

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 17 lipca 2015 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 lipca 2015r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Uniwersytet Łódzki, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 15 czerwca 2015r., przekazanej przy piśmie (znak: UZP/DKUE/W2/421//7(11)/15/DD) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa i instalacja sprzętu komputerowego, notebooków, urządzeń dla potrzeb sieci komputerowej, akcesoriów komputerowych oraz oprogramowania dla Uniwersytetu Łódzkiego”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Katarzyna Prowadzisz
Małgorzata Stręciwilk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej zasługują na uwzględnienie w następującym zakresie: część nr 1 poz. 1, część nr 2 poz. 10 oraz część nr 4 poz. 5 i 9 zamówienia. W pozostałym zakresie zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej „Prezesem UZP” lub „Prezesem Urzędu”, wynikły na tle następującego stanu faktycznego.

Zamawiający – Uniwersytet Łódzki (dalej: „zamawiający”) działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i instalacja sprzętu komputerowego, notebooków, urządzeń dla potrzeb sieci komputerowej, akcesoriów komputerowych oraz oprogramowania dla Uniwersytetu Łódzkiego”.

Prezes UZP przeprowadził kontrolę doraźną następczą opisanego powyżej postępowania. W wydanej w dniu 15 czerwca 2015 r. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (znak: UZP/DKUE/W2/421//7(11)/15/DD) Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu wskazał, że ze względu na fakt, iż ustalenie i ocena stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wymagała wiadomości specjalnych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu wystąpił do biegłego z prośbą o sporządzenie opinii w zakresie stwierdzenia m.in.:

- czy opis przedmiotu niniejszego zamówienia wskazywał na konkretnych producentów, konkretne produkty oraz czy pozwalał na zaoferowanie produktów innych producentów niż pośredni lub bezpośrednio wskazane w opisie,
- czy żądanie przez zamawiającego certyfikatu EPEAT w wersji Gold mogło utrudnić uczciwą konkurencję oraz czy urządzenia zaoferowane przez wykonawców, a nie posiadające ww. certyfikatu lub posiadające inny np. ENERGY STAR, byłyby wystarczające do należytego wykonania zamówienia.

Powołany przez Prezesa Urzędu biegły sporządził ekspertyzę, w której dokonał analizy wszystkich pozycji sprzętu komputerowego wymienionego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do siwz – arkusz cenowy). Biegły stwierdził m.in., że opis przedmiotu zamówienia wskazywał na konkretnych producentów oraz konkretne produkty w przypadku niektórych pozycji:

Część 1

Pozycja 1 – Komputer przenośny typu notebook

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący laptopa wskazuje na konkretnego producenta – **DELL**. „*Technologia TrueLife oznacza de facto użycie technologii Anti-Reflective LCD, tj. technologii polegającej na zastosowaniu dodatkowej powłoki matrycy, której zadaniem jest m.in. pochłanianie padających na nią promieni światła. Istnieje wielu producentów wykorzystujących opisywaną technologię, m.in. Acer, Asus, DELL, Sony itd., jednak każdy z producentów nazywa tą technologię inaczej. Użycie w siwz nazwy technologii wykorzystywanej przez jednego producenta może sugerować konieczność oferowania produktów tego producenta. Zwłaszcza, że – jak często bywa – producenci adaptując rozwiązania technologiczne dla swoich celów wprowadzają w nich swoje modyfikacje i przygotowujący ofertę może mieć to na uwadze. Na pewno zaś przygotowujący ofertę chcąc spełnić jej wymogi może sugerować się zastosowanym przez zamawiającego zapisem – zwłaszcza że zamawiający zawarł w tabeli wskazanie przykładowego modelu laptopa właśnie producenta stosującego wskazaną z nazwy technologię.*”

Część 2

Pozycja 1 – Komputer przenośny typu notebook

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący laptopa wskazuje na konkretnego producenta – **Sony** – modele podmarki **Vaio**. „*Zamawiający wskazał jako przykładowy spełniający wymogi laptop Sony Vaio VPC-SB3S9E/B. Istnieją wersje wskazanego laptopa spełniające wymagania. Nie znaleziono jednak laptopów innych producentów spełniających te wymagania. Wymogami ograniczającymi w połączeniu z innymi parametrami wyniki wyszukiwania laptopów do wskazanej podmarki okazały się: wielkość matrycy 13,3” oraz posiadanie dwóch kart graficznych. Niezrozumiałe dla sporządzającego opinię jest zawarcie w siwz wymogu posiadania przez oferowany laptop dwóch kart graficznych, których parametry wydajnościowe relatywnie niewiele się różnią. W ocenie sporządzającego opinię wymóg nie znajduje uzasadnienia z technicznego punktu widzenia, a skutkiem jego zawarcia jest wskazane wcześniej ograniczenie wyników wyszukiwania.*”

Pozycja 2 – Zestaw komputerowy

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący laptopa wskazuje na konkretnego producenta – HP.

Pozycja 4 – Zestaw komputerowy

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący monitora wskazuje na konkretną serię modeli - LG E1942.

Pozycja 5 – Akcesoria komputerowe (drukarka)

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarki wskazuje na konkretnego producenta – HP.

Pozycja 10 – Akcesoria komputerowe (drukarka)

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarki wskazuje na konkretnego producenta – Kyocera.

Pozycja 18 – Zestaw komputerowy

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący monitora wskazuje na konkretnego producenta- iiyama.

Pozycja 22 – Komputer przenośny typu notebook

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący laptopa wskazuje na konkretnego producenta – **Lenovo**. „Opis przepisany ze specyfikacji notebooka firmy Lenovo. Świadczy o tym m.in. wymóg, aby klawiatura była typu AccuType, co widnieje wyłącznie w opisach komputerów tej firmy.”

Część 4

Pozycja 5 i 9 – Serwer

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący serwera wskazuje na konkretnego producenta - **DELL**.

Pozycja 18 – Akcesoria komputerowe

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarki wskazuje na konkretnego producenta – **Xerox**.

Część 6

Pozycja 1– Akcesoria komputerowe

Biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarek wskazuje na konkretnego producenta – **HP**.

Odnosząc się do wymogu posiadania przez wykonawców certyfikatu EPEAT w wersji Gold, biegły wskazał, iż „Certyfikacja EPEAT ma charakter wyróżnika dla urządzeń przyjaznych dla środowiska. Według wiedzy sporządzającego opinię certyfikat ten nie jest wymagany w Polsce. Kwestia zasadności zawarcia wymogu w siwz od strony prawnej leży poza

kompetencjami sporządzającego opinię. Sporządzający opinię stoi na stanowisku, że zawarcie w opisie poszczególnych pozycji siwz wymogów posiadania certyfikatu EPEAT GOLD wynika z niewłaściwego sposobu formułowania tych wymogów. W ocenie sporządzającego opinię opisy zostały zaczerpnięte z opisów istniejących urządzeń zamiast na podstawie rzeczywistych oczekiwań zamawiającego. Świadczyć o tym może m.in. fakt zawarcia wymogów posiadania certyfikatu EPEAT GOLD tylko w niektórych pozycjach siwz. Gdyby wymóg ten wynikał z uwarunkowań dotyczących funkcjonowania instytucji zamawiającego, miałby on charakter ogólny i powinien zostać w treści siwz lub w innym dokumencie powiązany uzasadniony." Zdaniem biegłego „(...) żądanie zamawiającego mogło utrudnić (w ocenie sporządzającego opinię utrudniło) uczciwą konkurencję rozumianą jako umożliwiającą oferowanie urządzeń spełniających wymogi zamawiającego zasadne wobec jego rzeczywistych potrzeb i wynikającego z nich przeznaczenia zamawianych urządzeń i oprogramowania. Istnieje wiele urządzeń o parametrach wystarczających do zaspokojenia potrzeb zamawiającego – nieposiadających certyfikatu EPEAT GOLD."

Ponadto biegły wskazał, iż „Opisy zawarte w siwz dotyczące oprogramowania systemowego zawierają elementy charakterystyczne oprogramowania firmy Microsoft Inc. powodując tym samym zawężenie zbioru możliwego do zaoferowania oprogramowania systemowego do oprogramowania tego producenta. Bardzo podobnie wygląda sytuacja z wymogami związanymi z pakietami biurowymi. Wymagana zawartość oraz funkcjonalność a także ściśle określone powiązania, funkcje i cechy charakterystyczne zawężają wybór do wyłącznie oprogramowania Microsoft Office. Zaznaczyć stanowczo należy, że istnieje duża ilość pakietów konkurencyjnych oraz współpracujących z nimi oprogramowania, które po skonfigurowaniu mogą w ocenie sporządzającego opinię w sposób spełniający wszystkie uzasadnione oczekiwania zamawiającego zastąpić pakiety firmy Microsoft. Sposób przygotowania siwz wyklucza je jednak w sposób nieuzasadniony z technicznego punktu widzenia z kręgu oprogramowania możliwego do zaoferowania. Jednym z przykładowych wymogów wyłączających oprogramowanie innych producentów jest wymóg zintegrowanego z pakietem programu umożliwiającego „zarządzanie informacją prywatną”. Ogólny kierunek rozwoju oprogramowania biurowego i organizacyjnego jest taki, że oprogramowanie obu rodzajów udostępnia narzędzia i interfejsy programowe umożliwiające współpracę ich ze sobą. Rozwiązanie takie ma przewagę nad rozwiązaniem firmy Microsoft polegającą na możliwości wyboru programu organizacyjnego, pocztowego czy innego do współpracy z zainstalowanym pakietem biurowym. W ocenie sporządzającego opinię zamawiający powinien określić zakres oczekiwanych funkcjonalności zestawu zainstalowanego oprogramowania dając możliwość konfiguracji bez określania warunku, aby oprogramowanie pełniące określoną funkcję było integralnym elementem wskazanego pakietu biurowego.

Wskazane przez zamawiającego wymogi związane z oprogramowaniem antywirusowym w sposób jednoznaczny wskazują na jego współpracę z oprogramowaniem firmy Microsoft, a więc wymuszają stosowanie oprogramowania tego producenta. Sporządzający opinię stoi na stanowisku, że sposób formułowania wymogów zastosowany przez zamawiającego ma niewątpliwie bardzo duży wpływ na monopolizację (w znaczeniu: „opanowanie rynku przez jednego dominującego sprzedawcę” - <http://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/monopolizacja.html>) rynku oprogramowania. Twierdzenie to jest subiektywne, lecz poparte wieloletnią obserwacją rynku oprogramowania, a ponadto posiada odzwierciedlenie w mediach.”

Mając na uwadze analizę dokonaną przez biegłego, Prezes Urzędu wskazał, że zagadnienie opisu przedmiotu zamówienia stanowi istotną część regulacji ustawowej prawa zamówień publicznych. Opis przedmiotu jest bowiem jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W ustawie Pzp ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowane potrzeby, jednakże każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Dalej Prezes Urzędu podkreślił, że zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

Po drugie, Prezes Urzędu wskazał, że opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w szczególności poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Naruszenie zasady wynikającej z treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć zatem charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Niezależnie od powyższego wszelkie czynności

zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

W ocenie Prezesa Urzędu z powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (podobnie - wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.).

W szczególności, Prezes Urzędu wskazał, przywołując wyrok KIO w wyroku z dnia 17 marca 2009 r. (KIO/UZP 253/09), że - *„Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń, które wskazują na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta albo konkretny wyrób. Dyskryminacja wykonawców następuje również w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są tak rygorystyczne i nie uzasadnione potrzebami zamawiającego przez co ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.”*

W ocenie Prezesa Urzędu w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Prezes Urzędu wskazał, że w przedmiotowej sprawie zapisy siwz dotyczące „komputerów przenośnych typu notebook” w części nr 1 (poz. 1), części nr 2 (poz. 1 i 22) wskazywały na konkretnego producenta - odpowiednio firmy DELL, SONY (model podmarki Vaio) oraz Lenovo. Prezes Urzędu wskazał za biegłym, że zamawiający dokonał opisu wymaganych parametrów „komputerów przenośnych typu notebook” poprzez dosłowne przeniesienie do siwz parametrów konkretnych urządzeń, jak np. zastosowanie Technologii TrueLife, posiadanie wielkości matrycy 13,3” oraz posiadanie dwóch kart graficznych. Podobnie w przedmiocie szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zamówienia na pozycje dotyczące „zestawów komputerowych” zapisy siwz wskazywały na konkretnego

producenta, tj. w części 2 poz. 2 dotyczącej laptopa na firmę HP, w części 2 poz. 4 dotyczącej monitora firmy LG oraz w części 2 poz. 18 dotyczącej monitora IIYAMA. Nadmienić przy tym należy, że w odniesieniu do części 2 poz. 2 zamawiający wprost użył nazwy własnej wymagając „komputera HP”. Również opis przedmiotu zamówienia w części 2 poz. 5, 10, części 4 poz. 18 oraz w części 6 poz. 1 dotyczący „akcesoriów komputerowych (drukarek)” wskazywał na konkretnych producentów firmy: HP, Kyocera oraz Xerox. W odniesieniu do części 4 poz. 18 zamawiający żądając tonerów użył wprost nazwy własnej Xerox.

Prezes Urzędu podkreślił, że biegły w swej opinii odniósł się także do kwestii oprogramowania twierdząc, że możliwe było opisanie go w przedmiocie zamówienia w sposób umożliwiający zaoferowanie oprogramowania także innego niż Microsoft, jednakże zapisy siwz tej możliwości nie uwzględniały.

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes Urzędu uznał, iż jedynie wykonawcy oferujący sprzęt komputerowy danych producentów mogli spełnić wymagania określone przez zamawiającego. Zamawiający w pkt 3.14 siwz dopuścił wprawdzie stosowanie rozwiązań równoważnych, jednakże całościowy zbieg wymagań dla ww. przedmiotów zamówienia powodował, iż wymagania siwz spełniały jedynie urządzenia konkretnego producenta.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, Prezes Urzędu stwierdził, iż zamawiający w sposób wadliwy sporządził szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla części nr 1 poz. 1, części nr 2 poz. 1, 2, 4, 5, 10, 18, 22, części nr 4 poz. 5, 9 i 18, części nr 6 poz. 1 oraz dla systemów operacyjnych, gdzie wskazano elementy charakterystyczne dla firmy Microsoft. Prezes Urzędu uznał, że w postępowaniach stanowiących część nr 1, nr 2, nr 4 i nr 6 niniejszego zamówienia, Zamawiający naruszył treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a w częściach część nr 2 i nr 4 dodatkowo art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto, Prezes Urzędu wskazał, że zamawiający wymagał, ażeby komputery wchodzące w skład części nr 2 poz. 2 oraz nr 4 poz. 28 przedmiotu zamówienia określonego w arkuszu cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ posiadały certyfikację EPEAT w wersji Gold dla oferowanego modelu komputera na terenie Polski. Żądanie przez zamawiającego posiadania przez komputer certyfikatu EPEAT na poziomie złotym ograniczało dostęp do zamówienia. Certyfikat EPEAT stanowi część programu Green Electronic Consilium, który jest prowadzony przez fundację non-profit Institute of Electrical and Electronics Engineers. Standard EPEAT został zaaprobowany w USA jako obowiązujący do stosowania przez

agencje federalne USA. EPEAT opiera się na standardzie IEEE 1680 stworzonym przez Institute of Electrical and Electronics Engineers, który zawiera zestaw wymagań pozwalających ocenić wpływ na środowisko sprzętu komputerowego wraz z metodami ich oceny. IEEE 1680 odwołuje się także do innych norm m.in. do RoHS, ISO 14001 (System Zarządzania Środowiskiem), Energy Star, ale jednocześnie obejmuje normy związane z całym cyklem życia produktu. Stosowanie tego kryterium oznacza zawężenie wyboru sprzętu elektronicznego tylko do tych producentów, którzy mają dokument EPEAT. Należy bowiem zwrócić uwagę, że posiadanie EPEAT GOLD oznacza konieczność rejestracji produktu w Green Electronics Council i przejścia procesu weryfikacji zgodnie z wymaganiami rejestracji produktu w celu wprowadzenia danego sprzętu komputerowego do rejestru EPEAT. Zgodnie z wymaganiami należy spełnić 23 kryteria obowiązkowe oraz 28 opcjonalnych uzyskując w ten sposób rating środowiskowy porównywalny pomiędzy producentami. Producenci niezarejestrowani w rejestrze EPEAT pomimo spełniania norm wymaganych na rynku europejskim nie mogliby złożyć w tych częściach oferty. W konsekwencji brak rejestracji ogranicza ich liczbę. Istnieje wiele urzędzeń o parametrach wystarczających do zaspokojenia potrzeb zamawiającego – nieposiadających certyfikatu EPEAT GOLD. W ocenie Prezesa Urzędu żądanie posiadania atestu EPEAT GOLD, będącego oznaczeniem, które otrzymują firmy amerykańskie bądź firmy posiadające zarejestrowane oddziały w USA, stanowi wymóg w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję i prowadzący do nierównego traktowania wykonawców, naruszając tym samym zasadę sporządzania opisu przedmiotu zamówienia określoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa Urzędu zapisy Załącznika 1 do siwz - „Arkusza cenowego” stanowiącego listę przedmiotów składających się na niniejsze zamówienie zostały w wybranych modelach części nr 1, części nr 2, części nr 4 oraz części nr 6, sformułowane w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji, bowiem wskazywały na konkretnych producentów. Ponadto żądanie posiadania atestu EPEAT GOLD, stanowi wymóg w sposób nieuzasadniony ograniczający konkurencję. Zapisy te zatem naruszały zasadę sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia zawartą w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącą, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby ograniczyć uczciwą konkurencję. W odniesieniu do części nr 2 i nr 4 poprzez użycie konkretnych nazw własnych zamawiający naruszył ponadto art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu wskazał również, że jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 14.11.2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych częściach zamówienia oraz o ofertach odrzuconych. Ww. zawiadomienie

nie zawiera uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia w części nr 8 oferty wykonawcy (...)

Ponadto Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, w szczególności o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Faktyczne i prawne uzasadnienie odrzucenia oferty jest integralną częścią zawiadomienia o odrzuceniu oferty.

Wobec powyższego Prezes Urzędu uznał, że zamawiający nie podając uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia w części nr 8 oferty wykonawcy (...) naruszył dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2015 r. wniósł zastrzeżenie do wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa i instalacja sprzętu komputerowego, notebooków, urządzeń dla potrzeb sieci komputerowej, akcesoriów komputerowych oraz oprogramowania dla Uniwersytetu Łódzkiego”*. Zamawiający wskazał, że w zakresie wymogu posiadania certyfikatu EPEAT Gold (pkt 2 zastrzeżeń) podniósł w zastrzeżeniach, że certyfikat EPEAT Gold dla swoich produktów posiadają wszyscy najwięksi producenci zestawów komputerowych, tj. np. HP, DELL, F-S, Asus, Acer, Lenovo. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż w danym postępowaniu nie może być mowy o ograniczeniu konkurencyjności poprzez żądanie ww. certyfikatu, gdyż *„Zamawiający posiada wiedzę, że w chwili organizowania procedury przetargowej były produkowane co najmniej trzy zestawy komputerowe przez renomowane marki światowe (HP, Dell, F-S) spełniające te parametry.”*

Zamawiający odniósł się również do poszczególnych parametrów zamawianych urządzeń, których wymaganie, zgodnie z Informacją o wyniku kontroli mogło powodować ograniczenie konkurencji:

- w pkt 3 zastrzeżeń odnośnie wymagań przewidzianych w siwz dla Komputera przenośnego typu notebook (Część 1 Pozycja 1) – w przedmiocie żądania technologii TrueLife, Zamawiający zauważył, iż w treści arkusza cenowego wskazał model i markę produktu jako przykładowy sprzęt i spełniający wymagania techniczne określone w siwz., co nie oznaczało że przykładowy model ograniczał możliwość składania ofert równoważnych;
- w pkt 4 zastrzeżeń odnośnie parametrów określonych w siwz dla Komputera przenośnego typu notebook (Część 2 Pozycja 1):

- Zamawiający nie zgodził się, że opisany sprzęt wskazuje na jednego producenta SONY Vaio VPC- SB3S9E/B. Według Zamawiającego „*W chwili przeprowadzania procedury przetargowej istniały (były produkowane) co najmniej dwa takie notebooki, które spełniały parametry minimalne. Są to Sony j.w. oraz HP Probook seria 43308.*”
- w przedmiocie żądania posiadania dwóch kart graficznych zamawiający wskazał, iż „*Dodatkowa karta graficzna posiada w porównaniu do standardowej karty Intel HD 3000 możliwość obsługi technologii DirectX 11 i Shader 5.0 czym nie może się pochwalić karta zintegrowana. z procesorem (karta zintegrowana obsługuje tylko niższe wersje DirectX 10 i Shader 4.1). Te funkcjonalności są, wykorzystywane przy obsłudze oprogramowania statystycznego w jednostce Zamawiającego.*”;
- w pkt 5 zastrzeżeń odnośnie parametrów określonych w siwz dla Komputera przenośnego typu notebook (Część 2 Pozycja 4) Zamawiający wskazał, iż powyższe parametry spełnia również model Acer seria X ET.XXX3HA.010;
 - w pkt 6 zastrzeżeń odnośnie parametrów określonych w siwz dla Zastawu komputerowego – drukarka (Część 2 Pozycja 18) Zamawiający wskazał, iż powyższe parametry spełniają również modele marki Benq oferowane w tamtym czasie;
 - w pkt 7 zastrzeżeń odnośnie parametrów określonych w siwz dla Akcesoriów komputerowych – drukarka (Część 2 Pozycja 5) Zamawiający wskazał, iż równoważny produkt oferuje Epson, Canon. Zamawiający wskazał również, iż powyższe dotyczy także parametrów określonych w siwz dla Akcesoriów komputerowych – drukarka (Część 6 Pozycja 1);
 - w pkt 8 zastrzeżeń odnośnie parametrów określonych w siwz dla Akcesoriów komputerowych – drukarka (Część 2 Pozycja 10) Zamawiający wskazał, iż powyższe wymagania spełniają także drukarki Ricoh z serii SP.C.;
 - w pkt 9 zastrzeżeń odnośnie parametrów określonych w siwz dla Komputera przenośnego typu notebook (Część 2 Pozycja 22) Zamawiający wskazał, iż technologia AccuType tj. cicha wyspowa klawiatura wskazuje nie tylko na produkty firmy Lenovo. „*Równoważną dla tej technologii ofertą są produkty np. Dell, Asus, Acer, MSI, HP, które posiadają cichą, ergonomiczną, wyspową klawiaturę, bo taki produkt określa nazwa AccuType.*”;
 - w pkt 10 zastrzeżeń odnośnie parametrów określonych w siwz dla Serwerów (Część 4 Pozycja 5 i 9) Zamawiający wskazał, iż „*Oba opisane produkty posiadają swoje odpowiedniki w ofertach konkurencyjnych marek m.in.: HP ProLiant, F-S Primergy. Oba opisane przez Zamawiającego serwery są serwerami modułowymi, których konfigurowalność jest bardzo duża. Zdaniem Zamawiającego wszyscy wiodący producenci serwerów posiadali w ówczesnym czasie takie rozwiązanie.*”;

- w pkt 11 zastrzeżeń odnośnie parametrów określonych w siwz dla Akcesoriów komputerowych – drukarka (Część 4 Pozycja 18) Zamawiający wskazał, iż opis wymagań mimo użycia nazwy własnej, nie wykluczył zaoferowania konkurencyjnych produktów, m.in. marki Brother DCp, Samsung, Epson Aculaser, Canon i -Sensys.

Następnie Zamawiający odniósł się do opisu funkcji i cech oprogramowania wskazując, iż *„(...)celowo opisał cechy systemu z uwzględnieniem swoich rzeczywistych obiektywnych potrzeb, z uwagi na fakt, że w chwili uruchamiania postępowania przetargowego wdrażał architekturę Active Directory opartą, na oprogramowaniu firmy Microsoft oraz wdrażał zintegrowany system informatyczny klasy ERP, który do swojej obsługi wymagał środowiska firmy Microsoft tak w zakresie systemu operacyjnego Windows jak i pakietu biurowego Ms Office.(...) W konsekwencji z faktu, iż Zamawiający opisał system zgodnie ze swoimi oczekiwaniami i modelem posiadanej infrastruktury informatycznej nie sposób formułować uprawnionych zarzutów.”*

Zamawiający zaznaczył również, iż *„nie bez znaczenia w przedmiotowej sytuacji ma okoliczność, iż żaden z podmiotów rynkowych nie kwestionował w jakimkolwiek trybie parametrów technicznych oczekiwanych przez Zamawiającego, a oczywistym jest, że gdyby zidentyfikował naruszenie swojego interesu w uzyskaniu zamówienia każdy profesjonalista w naturalny sposób podjąłby się obrony interesów reprezentowanego podmiotu”.*

Ponadto Zamawiający podniósł, iż w każdej z poszczególnych części zamówienia kryteria przedmiotowe spełniało co najmniej po dwa urządzenia różnych producentów, tym samym przy uwzględnieniu potrzeb Uniwersytetu postępowanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z ustawą Pzp.

Prezes Urzędu w piśmie z dnia 6 lipca 2015 r. podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 15 czerwca 2015 r., przekazanej pismem UZP/DKUE/W2/421/7(11)/15/DD odnośnie wskazanych w Informacji naruszeń przepisów ustawy Pzp. Prezes Urzędu wskazał w odniesieniu do naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp ustawy Pzp, wskazanego w pkt 2.1. Informacji o wyniku kontroli, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też, w ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady nakładającej

obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta.

Prezes Urzędu podkreślił, że ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w tym także przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne" (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazane przepisy służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń, czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

W ocenie Prezesa Urzędu naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni, tj. poprzez wskazanie wprost na określonego producenta lub produkt albo poprzez takie opisanie parametrów / wymogów dotyczących zamówienia, które wskazuje na konkretnego producenta lub produkt. Na powyższe zwróciła uwagę także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2010 r. (sygn. KIO/UZP 634/10), w którym Izba stwierdziła, że „dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie

ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub ogranicza krąg wykonawców do podmiotów mogących zaoferować urządzenia tylko jednego producenta”.

W ocenie Prezesa Urzędu naruszenie zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp następuje m.in. w przypadku takiego zestawienia przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów. Przy czym dla naruszenia ww. przepisu wystarczająca jest możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, niekoniecznie zaś realne jej utrudnienie.

Prezes Urzędu wskazał, że mając na uwadze charakter zastrzeżeń Zamawiającego, odnoszących się do zagadnień wymagających wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpiła do biegłego sporządzającego opinię na potrzeby przedmiotowej kontroli z prośbą o odniesienie się do stanowiska zamawiającego. W odniesieniu do powyższego biegły stwierdził, co następuje.

W zakresie wymogu posiadania certyfikatu EPEAT Gold (pkt 2 zastrzeżeń) biegły podtrzymał stanowisko wyrażone we wcześniejszej opinii oraz wyjaśnił, iż *„Wymóg posiadania certyfikatu EPEAT Gold dla zestawu komputerowego opisanego w części nr 2 poz. 2 załącznika nr 1 do siwz (arkusz cenowy) nie był przedmiotem odrębnych badań z powodu wskazanego w treści opinii. Odpowiedź zawarta pkt. II.2.4) opinii ma charakter ogólny i tak należy ją traktować. W treści siwz określono m.in. wymóg posiadania certyfikatu EPEAT Gold również dla monitora (część 2 poz. 11), a podobnie nieuzasadniony w ocenie sporządzającego opinię wymóg posiadania certyfikatu EPEAT Silver określono w siwz m.in. dla monitora (część 2 poz. 24). Stanowisko sporządzającego opinię dotyczy wyłącznie strony technicznej.”* Biegły wskazał ponadto, iż *„Producenci urządzeń techniki komputerowej dokonują certyfikacji EPEAT jedynie wybranych modeli urządzeń. Wyszukiwarka urządzeń posiadających certyfikat EPEAT znajduje się pod adresem <http://ww2.epeat.net/searchoptions.aspx>. Powoduje to zawężenie liczby możliwych do oferowania urządzeń do zawartych w wynikach wyszukiwania wskazanej wyszukiwarki.”*

Odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego dotyczących poszczególnych parametrów zamawianych urządzeń, Prezes Urzędu wskazał, że biegły podtrzymał stanowisko wyrażone we wcześniejszej opinii oraz stwierdził:

1. Odnośnie pkt 3 zastrzeżeń - *„W opinii wskazano na mogące wystąpić różnice w adaptacji technologii przez różnych producentów. Bardzo często zmiana*

nazewnictwa adaptowanej technologii ma ścisły związek ze stwierdzonymi bądź umyślnie wprowadzonymi przez producenta różnicami w stosunku do technologii macierzystej, na której adaptowana technologia bazuje. Pełną lub istotną zgodność rozwiązań różnych producentów w rozumieniu zapisów pkt. 3.13 i 3.14 siwz w odniesieniu do adaptowanych przez nich technologii można domniemywać wyłącznie w przypadku zastosowania tego samego nazewnictwa technologii lub znając wszystkie parametry porównywanych technologii. Powyższe, a także brak dostępu oferentów do dokumentacji projektowej urządzeń zawierającej szczegóły konstrukcyjne technologii powoduje, że oferent nie posiada wystarczającej ilości informacji koniecznych do wnioskowania o zakresie zgodności oferowanego urządzenia z wymogami siwz dla badanego wymogu. Powyższe wyjaśnienia należy odnieść również bezpośrednio do stwierdzenia zamawiającego, że „(...) Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą szczegółową specyfikację, w której w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego będzie wynikać, iż zaoferowany asortyment jest o takich samych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych w odniesieniu do asortymentu określonego przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.” W ocenie sporządzającego opinię dla badanego wymogu brak jest możliwości oceny, który z producentów stosuje technologię spełniającą wymóg w odniesieniu do zapisów 3.13 i 3.14 siwz.”

2. *Odnośnie pkt 4 zastrzeżeń - Wskazany przez Zamawiającego notebook HP Probook seria 4330s nie spełnia wymogów określonych w siwz, m.in. posiada jedną kartę graficzną. Odnosząc się natomiast do wymogu posiadania dwóch kart graficznych biegły wskazał, iż „istnieją notebooki posiadające jedną kartę graficzną spełniającą wymogi zamawiającego, jak DX 11 i shader 5.0.”*
3. *Odnośnie pkt 5 zastrzeżeń - „Wskazany przez zamawiającego monitor Acer seria X ET.XXX3HA.010 nie istnieje, natomiast monitor, o który prawdopodobnie chodziło zamawiającemu, tj. Acer seria X ET.XX3HA.010 (<http://www.pcworld.com/product/1416714/acerx193hqlbd-widescreen-lcd-monitor.html>) nie spełnia wymogów siwz: rozmieszczenie otworów VESA 100x100, kąt widzenia poziomy 170 °, kąt widzenia pionowy 160 °, itd.”*
4. *Odnośnie pkt 6 zastrzeżeń – „Nie znaleziono żadnego modelu monitora firmy Benq spełniającego łącznie wszystkie wymogi zamawiającego określone w siwz.”*

5. *Odnosnie pkt 7 zastrzeżeń – „W opisie wymogów w siwz zawarto funkcjonalności charakterystyczne dla urządzeń HP. Dotyczy to szczególnie wymaganych języków obsługiwanych przez urządzenie.”*
6. *Odnosnie pkt 8 zastrzeżeń – „W opisie wymogów w siwz zawarto funkcjonalności charakterystyczne dla urządzeń Kyocera. Dotyczy to szczególnie wymaganych języków obsługiwanych przez urządzenie oraz kontrolera PRESCRIBE.”*
7. *Odnosnie pkt 9 zastrzeżeń – Analogicznie jak w odpowiedzi na zastrzeżenia dotyczące pkt 3. „Ponadto sporządzający opinię wyjaśnia: oferent nie jest w stanie w sposób bezpieczny z punktu widzenia swego biznesu przewidzieć sposobu zachowania wskazanego przez zamawiającego w przypadku oferowania produktów innych firm niż wynikające z dosłownego brzmienia wymogu (w badanym przypadku Lenovo).”*
8. *Odnosnie pkt 10 zastrzeżeń – „W opisie wymogów w siwz zawarto cechy oraz funkcjonalności charakterystyczne dla urządzeń DELL. Dotyczy to szczególnie kontrolera iDRAC6 (Dell Remote Access Controller).”*
9. *Odnosnie pkt 11 zastrzeżeń – „W opisie wymogów w siwz zawarto nazwę i model konkretnego urządzenia oraz funkcjonalności charakterystyczne dla urządzeń Xerox. Dotyczy to szczególnie wymaganych tonerów.”*

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących opisu funkcji i cech oprogramowania, Prezes Urzędu wskazał, za treścią opinii biegłego, iż „Począwszy od Windows 2000, w którym zaimplementowano wsparcie dla protokołu uwierzytelniania i autoryzacji Kerberos (<https://msdn.microsoft.com/en-us/library/bb742516.aspx>, <https://msdn.microsoft.com/en-us/library/bb742516.aspx>) istnieje możliwość przyłączania stacji pracujących pod kontrolą innych systemów operacyjnych (w tym linux) do Active Directory.”

W podsumowaniu Prezes Urzędu podkreślił, że biegły podtrzymał w całości stanowisko wyrażone w opinii NR UZP/DKUE/1/15 z dnia 21 stycznia 2015 r. oraz zauważył, że „W przypadku wskazywania w siwz szczegółowych parametrów rozwiązań technicznych i urządzeń o dużej złożoności technicznej zawężeniu ulegają rozwiązania i urządzeń spełniających te wymogi a także wzrasta trudność w ocenie spełnienia przez nie wymogów siwz. W ocenie sporządzającego opinię wskazanie konkretnego urządzenia lub

jego parametrów pociąga za sobą konieczność doprecyzowania opisu wymogów przez wskazanie, które z parametrów są istotne dla zamawiającego. W przeciwnym wypadku oferent zostanie pozbawiony istotnych informacji niezbędnych dla wyciągnięcia właściwych wniosków. Ponadto okoliczności te mogą doprowadzić do sytuacji spornych, a także do rozstrzygnięć niekorzystnych dla samego zamawiającego. W większości przypadków, kiedy w wykazie wymogów wskazywane jest znazwy urządzenie, technologia bądź inne rozwiązanie techniczne, pojawia się problem w ocenie przez oferenta spełnienia wymogów siwz przez oferowane urządzenie bądź rozwiązanie techniczne. W ocenie sporządzającego opinię w badanym postępowaniu wszystkie pozycje siwz można opisać z zachowaniem wszystkich uzasadnionych oczekiwań zamawiającego rezygnując całkowicie ze stosowania opisów pozycji siwz sprzecznych z zapisami ustawy pzp oraz z zaleceniami Prezesa UZP, tj. rezygnując z wskazywania urządzeń z nazwy bądź z wskazywania jakichkolwiek parametrów w sposób ścisły.”

Odnosząc się do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazanego w pkt 2.2. Informacji o wyniku kontroli, Prezes Urzędu ponownie zauważył, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Obowiązek poinformowania wszystkich wykonawców o czynnościach zamawiającego podjętych w toku prowadzonego postępowania, w tym również o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wynika również z zasady jawności postępowania oraz z zasady równego traktowania wykonawców.

Prezes Urzędu wskazał, że niezasadne jest stanowisko Zamawiającego zawarte w zastrzeżeniach, w którym wskazał on, że gdyby wykonawca, którego oferta została odrzucona, nie zgadzał się z decyzją o odrzuceniu, to ponad wszelką wątpliwość skorzystałby ze środka ochrony prawnej, co w tym postępowaniu nie miało miejsca. W ocenie Prezesa Urzędu wymóg uzasadnienia faktycznego jest niezwykle istotny, ponieważ umożliwia zapoznanie się przez wykonawcę z zarzutami wobec jego oferty i ustosunkowanie się do nich. Brak zaś takiego uzasadnienia, bądź też jego niepełność uniemożliwia wykonawcy wnoszenie środków ochrony prawnej.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze zgromadzoną dokumentacją, oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do wskazanych naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, Protokołu kontroli i Informacji o wyniku kontroli, opinii biegłego oraz uzupełniającej opinii biegłego, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli (z zastrzeżeniem opisu wymagań dla Zadania poz. 4 monitor w opinii uzupełniającej biegły nieprawidłowo wskazał na wymiary „Montaż na ścianie VESA 100x100”, a powinno być „Montaż na ścianie VESA 75x75”) właściwie zrekonstruowano i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

W ocenie Izby argumenty zawarte w zastrzeżeniach zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie w zakresie: część nr 1 poz. 1, część nr 2 poz. 10 oraz część nr 4 poz. 5 i 9 zamówienia, zaś w pozostałym zakresie na uwzględnienie nie zasługują.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek zamawiającego, a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych co w konsekwencji wpływa na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia poprzez posługiwanie się parametrami i rozwiązaniami technicznymi wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt. Naruszenie powyższego przepisu może również polegać na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku. Istotą jest wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich a nie innych wymagań określonych przez Zamawiającego.

Słusznie wskazał Prezes Urzędu, że naruszenie zasady wynikającej z treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć zatem charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy

własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Niezależnie od powyższego wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Z kolei art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wprowadził regułę zakazującą dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Ustawodawca dopuszcza posłużenie się w opisie przedmiotu zamówienia znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem w sytuacjach wyjątkowych - uzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia, o ile zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Ustawodawca nakłada jednak na zamawiającego obowiązek umieszczenia wyrazów "lub równoważny". Wskazanie więc znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco. W każdym przypadku, gdy obiektywnie możliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewymagający wskazania znaku towarowego, patentu lub pochodzenia, zamawiający powinien się do tego zastosować.

Izba po dokonaniu analizy zastrzeżeń zgłoszonych przez zamawiającego do wyników kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu uznała, że zastrzeżenia w zakresie: część nr 1 poz. 1, część nr 2 poz. 10 oraz część nr 4 poz. 5 i 9 zamówienia zasługują na uwzględnienie. Izba uznała co następuje:

Część 1 poz. 1

W informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezes Urzędu stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w części 1 poz. 1 narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Dokonując analizy zgłoszonych zastrzeżeń Izba uznała je za zasadne i stwierdziła, że w części 1 poz. 1 zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że w uzasadnieniu omawianego naruszenia Prezes Urzędu powołał się na opinię biegłego, w której biegły stwierdził, iż posłużenie się przez zamawiającego nazwą technologia TrueLife wskazuje na konkretnego producenta, tj. Dell. Jednocześnie biegły stwierdził, że istnieje wiele producentów wykorzystujących technologię TrueLife jednakże każdy z producentów nazywa tą technologię odmiennie.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy po pierwsze, że w SIWZ zamawiający dopuścił możliwość składania ofert równoważnych (pkt 3.12 i 3.14 SIWZ). Biegły w opinii w sposób jednoznaczny stwierdził, iż istnieje wielu producentów wykorzystujących technologię Anti –

Reflective LCD (nazwa własna używana przez DELL – TrueLife), z tym, że technologia ta u każdego z producentów posiada odmienną nazwę. Tym samym uznać należy, że skoro wykonawcy mieli możliwość złożenia ofert równoważnych, a biegły uznał, iż istnieje wielu producentów oferujących technologię odpowiadającą technologii TrueLife, to nie zaszyły przesłanki naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W omawianym stanie faktycznym zarzut Izba nie dokonywała oceny wskazanego zapisu postanowień siwz w kontekście art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, jednak bowiem naruszenie takie w zakresie Części 1 poz. 1 nie zostało określone przez Prezesa Urzędu. . Ponadto podkreślić należy, że biegły w przedłożonej opinii upatrywał ryzyka i możliwości ograniczenia konkurencji w trudnościach związanych ze stwierdzeniem równoważności technologii oferowanej przez innych producentów niż DELL, wskazując iż pełną lub istotną zgodność rozwiązań innych producentów w rozumieniu pkt 3.13 i 3.14 siwz w odniesieniu do adoptowanych przez innych producentów technologii można domniemywać wyłącznie w przypadku zastosowania tego samego nazewnictwa technologii lub znając wszelkie parametry porównywalnych technologii. Powyższe w ocenie Izby nie może samo w sobie stanowić podstawy do uznania, że ograniczono w postępowaniu konkurencję. Jeśli określoną funkcjonalność, która jest realizowana przez technologię TrueLife, realizują także urządzenia innych producentów, co stwierdził biegły, a w postępowaniu dopuszczono składanie ofert z rozwiązaniami równoważnymi, nie doszło zdaniem Izby do utrudnienia konkurencji i naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Część 2, poz. 10 – Akcesoria komputerowe (drukarka)

Izba nie podziela stanowiska Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, powołując się na analizę zawartą w opinii biegłego. Wskazać jednakże należy, że w treści zastrzeżeń zamawiający wskazał, iż wymagania zawarte w SIWZ, oprócz drukarki Kyocera, spełniają również drukarki Ricoh z serii SP C. Okoliczność ta została pominięta w uzupełniającej opinii biegłego. Prezes UZP odnosząc się do zastrzeżeń zamawiającego także nie zakwestionował twierdzeń zamawiającego, że drukarki Ricoh z serii SP C spełniają także wszystkie parametry techniczne opisanego w siwz urządzenia. Dalej wskazać należy, że dopiero w opinii uzupełniającej biegły wskazał na cechy, takie jak: wymagane języki do obsługiwanego urządzenia oraz kontroler PRESCRIBE żądanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, wskazujących rzekomo na drukarki Kyocera. Okoliczności te nie były podniesione w Informacji o wynikach kontroli i zamawiający nie miał możliwości się do nich ustosunkować w złożonych zastrzeżeniach. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wobec faktu wskazania przez zamawiającego w treści

zastrzeżeń urządzenia innego niż wskazanego przez biegłego spełniającego wymagania postawione przez zamawiającego oraz nieustosunkowania się Prezesa UZP, ani biegłego do twierdzeń zamawiającego, zgłoszone zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Część 4, poz. 5 i 9 – Serwer

Izba nie podziela stanowiska Prezesa Urzędu. Prezes Urzędu powołał się na opinię biegłego, zgodnie z którą opis wymagań Zamawiającego w poz. 5 i 9 wskazuje na konkretnego producenta, tj. DELL, poprzez opis parametrów dotyczących płyty głównej. Podkreślić jednak należy, że w opisie wymagań funkcjonalnych zamawiający nie posłużył się nazwą własną należącą do jakiegokolwiek producenta. Po drugie, w treści zastrzeżeń zamawiający wskazał, że opisane wymagania są oferowane przez konkurencyjnych producentów m.in. HP ProLiant, F-S Primergy. Biegły w opinii uzupełniającej w żaden sposób nie odniósł się do twierdzeń zamawiającego i nie przedstawił żadnej analizy czy producenci przywołani przez zamawiającego mają możliwość zaoferowania produktu spełniającego wymagania Zamawiającego, a jeśli nie, to dlaczego. Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia zamawiającego także nie odniósł się do powyższego. Co więcej w uzupełniającej opinii biegły przywołał konkretne wymagania (tj. iDRAC6), które nie było wskazane w opinii głównej i nie stanowiło przedmiotu rozstrzygnięcia Prezesa UZP jeśli chodzi o wyniki kontroli. Tak więc co do powyższego zamawiający nie miał możliwości odnieść się w swoich zastrzeżeniach. W związku z powyższym Izba uznała zastrzeżenia w omawianym zakresie za zasadne.

Zastrzeżenia, które Izba uznała za niezasadne:

Część 2

Pozycja 1 – Komputer przenośny typu notebook

Izba uznała stanowisko Prezesa za zasadne i potwierdzone w opinii biegłego. W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający wskazał dodatkowy model komputera spełniającego wymagania zawarte w SIWZ. Biegły w opinii uzupełniającej stwierdził m.in., iż model wskazany przez zamawiającego nie spełnia jednego z wyspecyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia zamawianego urządzenia wymogu posiadania dwóch kart graficznych. Tym samym uznać należy, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w części 2 poz. 1 narusza art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż parametry wskazane w przywołanym punkcie wskazują na urządzenie jednego producenta.

Pozycja 2 – Zestaw komputerowy

Izba uznała stanowisko Prezesa za zasadne. W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający nie odniósł się do stanowiska Prezesa Urzędu, iż zestawienie parametrów opisanych w poz. 2 wskazuje na produkt jednego producenta tj. HP. W konsekwencji wobec braku przedstawienia przez zamawiającego w tym zakresie umotywowanych zastrzeżeń, Izba podzieliła stanowiska Prezesa Urzędu.

Pozycja 4 – Zestaw komputerowy

Izba uznała stanowisko Prezesa Urzędu za zasadne, który zgodnie z opinią biegłego stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący monitora wskazuje na konkretną serię modeli - LG E1942. W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający wskazał wyłącznie, iż podane w siwz parametry spełnia również model Acer seria X ET.XXX3HA.010. Przywołany jednak model, zgodnie z uzupełniającą opinią biegłego, nie spełnia wymagań dot. m.in. kąta widzenia. W konsekwencji, Izba uznała, że wobec dokonania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwia zaoferowania wyłącznie urządzenia jednego producenta zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Pozycja 5 – Akcesoria komputerowe (drukarka)

Izba uznała stanowisko Prezesa za zasadne, który zgodnie z opinią biegłego stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarki wskazuje na konkretnego producenta – HP, a tym samym zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający wskazał, że istnieją produkty równoważne oferowane przez Epson, Canon. Biegły zaś w swojej opinii, jak też Prezes UZP w rozstrzygnięciu zastrzeżeń od wyników kontroli, wykazali, że urządzenia wskazanych przez Zamawiającego producentów nie spełniają wszystkich funkcjonalnych wymagań urządzeń wyspecyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia, w tym co do języka menu. Tym samym Zamawiający w swoich zastrzeżeniach nie wykazał, że istnieją inne produkty spełniające wszystkie funkcjonalne wymagania zamawianych urządzeń poza producentem HP. W drugiej kolejności wobec określonego przez Prezesa UZP zarzutu naruszenia w tym zakresie przez Zamawiającego art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wskazać należy, że Zamawiający w ocenie Izby nie wykazał, iż nie miał możliwości opisu przedmiotu zamówienia ze względu na jego

specyfikę za pomocą dostatecznie dokładnych określeń i musiał posłużyć się parametrami właściwymi dla urządzenia określonego producenta. Nie wyjaśnił na czym miałyby polegać specyfika zamówienia, dlaczego nie może opisać przedmiotu zamówienia bez odwoływania się do produktu firmy HP i co uniemożliwia mu obiektywnie opisanie wymaganych parametrów drukarki. Opis przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby, stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż utrudnia uczciwą konkurencję poprzez niczym nieuzasadnione określenie parametrów urządzenia w sposób wskazujący wyłącznie na jednego producenta tj. HP. Podkreślić również należy, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych samo w sobie nie może stanowić usprawiedliwienia dla naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem winien w pierwszej kolejności wykazać, że zaszły przesłanki niezbędne do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych czy pochodzenia, czego w ocenie Izby nie uczynił.

Pozycja 18 – Zestaw komputerowy

Izba uznała stanowisko Prezesa Urzędu za zasadne, który zgodnie z opinią biegłego stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący monitora wskazuje na konkretnego producenta - iiyama, a tym samym zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający wskazał, że w jego opinii również parametry zawarte w siwz spełnia urządzenia marki Benq. Zamawiający nie wskazał jednak żadnego konkretnego modelu, który rzekomo miałby spełniać wymogi siwz. Powyższego nie potwierdził biegły, który w opinii uzupełniającej wskazał, że nie znaleziono modelu komputera marki Benq spełniającego wymagania zamawiającego. W konsekwencji Izba uznała, że opis wymagań zamawiającego narusza art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż specyfikacja techniczna monitora ogranicza możliwość spełnienia wymagań wyłącznie przez urządzenie jednego producenta, co stanowi niezasadne naruszenia konkurencji oraz nieuprawniony opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie źródła pochodzenia wymaganego produktu.

Pozycja 22 – Komputer przenośny typu notebook

Izba uznała stanowisko Prezesa za zasadne, który zgodnie z opinią biegły stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący laptopa wskazuje na konkretnego producenta – Lenovo, co stanowiło naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający posłużył się nazwą „AccuType”, która, jak stwierdził biegły, jest wyłącznie używana w produktach oferowanych przez firmę Dell. Posłużenie się określeniem identyfikującym określonego producenta jest, w ocenie Izby, naruszeniem

przede wszystkim art. 29 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W złożonych zastrzeżeniach zamawiający bowiem nie uzasadnił przyczyn opisanego przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego pochodzenia. Co więcej, zamawiający w treści zastrzeżeń opisał wymagane cechy produktu, wyjaśniając, iż chodzi o cichą wyspowa klawiaturę. To właśnie w taki sposób zamawiający winien opisać parametry urządzenia – obiektywne określając wymagania funkcjonalne, nie zaś poprzez wskazanie nazwy własnej przynależnej do jednego producenta.

Część 4

Pozycja 18 – Akcesoria komputerowe

Izba uznała stanowiska Prezesa Urzędu za zasadne, który zgodnie z opinią biegłego stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarki wskazuje na konkretnego producenta – Xerox, a tym samym Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający potwierdził, iż dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez posłużenie się nazwą własną przynależną do określonego producenta, wskazując jednocześnie, że istnieje wiele produktów równoważnych spełniających wymagania zawarte w SIWZ. Wskazać jednakże należy, że Zamawiający w wymogach niezbędnych podał konkretny parametr funkcjonalny wprost wskazujący na drukarki Xerox. Mianowicie przywołał konkretny model tonera firmy Xerox, w który ma być wyposażone urządzenie. Dopuszczenie w tym zakresie rozwiązania równoważnego ma jedynie – zdaniem Izby - charakter pozorny. Zamawiający także nie wykazał, że ze względu na specyfikę postępowania nie miał możliwości opisać przedmiotu zamówienia w inny sposób, bez wskazywania pochodzenia żądanego urządzenia, co wprost wskazuje na naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp

Część 6

Pozycja 1 – Akcesoria komputerowe

Izba uznała stanowisko Prezesa Urzędu za zasadne. Prezes Urzędu zgodnie z opinią biegłego stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia dotyczący drukarek wskazuje na konkretnego producenta – HP, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający wskazał, że istnieją produkty równoważne oferowane przez Epson, Canon. Biegły zaś w swojej opinii, jak też Prezes UZP w rozstrzygnięciu zastrzeżeń od wyników kontroli, wykazali, że urządzenia wskazanych przez

Zamawiającego producentów nie spełniają wszystkich funkcjonalnych wymagań urządzeń wyspecyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia, w tym co do języka menu. Tym samym Zamawiający w swoich zastrzeżeniach nie wykazał, że istnieją inne produkty spełniające wszystkie funkcjonalne wymagania zamawianych urządzeń poza producentem HP. Tym samym we wskazanym zakresie doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Jak Izba wskazał powyżej niczym nieuzasadnione opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na produkt jednego producenta stanowi naruszenie przywołanego przepisu ustawy Pzp, gdyż w sposób niezasadny ogranicza konkurencję.

Certyfikat EPEAT w wersji GOLD

Izba podziela stanowiska Prezesa Urzędu, iż żądanie przez Zamawiającego wskazanego dokumentu stanowiło naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i w sposób nieuzasadniony ograniczało konkurencję. W treści złożonych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, iż wszyscy najwięksi producenci zestawów komputerowych posiadają wymagany certyfikat, a tym samym nie można mówić o ograniczeniu konkurencji. Nie sposób podzielić stanowisko zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że celem postępowania przetargowego nie jest umożliwienie zaoferowania produktów wymaganych przez zamawiającego przez „największych producentów”, ale opis przedmiotu zamówienia w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji. Wskazać należy, zgodnie z opinią biegłego, że zamawiający zawarł wymóg posiadania certyfikatu EPEAT GOLD tylko w niektórych pozycjach siwz. Gdyby wymóg ten wynikał z uwarunkowań dotyczących funkcjonowania instytucji zamawiającego, miałby on charakter ogólny i powinien zostać w treści siwz lub w innym dokumencie powiązany uzasadniony. Ponadto podkreślić należy, że zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił w złożonych zastrzeżeniach czym uzasadnione było żądanie właśnie certyfikatu EPEAT GOLD i dlaczego nie miał możliwości opisu swoich wymagań bez odwołania się do nazwy konkretnego certyfikatu. Jak wskazał biegły, istnieje wiele urządzeń o parametrach wystarczających do zaspokojenia potrzeb zamawiającego – nieposiadających certyfikatu EPEAT GOLD.

Zarzut dotyczące oprogramowania

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu. W złożonych zastrzeżeniach zamawiający stwierdził, iż celowo opisał wymaganie dotyczące oprogramowania wskazując na produkt firmy Microsoft, gdyż w chwili uruchomienia postępowania wdrażał architekturę Active Directory oraz system ERP oparty na oprogramowaniu Microsoft. Wskazał również, że nie jest organem do walki z monopolem tej firmy. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego,

a podkreślić należy, że właśnie taki opis przedmiotu zamówienia jaki zawarł zamawiający w siwz przyczynia się do umacniania monopolu firmy Microsoft. Podkreślić należy, że zgodnie z opinią biegłego istnieje duża ilość pakietów konkurencyjnych oraz współpracującego z nimi oprogramowania, które po skonfigurowaniu mogą w sposób spełniający wszystkie uzasadnione oczekiwania zamawiającego zastąpić pakiety firmy Microsoft. Sposób przygotowania siwz wyklucza je jednak w sposób nieuzasadniony z technicznego punktu widzenia z kręgu oprogramowania możliwego do zaoferowania. W ocenie Izby zamawiający powinien określić zakres oczekiwanych funkcjonalności zestawu zainstalowanego oprogramowania dając możliwość konfiguracji bez określania warunku, aby oprogramowanie pełniące określoną funkcję było integralnym elementem wskazanego pakietu biurowego. Wskazane przez zamawiającego wymogi związane z oprogramowaniem antywirusowym w sposób jednoznaczny wskazują na jego współpracę z oprogramowaniem firmy Microsoft, a więc wymuszają stosowanie oprogramowania tego producenta. Tym samym sposób formułowania wymogów zastosowany przez zamawiającego ma niewątpliwie bardzo duży wpływ na monopolizację rynku oprogramowania.

Zarzut naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Izba uznała stanowisko Prezesa za zasadne. Jak wynika z pisma z dnia 14 listopada 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach oraz o ofertach odrzuconych. W przywołanym piśmie zamawiający nie zawarł uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia w części nr 8 oferty wykonawcy (...). W związku z tym zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego przyczyn odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu.

Z powyższych względów Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....