiązków serwisowych w przypadku nie wywiązywania się z tych obowiązków przez wybranego wykonawcę nie jest w ocenie Izby ani dokumentem potwierdzającym spełnienie przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), ani potwierdzającym spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). (...) Należy przy tym podkreślić, iż stosownie do treści art. 25 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp - zamawiający może żądać wyłącznie tych dokumentów, które potwierdzają spełnienie warunków udziału wykonawcy w postępowaniu oraz wymagań w zakresie oferowanego sprzętu. Tym samym żądanie oświadczenia producenta o wskazanej wyżej treści należy uznać za nieuprawnione.”* W związku z powyższym żądanie Zamawiającego dołączenia do oferty „oświadczenia producenta, że w przypadku nie wywiązywania się z obowiązków gwarancyjnych oferenta lub firmy

serwisującej, przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z serwisem" narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, i powinno zostać usunięte z ogłoszenia, SIWZ i umowy.

Odwołujący wskazał również, że wezwał Zamawiającego do zmiany wskazanych wyżej postanowień, jednakże pismo to pozostało bez odpowiedzi do dnia dzisiejszego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 kwietnia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający, na posiedzeniu z udziałem stron złożył pismo „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie i przystąpienie do odwołania” wraz z załączonymi dokumentami, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Izba dopuściła dowody złożone i zawnioskowane przez Zamawiającego wraz z ww. pismem.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego:

- (dowód 1/1) wydruk emaila – zapytanie i odpowiedź skierowane i pochodzące od firmy Panasonic Marketing Europe GmbH Oddział w Polsce,
- (dowód 1/2) wydruk emaila – zapytanie skierowane od firmy LG.
- (dowód 1/3) wydruk emaila – zapytanie i odpowiedź skierowane i pochodzące od firmy NEC Display Solutions Europe GmbH Przedstawicielstwo w Polsce.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 29 ust. 1 ustawy – Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Art 29 ust. 2 ustawy - 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Art. 25 ust. 1 ustawy – W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak

podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Art. 25 ust. 1 ustawy – Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem, informacja z Krajowego Rejestru Karnego, wyciąg z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, lub, w przypadku jego braku, równoważny dokument wykazujący brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także mając na uwadze aktualność tych dokumentów oraz potrzebę zapewnienia ochrony informacji niejawnych, w przypadku zamówień wymagających tych informacji, związanych z nimi lub je zawierających, w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia:

§ 13 rozporządzenia -

1. W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:

1) próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego;

2) certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę, jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia;

3) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym;

4) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, jeżeli zamawiający

odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich seriach norm europejskich;

5) zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający wskazuje środki zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia publicznego, odwołując się do unijnego systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych opracowanych przez akredytowane jednostki.

2. W przypadku zamówień publicznych, o których mowa w art. 131a ust. 1 ustawy, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, oprócz dokumentów, o których mowa w ust. 1, zamawiający może żądać w szczególności opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia:

- 1) odpowiedniej jakości wykonywanego zamówienia publicznego;
- 2) bezpieczeństwa dostaw oraz ochrony informacji niejawnych;
- 3) wykonania zamówienia publicznego w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego;
- 4) utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia publicznego.

3. Wykonawca może zamiast dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 2–5, złożyć równoważne dokumenty wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

4. Wykonawca, który z przyczyn niezależnych od niego, nie ma możliwości uzyskania dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 2–5, może złożyć inne dokumenty dotyczące odpowiednio zapewnienia jakości lub środków zarządzania środowiskowego, potwierdzające stosowanie przez wykonawcę środków zapewnienia jakości zgodnych z wymaganymi normami zapewniania jakości lub środków zarządzania środowiskowego równoważnych środkom wymaganym na mocy mającego zastosowanie systemu lub norm zarządzania środowiskowego.

5. Dowody dotyczące zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych muszą spełniać wymagania wynikające z przepisów o ochronie informacji niejawnych. Zamawiający uznaje dokumenty uprawniające do dostępu do informacji niejawnych wydane przez inne państwa, jeżeli są równoważne poświadczeniu bezpieczeństwa o adekwatnej klauzuli tajności wydanemu zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych. Zamawiający może zwrócić się do właściwych organów o przedstawienie potwierdzenia, że poświadczenie bezpieczeństwa o adekwatnej klauzuli tajności wydane w innym państwie odpowiada

poświadczeniu bezpieczeństwa o adekwatnej klauzuli tajności wydanemu zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych.

II.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradykcyjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza).* Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie*

o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.

Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

III.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 8.2 Warunki przedmiotowe lit. b i c wskazał:

Zamawiający wymaga, aby:

a) (...),

b) dla następujących elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia: (i) oferowane ekrany LED do Video Cube, (ii) oferowane projektory multimedialne, (iii) oferowane monitory LCD zaprojektowane do systemu DS, (iv) oferowany Główny Mikser Obrazu z reżyserki Hali Głównej, (v) oferowane tablice wyników wraz z systemem transmisji do Ekranu LED oraz (vi) oferowane okablowanie strukturalne światłowodowe i miedziane (pionowe i poziome) zgodne z okablowaniem budynkowym na obiekcie, Wykonawca posiadał autoryzację od ich producentów do dokonywania ich dostawy, instalacji i montażu,

c) dla następujących elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia: (i) oferowane ekrany LED do Video Cube, (ii) oferowane projektory multimedialne, (iii) oferowane monitory LCD zaprojektowane do systemu DS oraz (iv) oferowany Główny Mikser

Obrazu z reżyserki Hali Główniej, Wykonawca zapewnił, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych w ramach niniejszego zamówienia przez Wykonawcę dany producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania Wykonawcy związane z gwarancją jakości udzieloną przez Wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, to jest przez cały okres gwarancji udzielony przez Wykonawcę w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego dla danego elementu wchodzącego w skład przedmiotu zamówienia.

W Załączniku nr 8 do *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Wzór umowy postanowień zawartych w Klauzuli 4.1 – Ogólne zobowiązania wykonawcy* akapit 11, Zamawiający podał:

Ponadto dla poniższych kategorii Urządzeń:

- wszystkich oferowanych ekranów LED do Video Cube;*
- wszystkich oferowanych projektorów multimedialnych;*
- wszystkich oferowanych monitorów LCD zaprojektowanych do systemu DS.;*
oraz
- Głównego Miksera Obrazu z reżyserki Hali Główniej;*

wymaga się przedłożenia oświadczeń producentów takich Urządzeń zawierających:

(i) nieodwołalne zobowiązanie takich producentów względem Zamawiającego, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych w ramach Kontraktu przez Wykonawcę dany producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania Wykonawcy związane z gwarancją jakości udzieloną przez Wykonawcę na zasadach określonych w Kontrakcie, to jest przez cały Okres Gwarancji udzielony przez Wykonawcę w ramach Kontraktu dla danego Urządzenia, oraz

(ii) autoryzację producenta takich Urządzeń (lub podmiotu działającego w jego imieniu), z której będzie wynikać uprawnienie Wykonawcy do ich dostawy, instalacji i montażu.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w Sekcji VI Informacje uzupełniające ustęp VI .3 Informacje dodatkowe podpunkt 7 lit. b i c Zamawiający podał:

b) dla następujących elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia: (i) oferowane ekrany LED do Video Cube, (ii) oferowane projektory multimedialne, (iii) oferowane monitory LCD zaprojektowane do systemu DS, (iv) oferowany Główny Mikser Obrazu z reżyserki Hali Główniej, (v) oferowane tablice wyników wraz z systemem transmisji do Ekranu LED oraz (vi) oferowane okablowanie strukturalne światłowodowe i miedziane (pionowe i poziome) zgodne z okablowaniem budynkowym na obiekcie, Wykonawca

posiadał autoryzację od ich producentów do dokonywania ich dostawy, instalacji i montażu;

c) dla następujących elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia: (i) oferowane ekrany LED do Video Cube, (ii) oferowane projektory multimedialne, (iii) oferowane monitory LCD zaprojektowane do systemu DS oraz (iv) oferowany Główny Mikser Obrazu z reżyserki Hali Głównej, Wykonawca zapewnił, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych w ramach niniejszego zamówienia przez Wykonawcę dany producent przejmie na siebie wszelkie zobowiązania Wykonawcy związane z gwarancją jakości udzieloną przez Wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego, to jest przez cały okres gwarancji udzielony przez Wykonawcę w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego dla danego elementu wchodzącego w skład przedmiotu zamówienia. 9.Szczegółowe informacje na temat oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia zawiera dokumentacja zamówienia zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

IV.

W zakresie podniesionych przez Odwołującego zarzutów Izba zważyła:

Izba wskazuje na wstępie, że określone w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - *Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(...). Natomiast w oparciu o art. 29 ust. 2*

ustawy przedmiotu zamówienia Zamawiający nie może opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 czytamy, że opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Znajduje to również odzwierciedlenie w orzeczeniu Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13, wskazał że *w przepisach Pzp ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ.*

Izba poddała analizie stanowiska prezentowane przez Strony w zakresie podniesionych przez Odwołującego zarzutów odwołania i uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba odniesienie się do zarzutu odnoszącego się do postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wskazujących na wymóg Zamawiającego dotyczący posiadania przez Wykonawcę dla następujących elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia: (i) oferowane ekrany LED do Video Cube, (ii) oferowane projektory multimedialne, (iii) oferowane monitory LCD zaprojektowane do systemu DS, (iv) oferowany Główny Mikser Obrazu z reżyserki Hali Główniej, (v) oferowane tablice wyników wraz z systemem transmisji do Ekranu LED oraz (vi) oferowane okablowanie strukturalne światłowodowe i miedziane (pionowe i poziome) zgodne z okablowaniem budynkowym na obiekcie, autoryzacji od producentów wymienionych sprzętów do dokonywania ich dostawy, instalacji i montażu.

Izba podzieliła w tym zakresie argumentację Odwołującego wskazującą na brak jednoznacznego określenia, uszczegółowienia pojęcia „autoryzacja”, które odnosi się w określonych przez Zamawiającego wymaganiach zarówno do dostawy, instalacji jak również do montażu. W zasadzie taki sposób zdefiniowania określonych wymagań przez Zamawiającego nie pozwala na stwierdzenie na czym owa autoryzacja ma polegać. Odnoszenie się do potocznego rozumienia nie może stanowić uzasadnienia czy też zdefiniowania tego określenia, bowiem w każdym przypadku może być ono rozumiane zupełnie inaczej lub choćby w niedużym fragmencie znaczenie tego pojęcia może być różne dla Stron. Izba wskazuje, według Słownika PWN przez autoryzację rozumie się wyrażenie zgody przez producenta na prowadzenie działalności w jego imieniu, co uwidacznia jak bardzo wąsko można rozumieć postanowienie SIWZ, które nie zostało wyartykułowane w dokumentacji postępowania. Podkreślić bowiem należy, co potwierdził również sam Zamawiający, że nie ma definicji legalnej określenia „autoryzacja” do której można byłoby się

odwołać i co pozwalałoby na ocenę jednoznaczności tego pojęcia. Tym samym, przy tak skonstruowanych wnioskach odwołania przez Odwołującego stanowiących w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SWIZ element nierozłączny zarzutu, już z tego powodu zasadne stało się nakazanie wykreślenia z postanowień SWIZ w tym wzorze umowy oraz postanowień ogłoszenia o zamówieniu kwestionowanych wymagań co do posiadania autoryzacji do dokonania dostawy, instalacji i montażu określonych elementów przedmiotu zamówienia.

Przechodząc dalej i odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących obu kwestionowanych postanowień SWIZ i ogłoszenia o zamówieniu, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego opartym na stwierdzeniu, że takie ukształtowanie wymagań przez Zamawiającego dotyczące zarówno wymagania posiadania autoryzacji do dokonania dostawy, instalacji i montażu określonych elementów przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia oświadczenia producenta określonych elementów wchodzących w przedmiot zamówienia o przejściu przez producenta wszelkich zobowiązań wykonawcy związanych z gwarancją jakości udzielonych przez wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego prowadzi do sytuacji, w której to producent sprzętu będzie decydował o tym, jaki podmiot (wykonawca) złoży w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Prowadzi to do wniosku, na co również wskazywał Odwołujący, że to nie Zamawiający wybierze wykonawcę w konkurencyjnej procedurze, ale to producenci, którzy jedynie dla wybranych podmiotów udzielą stosowanych, wymaganych oświadczeń określając w ten sposób grupę podmiotów mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Podkreślenia wymaga również, że wymagania ukształtowane przez Zamawiającego nie stanowią dokumentów powszechnie dostępnych, oraz podkreślenia wymaga fakt, że żaden z podmiotów tj. wykonawców jak również Zamawiający nie mają wpływu na to jakiemu podmiotowi producent wystawi wymagane oświadczenia, a jakiemu podmiotowi nie wystawi takich dokumentów. Przedstawione przez Odwołującego w trakcie postępowania odwoławczego dowody wskazują, że po stronie producentów sprzętu albo brak jest woli współpracy, w tym udzielenia odpowiedzi na zadane pytania – co niezmiennie uwzględniając fakt gospodarki wolnorynkowej jest prawem tych producentów – lub udzielone odpowiedzi wskazują, że producenci nie są zainteresowani wystawianiem wymaganych przez Zamawiającego dokumentów innym podmiotom, wskazując np.: „mamy to już dawno zajęte” (dowód nr 1/1). Więcej, co wskazał w trakcie rozprawy Odwołujący, również z materiałów przedstawionych przez Zamawiającego pochodzących od różnych producentów, załączonych do pisma procesowego, wynika, że zobowiązania jakich wymaga Zamawiający w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego producenci wystawiają sporadycznie, bądź nie wydali takich dokumentów odnośnie tego postępowania. W ocenie

Izby należy mieć również na uwadze fakt, że urządzenia, co do których zostały uregulowane wymagania w dokumentacji postępowania, należą do urządzeń występujących w powszechnym obrocie choć są urządzeniami profesjonalnymi, czego nie kwestionował w trakcie rozprawy Zamawiający. Nie jest sporne co do zasady, i nie kwestionował tego Odwołujący, że możliwe jest uzyskanie autoryzacji producentów określonego przez Zamawiającego przedmiotów zamówienia, jednakże na co Izba wskazuje uzyskanie autoryzacji związane jest z pewnego rodzaju działaniami po stronie wykonawcy wymagającymi również stosownego czasu – co wynika wprost z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego przy piśmie procesowy – a i tak nie jest pewne, że autoryzacja ta danemu podmiotowi zostanie przyznana. Co istotne również w ocenie Izby, różnorodność przedmiotów co do których Zamawiający wymaga autoryzacji, a co za tym idzie możliwa różnorodność producentów prowadzi do konkluzji, że wykonawca chcący uzyskać zamówienie musiałby posiadać autoryzację w zasadzie wszystkich funkcjonujących na rynku producentów aby móc starać się o skuteczne uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Oczywiście pozostaje również aktualna problematyka rozumienia pojęcia „autoryzacja”, co w obliczu istnienia procedur jej pozyskania u poszczególnych producentów nie musi wcale oznaczać tego samego. Izba również zaznacza, że z przedstawionych przez Zamawiającego dowodów wynika, że producenci nie zawsze w ogóle udzielają autoryzacji podmiotom chcącym startować w danym postępowaniu.

W zakresie postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu dotyczących przedstawienia przez wykonawcę stosownego oświadczenia producenta sprzętu określonych elementów wchodzących w przedmiot zamówienia o przejęciu przez producenta wszelkich zobowiązań wykonawcy związanych z gwarancją jakości udzielonych przez wykonawcę na zasadach określonych w umowie w sprawie zamówienia publicznego Izba wskazuje, że argumentacja Zamawiającego przedstawiona na rozprawie nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania. Zamawiający uzasadniał swoje wymagania w tym zakresie odnosząc się do posiadanego doświadczenia z realizacji innego zamówienia dotyczącego budowy stadionu w Gliwicach, gdzie borykał się z *problemem „zniknięcia firmy”, która dostarczała sprzęt i oprogramowanie, a producent nie chciał realizować gwarancji ale zepsuł się system a nie sprzęt*. Taka argumentacja w prowadzonym obecnie postępowaniu nie znajduje żadnego uzasadnienia, bo jak przyznał sam Zamawiający *nie wpisaliśmy wymagania co do systemu w pkt b i c*. Wydaje się być niespornym w sprawie, że każde z urządzeń musi działać w oparciu o jakiś system, jednakże co należy podkreślić, w kwestionowanym postanowieniu Zamawiający nie wymaga oświadczenia producenta co do systemów.

Izba wskazuje również, że każdy ze sprzętów, który jest wymagany w ramach tego postępowania a wskazanych w wymaganiu Zamawiającego otrzymuje od producenta

gwarancję. Odwołujący wskazał na jeden z przedstawionych przez Zamawiającego dokumentów wraz z pismem procesowym, z którego wynika jednoznacznie, że przejęcie zobowiązań w zasadzie polega na przejęciu zobowiązań gwarancyjnych zwartych w gwarancji producenta. Znamienne jest również w tej sprawie, że Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, odnosząc się do gwarancji producenta i gwarancji wykonawcy określonej w tym postępowaniu przez Zamawiającego, że *te gwarancje różnią się dynamiką realizacji czyli wykonania zobowiązań gwarancyjnych, szybkością, co w ocenie pełnomocnika jest istotne z uwagi na to, że jest to podmiot publiczny*. Argumentacja ta w ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia dla tak ukształtowanego wymagania. Podkreślić bowiem należy, że niewątpliwie Zamawiający może poszukiwać i określić wymagania w SWIZ dotyczące realizacji płynących obowiązków z gwarancji jednakże w taki sposób, który obciąży wykonawcę, a nie będzie uzależniał wykonawcy od woli producenta. W piśmie procesowym ponownie Zamawiający odnosi się do systemów, które mają znaczenie z punktu widzenia operatora hali, lecz pomija ponownie fakt, że postanowienia kwestionowane dotyczą sprzętu, co sam przyznał na rozprawie. Zamawiający twierdził, że powszechną praktyką jest wystawianie stosownych oświadczeń przez producentów na rzecz ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawcom, jednakże przedstawione przez Odwołującego dowody jak również dowody przedstawione przez Zamawiającego, a do których odwoływał się w trakcie rozprawy Odwołujący świadczą odmiennie. Izba podkreśla, że skoro w ocenie Zamawiającego jest powszechną praktyką wystawianie takich oświadczeń to mógł przedstawić np.; informację od takiego producenta, że każdy wykonawca, który się do niego zgłosi otrzyma takie oświadczenie.

W zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 ustawy w związku z § 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* Izba uznała, że w obliczu uwzględnienia powyższych zarzutów staje się bezprzedmiotowy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania zgodnego z postanowieniami ustawy, poszanowania zasad wynikających z ustawy oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych, a co w efekcie pozwoli na przejrzystość postępowania

i transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, że Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia zgodnie z własnymi potrzebami, jednakże nie uzasadnia to wprowadzania do wymagań legitymowania się dokumentami, oświadczeniami, które wydawane są bądź nie wydawane przez producentów w zależności od decyzji i uznania producenta.

Reasumując, Izba uznała, że w wyniku czynności dokonanej przez Zamawiającego doszło do naruszenia przepisów wskazanych na wstępie odwołania przez Odwołującego, dlatego też Izba nakazała usunięcie z treści ogłoszenia o zamówieniu postanowienia zawartego w Sekcji VI Informacje uzupełniające ustęp VI .3 Informacje dodatkowe podpunkt 7 lit. b i c oraz postanowień zawartych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 8.2 Warunki przedmiotowe lit. b i c oraz w Załączniku nr 8 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Wzór umowy postanowień zawartych w Klauzuli 4.1 – Ogólne zobowiązania wykonawcy akapit 11 (zaczynający się od słów: „Ponadto dla poniższych kategorii Urzędzeń (...)” a kończący na słowach: „ (...) do ich dostawy, instalacji i montażu.”) czyli dokładnie treści jakie Izba wskazała w punkcie III uzasadnienia tego orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 ze zm.).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: