

Sygn. akt: KIO 1300/15

WYROK

z dnia 3 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Wasko S.A. w Gliwicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Komendanta Głównego Policji w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Comarch Polska S.A. w Krakowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowienia pkt VI.1.2) lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz postanowienia sekcji III.2.1.) pkt 2 a) ogłoszenia o zamówieniu przez nadanie im brzmienia „co najmniej jednej dostawy mobilnych urządzeń wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM o wartości 3 000 000,00 zł brutto” oraz wykonanie czynności informacyjnych związanych z modyfikacją wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa, Komendanta Głównego Policji w Warszawie** i

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Wasko S.A. w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Skarbu Państwa, Komendanta Głównego Policji w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Wasko S.A. w Gliwicach** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu

tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający - Skarb Państwa, Komendant Główny Policji w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa urządzeń pełniących role mobilnych terminali noszonych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 czerwca 2015 r., nr 2015/S 109-197892.

W dniu 19 czerwca 2015 r. wykonawca Wasko S.A. w Gliwicach, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 2) czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 22 ust. 5 ustawy Pzp przez opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję i który nie ma na celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale zawężenie konkurencyjności w postępowaniu,
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu i nie jest jednoznaczny,
- 3) art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 i art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych i pochodzenia, pomimo, że nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a zamawiający może opisać przedmiot zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a ponadto również poprzez niewskazanie dokładnego opisu oceny spełniania równoważności, co doprowadziło do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, oraz który nie jest wystarczająco jednoznaczny,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że dokonany przez zamawiającego opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i stanowi przejaw prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz niezapewniający równego traktowania wykonawców. W ocenie zamawiającego dla należytego wykonania zamówienia konieczne jest posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu dostawy konkretnego typu urządzeń, tj. wzmacnianych (ang. rugged) mobilnych urządzeń z wymiennym akumulatorem wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM. Zdaniem odwołującego ten wymóg nie jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego, w szczególności specyfika przedmiotu zamówienia nie uzasadnia wymogu zamawiającego posiadania doświadczenia zdobytego przy realizacji dostawy konkretnego typu urządzeń. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji opisu w ten sposób aby dopuszczalne było wykazanie się doświadczeniem w należywym wykonaniu co najmniej jednej dostawy mobilnych urządzeń wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM o wartości 3 000 000,00 zł brutto. Według odwołującego dostawa urządzeń mobilnych nie charakteryzuje się żadną szczególną specyfiką. Zatem wykonawca, który w przeszłości wykonywał już duże dostawy (powyżej 3.000.000,00 zł) urządzeń mobilnych wyposażonych interfejs GSM poradzi sobie również z należywym wykonaniem przedmiotowego zamówienia. Dostawa bowiem wzmacnianych (ang. rugged) mobilnych urządzeń z wymiennym akumulatorem wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM, nie charakteryzuje się żadną specyfiką, a wykonawca, który taką dostawę wykonał nie nabywa doświadczenia innego rodzaju niż wykonawca, który wykonał zamówienie polegające na dostawie urządzeń mobilnych wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM o analogicznej wartości. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może wprowadzać nieuzasadnionym interesem zamawiającego barier ograniczających wykonawcom wzięcie udziału w postępowaniu. Wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia zdobytego przy realizacji dostawy konkretnego typu urządzeń mobilnych jest wymogiem nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i nieuzasadnionym obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Posiadanie dokładnie takiego doświadczenia nie jest warunkiem sine qua non należytego wykonania zamówienia.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że wymóg, aby przekątna wyświetlacza oferowanego urządzenia wynosiła 5" - 6" w sposób nieuzasadniony wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń o nieznacznie mniejszej przekątnej, które spełniają pozostałe wymagania z opisu przedmiotu zamówienia. Wymóg ten w połączeniu z koniecznością spełnienia wszystkich pozostałych wymogów z opisu przedmiotu zamówienia prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Zgodnie z wiedzą odwołującego jest

tylko jedno urządzenie, które spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, tj. urządzenie Panasonic Touchpad FZ-E1. Kwestionowany wymóg nie służy ochronie uzasadnionych interesów zamawiającego, ale ma na celu ograniczenie i utrudnienie konkurencji w postępowaniu. Brak jest przy tym podstaw do twierdzenia, że określone przez zamawiającego wymaganie co do przekątnej wyświetlacza, zawężające katalog możliwych do zaoferowania produktów do jednego urządzenia Panasonic podyktowane jest potrzebami zamawiającego w takim stopniu, iż jego niespełnienie uniemożliwi realizację potrzeb zamawiającego w ogóle lub też ich zaspokojenie będzie połączone z nadmiernymi trudnościami. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ w ten sposób, że dopuszczalne będzie zaoferowanie urządzeń o przekątnej wyświetlacza 4,7". Według odwołującego taka zmiana w wielkości wyświetlacza nie wpłynie negatywnie na jakość i ergonomię pracy funkcjonariuszy, którzy korzystać będą z MTN.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zamawiający wymaga akumulatora o mocy nie mniejszej niż 16,5 Wh. Zamawiający używa nieprawidłowych jednostek energii elektrycznej (Wh - watogodziny), podczas, gdy prawidłową jednostką do wyrażania mocy są waty (poprawnie W - waty). Odwołujący wniósł o uściślenie i zmianę przedmiotowej kwestii.

Odwołujący postulował także, aby w wymaganiach urządzenia uwzględniono funkcję A-GPS czyli tzw. Assisted GPS, który zwiększa jeszcze bardziej skuteczność i szybkość uzyskania położenia poprzez uzupełniające do GPS wykorzystanie sieci komórkowej. Jest to standardowa funkcja wykorzystywana przez większość wyższej klasy smartfonów konsumenckich dostępnych na rynku, zatem w przypadku profesjonalnej klasy terminala mobilnego oraz priorytetu wymagań zamawiającego powinna być obligatoryjna. Zdaniem odwołującego do obecnych wymagań, A-GPS powinno być dodane.

Odwołujący podniósł także, że wymaganie minimalnej wielkości pamięci RAM - 2GB stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji. Zamawiający powinien dopuścić 1 GB. Podobnie wymaganie minimalnej wielkości pamięci wewnętrznej (na dane i system) - 32GB - również stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji. Zamawiający powinien dopuścić 8 GB.

Odwołujący argumentował również, że parametr pożądaný „szyfrowanie przestrzeni na dane oraz karty microSD realizowane sprzętowo” ma faworyzować w postępowaniu urządzenie Panasonic FZ-E1, które posiada taki właśnie mechanizm. Odwołujący wniósł o usunięcie tego wymagania z opisu przedmiotu zamówienia.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że zakaz mocowania rysika w handstrapie jest nieuzasadniony. Zwrócił uwagę, że zamawiający żąda aby ekran urządzenia był pojemnościowy. Tę technologię opracowano głównie do obsługi dłonią. Rysik jest elementem dodatkowym i prawie niespotykanym jest umieszczanie go w obudowach urządzeń. Rysik stanowi element oddzielny i jako taki opcjonalny (w przeciwieństwie do

ekranów rezystancyjnych, gdzie był pomocnym elementem i zwykle integrowanym z obudową urządzenia). Tak postawione wymaganie stanowi ograniczenie konkurencji. Nie jest dla odwołującego zrozumiałym dlaczego zamawiający postrzega zagrożenie w mocowaniu rysika np. do handstrapu. Odwołujący wniosł o nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, aby mocowanie rysika w handstrapie było dozwolone.

Odwołujący argumentował także, że zamawiający w postępowaniu preferuje konkretny produkt i posługuje się nazwą własną Windows. Zamawiający formułując swoje wymagania dotyczące systemu operacyjnego posłużył się nazwą własną konkretnego produktu, nie wskazując przy tym wiążących minimalnych warunków oceny równoważności. W dokumentacji postępowania zamawiający wskazał jedynie ogólnie, że dopuszcza złożenie oferty na rozwiązanie równoważne. Teoretycznie zatem można zaoferować produkt równoważny. Odwołujący wskazał jednak, że dla systemu operacyjnego nie zostały przedstawione żadne wiążące parametry graniczne, po spełnieniu których zamawiający uzna dany system za równoważny. Zamawiający nie specyfikował również żadnych wymagań funkcjonalnych, które powinien posiadać produkt równoważny do Windows. Nie ma więc ustalonych żadnych warunków równoważności - wykonawca zatem nie wie, jakie wymagania musi spełnić produkt przez niego zaoferowany, aby zamawiający uznał go za produkt równoważny i w razie złożenia oferty ponosi ryzyko, że jego produkt nie zostanie przez zamawiającego zaakceptowany jako równoważny. W związku z powyższym odwołujący wniosł o nakazanie zamawiającemu uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o brakujące informacje, dotyczące minimalnych warunków równoważności dla tego produktu. Zdaniem odwołującego zamawiający powinien dopuścić system Android jeśli ten oferowany jest razem z urządzeniem. Zamawiający zgodnie z powyżej przedstawioną argumentacją powinien wyszczególnić jak rozumie system równoważny (i jakie systemy mobilne uważa za takowe), jak również pod jakimi warunkami za system równoważny uznany będzie system Android - najpowszechniej stosowany system dla platform mobilnych na świecie. W ocenie odwołującego zamawiający powinien jasno i precyzyjnie określić, czy równoważność systemu operacyjnego będzie zapewniona przez spełnienie „niezbędnych wymaganych funkcjonalności systemu” wymienionych przez zamawiającego w dokumentacji SIWZ. Przy obecnym brzmieniu dokumentacji postępowania odwołujący nie ma pewności, czy taka jest intencja zamawiającego. W odniesieniu do wprowadzonej przez zamawiającego zmiany z dnia 16.06.2015 r. w zakresie oczekiwanego systemu operacyjnego urządzeń mobilnych (Windows, wersja 10) odwołujący argumentował, że zamawiający nie może w obecnym momencie (uruchomienie postępowania przetargowego) oczekiwać od wykonawców dostawy produktu z systemem operacyjnym, który nie jest dostępny na rynku lub którego emisję planuje się dopiero w przyszłości. Zgodnie z informacją firmy Microsoft "Windows 10

pojawi się 29 lipca 2015 r.", co nie stanowi prawnego zobowiązania do dotrzymania tej daty. Odwołujący zaznaczył, że termin składania ofert ustalono na 20.07.2015 godz. 09:30. Wśród systemów kwalifikujących się do uaktualnienia nie ma też informacji n/t Windows (Embedded) Handheld 10. Wprowadzenie nowego systemu operacyjnego i uruchomienie go na profesjonalnych urządzeniach mobilnych, poza dostępnością samego oprogramowania wymaga dedykowanych testów oraz czasu na usunięcia, tzw. „wad wieku dziecięcego”, gdyż są to urządzenia, którym stawia się znacznie wyższe wymagania niż np. urządzeniom konsumenckim. Wyjaśnienia, jakich zamawiający udzielił wprowadzając zmiany w SIWZ wskazują pośrednio, że z pewnością system Windows 8.1 i 10 nie są sobie równoważne. Wobec tego ważnym jest by zamawiający wskazał przykładowe choćby, jego zdaniem systemy równoważne, a przynajmniej odniósł się do najbardziej powszechnego, tj. systemu Android, wskazując także warunki jakie powinien spełnić dla zachowania równoważności.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie Comarch Polska S.A. w Krakowie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikację SIWZ z 16 czerwca 2015 r., wydruki ze stron internetowych firmy Microsoft z 2 lipca 2015 r. złożone przez odwołującego, zrzuty ekranu ze strony internetowej Microsoft (str. 6 i 7 pisma procesowego odwołującego), ogłoszenie o zamówieniu Centrum Projektów Informatycznych z 6 grudnia 2014 r., odwołanie, pismo procesowe odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

Zamawiający – Skarb Państwa, Komendant Główny Policji w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na

podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa urządzeń pełniących rolę mobilnych terminali noszonych”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Comarch Polska S.A. w Krakowie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Stwierdzono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia jak również opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, sporządzenie tego opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp..

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest sprzedaż i dostarczenie urządzeń pełniących rolę mobilnych terminali noszonych oraz ładowarek nabiurkowych. Szczegóły dotyczące przedmiotu zamówienia zostały opisane w projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ (pkt IV.1 i 2 opis przedmiotu zamówienia, s. 2-3 SIWZ).

Ustalono także, że w załączniku nr 1 do umowy „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, w wersji ustalonej w wyniku modyfikacji SIWZ z 16 czerwca 2015 r., zamawiający zawarł następujące postanowienia odnoszące się do systemu operacyjnego: *„Obecnie komunikacja między systemem SWD (System Wspomagania Dowodzeniem), a aplikacją Klienta Mobilnego SWD odbywa się z wykorzystaniem serwera XMPP (tzw. broadcaster). Ponieważ w systemie Windows Handheld 8.1 nie da się zainicjować z zewnątrz komunikacji wysyłając pakiet sieciowy do urządzenia uśpionego, a implementacja*

Windows Notification Server (WNS) nie jest możliwa (SWD działa w wydzielonej sieci Policji, bez dostępu do sieci Internet), Zamawiający oczekuje systemu operacyjnego Windows 10, który umożliwia komunikację (odbieranie komunikatów przychodzących) z urządzeniem za pomocą socket'ów, również wtedy gdy urządzenie jest „uśpione” (zamawiający dopuszcza urządzenia z systemem operacyjnym embedded) lub równoważnego. System musi umożliwić uruchomienie aplikacji Klienta Mobilnego SWD, napisanej jako aplikacja uniwersalna „Univerall apps”, działająca w trybie modern UI.

Wykonawca zobowiązuje się, w przypadku zaoferowania urządzeń z systemem operacyjnym embedded, do uzgodnienia z Zamawiającym szczegółów dot. wbudowanych funkcjonalności systemu operacyjnego i przygotowanie jego wersji wg ustaleń z Zamawiającym. Funkcjonalności do wbudowania bądź usunięcia z ostatecznej wersji embedded systemu operacyjnego zostaną ustalone wspólnie na spotkaniach w siedzibie Biura Łączności i Informatyki Komendy Głównej Policji. Wykonawca zapewni co najmniej 5 dni roboczych na uzgodnienia, po których Wykonawca dostarczy Zamawiającemu do akceptacji urządzenie ze zmodyfikowanym systemem operacyjnym zgodnie z ustaleniami.

Procedury zatwierdzenia/akceptacji przez Zamawiającego i ewentualnych poprawek/zmian kolejnych modyfikacji nie mogą trwać dłużej niż 21 dni kalendarzowych.

Zamawiający zastrzega sobie również możliwość przekazania Wykonawcy celem implementacji przez producenta urządzeń, aplikacji policyjnych w docelowej wersji systemu operacyjnego.

Produkt równoważny musi spełniać wymagania opisane w poniższych tabelach

Poniżej przedstawiono niezbędne wymagane funkcjonalności systemu:”

Pod ww. tekstem znalazło się zestawienie parametrów w formie tabelarycznej, z których niektóre oznaczono jako „wymagane”, zaś pozostałe jako „pożądane”.

Ustalono także, że Zamawiający stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamieścił w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ opis, w jaki sposób zamierza dokonać oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakie musi posiadać wykonawca aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. W pkt VI.1. 2) ppkt a) SIWZ oraz w sekcji III.2.1.) pkkt 2 a) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający zastrzegł, że *o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym wykonania w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie co najmniej jednej dostawy wzmacnianych (ang. rugged) mobilnych urządzeń z wymiennym akumulatorem wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM o wartości 3 000 000,00 zł brutto.*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Za zasadny uznano zarzut dotyczący nieproporcjonalnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki zamawiający zamieścił w pkt VI.1. 2) ppkt a) SIWZ oraz w sekcji III.2.1.) ppkt 2 a) ogłoszenia o zamówieniu.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z powołanego przepisu wynikają reguły, którymi powinien się kierować zamawiający przy dokonywaniu opisu. Należy również pamiętać, że przestrzeganie ww. reguł ma także na celu realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonywanie opisu oceny spełniania warunków ma służyć wyłonieniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia lub wykonać zamówienia z należytą starannością. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, TS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TS UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria

(C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Jak wynika z powyższego, zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Przypomnienia wymagało w tym miejscu, że przedmiotem zamówienia była dostawa mobilnych terminali noszonych. Zamawiający za dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia uznał wyłącznie takiego wykonawcę, który legitymował się wiedzą i doświadczeniem polegającą na wykonaniu co najmniej *jednej dostawy wzmacnianych (ang. rugged) mobilnych urządzeń z wymiennym akumulatorem wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM o wartości 3 000 000,00 zł brutto*. Z kolei odwołujący wywodził, że dla zweryfikowania wiedzy i doświadczenia wykonawcy w przypadku tego zamówienia wystarczy wykazanie się wiedzą i doświadczeniem polegającą na *wykonaniu co najmniej jednej dostawy mobilnych urządzeń wyposażonych w interfejs komunikacyjny GSM o wartości 3 000 000,00 zł brutto*. Jak wynikało z porównania tych warunków, spór pomiędzy stronami sprowadzał się de facto do oceny dwóch elementów referencyjnej dostawy: przymiotu urządzeń polegających na ich „wzmocnieniu” oraz faktu dostarczenia wraz z tymi urządzeniami dodatkowo „wymiennych akumulatorów”. Sporne nie były zaś pozostałe elementy warunku: tj. obowiązek wykonania dostawy urządzeń mobilnych, wyposażenia w interfejs komunikacyjny GSM oraz wartość dostawy osiągająca wielkość 3 mln zł brutto.

W ocenie Izby warunek opisany przez zamawiającego nadmiernie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Nie wskazano Izbie na istnienie takich specyficznych przymiotów wiedzy i doświadczenia wykonawcy, jakie miałyby wynikać z uprzedniej dostawy urządzeń wzmacnianych czy posiadających wymienny akumulator. Nie było sporne pomiędzy stronami, że urządzenia wzmacniane różnią się od pozostałych urządzeń jedynie solidniejszą konstrukcją (budową). Jest to zatem jedynie cecha urządzenia zależna raczej od producenta, a nie dostawcy. Brak było podstaw do twierdzenia, że wykonawca, który posiada doświadczenie w dostawie urządzeń mobilnych niespełniających tej cechy, nie będzie w stanie dostarczyć urządzeń wzmacnianych. Z kolei urządzenia z wymiennym akumulatorem różnią się od urządzeń z akumulatorem niewymiennym nawet nie tyle rodzajem tego podzespołu służącego do gromadzenia energii, gdyż to było dla zamawiającego obojętne, a tylko jedną z jego funkcjonalności, a mianowicie „wymiennością”.

Zamawiający w trakcie rozprawy wywodził, że doświadczenie w dostawie urządzeń z wymiennymi akumulatorami ma dla niego znaczenie, gdyż dostawca który wykonał takie zamówienie musiał odpowiadać również za serwisowanie owych wymiennych akumulatorów, co wykazuje pewną specyfikę. Zdaniem Izby, jeżeli zamawiający oczekiwał od wykonawcy doświadczenia w serwisowaniu wymiennych akumulatorów do urządzeń mobilnych, to powinien swe intencje wyartykułować w treści warunku. Uszło uwadze zamawiającego, że literalnie rzecz biorąc warunek udziału w postępowaniu w takim brzmieniu, jak opisano w SIWZ spełnia i taki wykonawca, który jedynie podołał dostawie urządzeń mobilnych w aspekcie logistycznym. Zatem tak artykułowana intencja zamawiającego co do brzmienia warunku nie wynikała z treści tego warunku. Wreszcie, jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący, serwis oferowanych urządzeń – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia – należeć będzie do producenta urządzeń lub jego autoryzowanego przedstawiciela, a nie do wykonawcy. Powyższe wynikało z pkt 4 załącznika nr 3 do projektu umowy (strona 52 SIWZ), w którym jednoznacznie przesądzono, że *serwis przedmiotu umowy będzie realizowany przez producenta dostarczonego sprzętu lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta sprzętu*. Zatem, wbrew stanowisku zamawiającego, chęć zbadania doświadczenia wykonawcy w serwisowaniu akumulatorów wymiennych nie mogła być argumentem przemawiającym za proporcjonalnością takiego warunku, jak opisano w SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że wymaganie od wykonawców doświadczenia co do dostawy urządzeń mobilnych wyłącznie „wzmocnionych” czy „wyposażonych w wymienne akumulatory”, nie znajduje dostatecznego uzasadnienia w charakterystyce, zakresie, stopniu złożoności czy warunkach realizacji zamówienia. Powyższe świadczyło o zasadności zarzutu odwołującego co do nieproporcjonalności opisanego warunku udziału w postępowaniu. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Za chybiony uznano zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymaganego systemu operacyjnego.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie jest prawdą jakoby zamawiający nie sformułował w SIWZ żadnych warunków równoważności systemu operacyjnego. Zamawiający opisał warunki równoważności w załączniku nr 1 do projektu umowy, którego ostateczne brzmienie wynikało z modyfikacji SIWZ z 16 czerwca 2015 r. Zamawiający wskazał w przywołanym załączniku m.in., że *„produkt równoważny musi spełniać wymagania opisane w poniższych tabelach”*. Z kolei pod ww. tekstem znalazło się zestawienie parametrów systemu operacyjnego w formie tabelarycznej. Rzeczywiście, w tabeli tej niektóre z parametrów określono jako „wymagane”, zaś pozostałe jako „pożądane”. Jednakże w świetle powoływanych fragmentów SIWZ oczywistym było, że dla wykazania

równoważności oferowanego systemu operacyjnego wystarczające będzie spełnienie wyłącznie parametrów wymaganych. Po pierwsze, zamawiający w cytowanym zdaniu odsyłającym do tabeli wskazał, że produkt równoważny musi spełniać „wymagania” opisane w tabelach, a nie „elementy pożądane”. Po drugie, słowo „pożądane” w języku polskim oznacza jedynie tyle co „preferowane”. Wreszcie to, że spełnienie parametrów pożądanych spowoduje jedynie przyznanie oferowanemu systemowi operacyjnemu wyższej punktacji wynikało jednoznacznie z postanowień rozdziału XIV SIWZ i opisanego tam kryterium K3 „wymagania pożądane urządzeń”. Dostrzeżenia wymagało, że elementy pożądane systemu operacyjnego, opisane w tabeli w załączniku nr 1 do umowy, zostały jednocześnie wymienione w postanowieniach rozdziału XIV SIWZ jako skutkujące przyznaniem dodatkowej punktacji. Biorąc powyższe pod uwagę, nie mogło ulegać wątpliwości, że spełnienie parametrów pożądanych nie było konieczne dla wykazania równoważności oferowanego systemu, a oznaczało jedynie możliwość uzyskania dodatkowych punktów. W konsekwencji, analizowane postanowienia SIWZ należało uznać za dostatecznie jednoznaczne.

Za chybione uznano stanowisko odwołującego, jakoby zamawiający zaniechał opisanego parametrów równoważności dla najpopularniejszego systemu operacyjnego Android. Warunki równoważności systemu operacyjnego, jakie przedstawiono w tabelach w załączniku nr 1 do umowy, odnosiły się dla wszystkich systemów, a więc i systemu Android. Za niezasadne uznano zatem żądanie odwołującego co do uzupełniania SIWZ o podanie parametrów równoważności dla tego systemu, gdyż parametry takie już zostały sprecyzowane.

Nietrafne okazało się stanowisko odwołującego jakoby zamawiający miał dopuścić w SIWZ dostawę wyłącznie systemu operacyjnego Windows 10. Jak wynikało z parametrów równoważności określonych w tabelach w załączniku nr 1 do umowy, zamawiający dopuścił zaoferowanie każdego systemu operacyjnego, który będzie spełniał precyzyjnie opisane cechy. Nazwa systemu Windows 10 padła w kontekście spełnienia jednego z parametrów określonego w tabeli jako „wymagany”, a którego to parametru miał nie spełniać system Windows Handheld 8.1. Zatem użycie przez zamawiającego nazwy systemu Windows 10 należało uznać jedynie za wskazówkę dla wykonawców, że w ocenie zamawiającego system ten spełni opisane w tabelach wymagania, w przeciwieństwie do systemu Windows Handheld 8.1.

Wzięto pod uwagę, że zamawiający 2 lipca 2015 r. dokonał modyfikacji SIWZ w wyniku której znacząco wydłużył termin składania ofert do dnia 30 września 2015 r. Ponadto, termin realizacji zamówienia został przesunięty na dzień 15 grudnia 2015 r. Powyższe, w połączeniu z jednoznacznym i precyzyjnym określeniem parametrów równoważności, niweluje ewentualne trudności z dostawą urządzeń z systemem Windows 10. O tym, że nie

można wykluczyć problemów związanych z premierą systemu operacyjnego Windows 10 zaplanowaną dopiero na 29 lipca 2015 r. należało wnioskować w oparciu o wydruki oraz zrzuty ekranu ze stron internetowych firmy Microsoft, złożone przez odwołującego. Jednakże, system Windows 10 wedle SIWZ nie jest jedynym, dopuszczalnym jaki można zaoferować. Wobec podania przez zamawiającego parametrów równoważności w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, każdy z wykonawców ma możliwość zaoferowania dowolnego systemu, który spełni wymagania zamawiającego. W konsekwencji odwołanie w analizowanym zakresie podlegało oddaleniu. Opis przedmiotu zamówienia, jaki zamieszczono w SIWZ, nie narusza reguł wynikających z przepisów art. 29 ust. 1, ust. 2 ani ust. 3 ustawy Pzp. Jest to bowiem opis wyczerpujący, jednoznaczny i który nie narusza uczciwej konkurencji w postępowaniu. Posłużenie się w opisie nazwą jednego z systemów operacyjnych nie naruszało art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, skoro takiemu wskazaniu towarzyszyło dopuszczenie rozwiązań równoważnych opisanych w sposób precyzyjny.

Izba nie rozpoznawała pozostałych zarzutów, albowiem odwołujący cofnął je w trakcie posiedzenia przed Izbą.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Dokonany przez zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie odpowiadał bowiem treści art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* Wobec powyższego nakazano zamawiającemu wykonanie czynności modyfikacji postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówienia zawierających wadliwy opis warunku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do żądań, które uznano za chybione, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o całości żądania uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę "przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*.” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie: VI.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15

marca 2010r. 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: