

**Sygn. akt: KIO/KD 5/21**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 4 marca 2021 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Urząd do Spraw Cudzoziemców**  
**ul. Koszykowa 16**  
**00-564 Warszawa**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 stycznia 2021 r. w przedmiocie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja serwerowni w budynku Urzędu do spraw Cudzoziemców przy ul. Taborowej 33 w Warszawie”.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Jolanta Markowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Anna Kuszel-Kowalczyk</b>
	<b>Luiza Łamejko</b>

wyraża następującą opinię:

**zgłoszone przez zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

### **Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w zw. z art. 94 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020), przeprowadził na wniosek kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja serwerowni w budynku Urzędu do spraw Cudzoziemców przy ul. Taborowej 33 w Warszawie”.

W dniu 25 stycznia 2021 r. zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Pzp, została przekazana zamawiającemu: Urzędowi do Spraw Cudzoziemców z siedzibą w Warszawie - Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 stycznia 2021 r. (KND/50/20/DKZP).

W wyniku przeprowadzenia kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniający uczciwą konkurencję.

Przedmiotem zamówienia była modernizacja serwerowni na terenie Urzędu do Spraw Cudzoziemców w budynku przy ul. Taborowej 33, w zakres której wchodziły w szczególności: roboty budowlane, teletechniczne, elektryczne, sanitarne, system gaszenia oraz przygotowanie pomieszczenia dla potrzeb nowej serwerowni.

W pkt 3.1.3. SIWZ zamawiający wskazał: „W każdym przypadku opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Zamawiający zastrzega, że wszystkie wykazane z nazwy w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz innych dokumentach składających się na dokumentację przetargową materiały (wyroby) należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza to, że w przypadku wskazanych z nazwy materiałów i wyrobów zamawiający dopuszcza zastosowanie równoważnych materiałów (wyróbów), nie gorszej jakości niż opisane w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogu określonego przez zamawiającego spoczywa na składającym ofertę. W takim przypadku Wykonawca musi przedłożyć w ofercie odpowiednie dokumenty opisujące parametry techniczne, wymagane prawem certyfikaty i inne dokumenty dopuszczające dane materiały

(wyroby) do użytkowania oraz pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one rzeczywiście równoważne”.

W dniu 17.04.2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło zgłoszenie, dotyczące możliwych nieprawidłowości w ww. postępowaniu, tj., że Projekt wykonawczy serwerowni został przygotowany w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zawartych w art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Według wnioskodawcy podane w dokumentacji projektowej cechy, parametry oraz ilustracje jasno opisują rozwiązanie firmy Panduit dystrybuowane przez firmę Lanster Sp. z o.o. i pomimo zapisów dotyczących dopuszczenia rozwiązań równoważnych wykluczają zastosowanie innych rozwiązań poprzez dobór cech tylko jednego rozwiązania (logiczna suma wszystkich postawionych wymagań wskazuje na jedno rozwiązanie).

Ocena zasadności zarzutów wniesionych przez wnioskodawcę wymagała wiadomości specjalnych i w związku z powyższym, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Prezes Urzędu zwrócił się z prośbą do biegłego sądowego specjalizującego się w zakresie serwerowni informatycznych o przygotowanie opinii odnośnie:

- 1) Czy użyte przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 1 do SIWZ, STWiOR - Teletechnika oraz Projekcie Wykonawczym - Teletechnika parametry techniczne zostały dostosowane pod konkretnego producenta? Jeśli tak, to jakiego i które parametry na to wskazują?
- 2) Jeśli Opis Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 1 do SIWZ, STWiOR - Teletechnika oraz Projekt Wykonawczy - Teletechnika wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich?
- 3) Czy wymogi postawione przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 1 do SIWZ, STWiOR - Teletechnika oraz Projekcie Wykonawczym - Teletechnika ograniczyły konkurencję? Jeśli tak, to które i w jaki sposób?
- 4) Czy podane w dokumentacji projektowej cechy, parametry oraz ilustracje opisują rozwiązanie firmy Panduit i pomimo zapisów dotyczących dopuszczenia rozwiązań równoważnych wykluczają zastosowanie innych rozwiązań poprzez dobór cech tylko jednego rozwiązania (czy suma wszystkich postawionych wymagań wskazuje na jedno rozwiązanie)?

W odpowiedzi na powyższe pytania biegły w opinii wskazał m.in.:

Ad.1) „Użyte przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia — Załącznik 1 do siwz, S7WiOR — Teletechnika oraz Projekcie Wykonawczym — Teletechnika parametry techniczne ucznie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia traktowanego jako całość nie zostały dostosowane pod konkretnego producenta. Do różnych producentów zostały natomiast dostosowane parametry wybranych elementów”.

Ad. 2) „Jak to wskazano w treści odpowiedzi na pytanie 1, parametry techniczne łącznie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia traktowanego jako całość nie zostały dostosowane pod konkretnego producenta. Do różnych producentów zostały natomiast dostosowane parametry wybranych elementów”.

„Wymogi postawione przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia — Załącznik 1 do siwz, STWiOR — Teletechnika oraz Projekcie wykonawczym — Teletechnika ograniczyły konkurencję w rozumieniu ustawy Pzp”.

„Podane w dokumentacji projektowej cechy, parametry oraz ilustracje są w wielu częściach zbieżne i w części opisują rozwiązania firmy Panduit, lecz nie wykluczają zastosowania innych rozwiązań — suma wszystkich postawionych wymagań nie wskazuje na jedno rozwiązanie”.

W związku z przedmiotową opinią, Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości w poniższym zakresie:

„W opinii dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia biegły wskazał w odpowiedzi na Pytanie 3, iż: „Wymogi postawione przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia — Załącznik nr 1 do SIWZ, STWiOR — Teletechnika oraz Projekcie Wykonawczym — Teletechnika ograniczyły konkurencję w rozumieniu ustawy Pzp”. Jednocześnie w odpowiedzi na Pytanie 2, biegły wskazał że: „Jak to wskazano w treści odpowiedzi na pytanie 1, parametry techniczne łącznie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia traktowanego jako całość nie zostały dostosowane po konkretnego producenta. Do różnych producentów zostały natomiast dostosowane parametry wybranych elementów”, natomiast w uzasadnieniu do tej odpowiedzi, biegły wskazał, iż: „W każdym przypadku istnieje możliwość wskazania producentów produktów równoważnych, poszczególne rozwiązania bowiem są (i były na datę postępowania) rozwiązaniami i produktami typowymi dla swoich kategorii”.

Tym samym, poproszono biegłego o wyjaśnienie, czy powyższe oznacza, że pomimo dostosowania parametrów wybranych elementów do producentów, wykonawcy byli w stanie zaoferować rozwiązania równoważne na te poszczególne elementy.

Biegły został poproszony także o wyjaśnienie, czy w związku z powyższym, iż w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły cztery oferty, co może świadczyć o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji, odpowiedz na Pytanie 3 pozostaje aktualna.

Ponadto, czy wskazane przez biegłego, w związku z odpowiedzią na Pytanie 3 wybrane argumenty przemawiające za ograniczeniem konkurencji przez zamawiającego (dotyczące pkt 7.4, 8.3 Projektu Wykonawczego oraz pkt 2.4.2, 3.1.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia) umożliwiły dostęp do zamówienia tylko kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

W odpowiedzi na powyższe, biegły w uzupełnieniu opinii wskazał:

Ad. 1) „Jak to wskazano w treści odpowiedzi na pytanie 2 opinii, w każdym przypadku istnieje możliwość wskazania producentów produktów równoważnych”.

Ad. 2) „Okoliczności polegające na złożeniu czterech ofert przez różnych wykonawców nie ma znaczenia dla treści odpowiedzi na pytanie 3 opinii i odpowiedź ta pozostaje aktualna”.

Ad. 3) „Wybrane argumenty przemawiające za ograniczeniem konkurencji przez zamawiającego (dotyczące pkt 7.4, 8.3 Projektu Wykonawczego oraz pkt 24.2, 31.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia) umożliwiły dostęp do zamówienia ograniczonej liczbie wykonawców, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy byliby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie”.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu wskazał, iż zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W świetle przywołanych przepisów, swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania. Konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można zaś utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Prezes Urzędu podniósł, że jak wynika z opinii sporządzonej przez biegłego sądowego, wymogi postawione przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ, STWiOR oraz Projekt Wykonawczy — Teletechnika) ograniczyły konkurencję w rozumieniu ustawy Pzp, O zasadności powyższego świadczy fakt, iż opis przedmiotu zamówienia zawiera, oprócz wskazania wymaganych norm i standardów, również precyzyjne określenia parametrów technicznych urządzeń, czynności i rozwiązań. Część wymogów została sformułowana w sposób nadmierny. Część z wymogów zawiera również wskazania na producenta konkretnych rozwiązań, jak np. łączny opis systemu gaszenia wskazujący na rozwiązanie Sinorix 1230 produkcji Siemens. Jednakże w ocenie biegłego użyte przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia — Załącznik 1 do SIWZ, STWiOR — Teletechnika oraz Projekcie Wykonawczym — Teletechnika parametry techniczne łącznie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia traktowanego jako całość nie zostały dostosowane pod konkretnego producenta. Do różnych producentów zostały natomiast dostosowane parametry wybranych elementów.

Za słuszością powyższego wniosku, w ocenie biegłego, przemawia wymóg zawarty m.in. w treści pkt 7.4 Projektu Wykonawczego: „Kanały kablowe muszą być, tego samego producenta co system okablowania aby zostały spełnione warunki niezbędne do uzyskania bezpłatnego certyfikatu 25-letniej gwarancji udzielonej bezpośrednio przez ww. producenta...” Jest to wymóg nadmierny i powinien zostać uogólniony w postaci: „Na system okablowania strukturalnego wymagane jest uzyskanie certyfikatu 25-letniej gwarancji producenta okablowania”. Biegły zwrócił uwagę, że nie jest istotne z punktu widzenia użytkownika systemu, kto jest producentem poszczególnych elementów systemu, jeśli cały system zostanie objęty wymaganą gwarancją systemową. Za nadmierny wymóg należy wskazać również wymóg zawarty m.in. w treści pkt 8.3 Projektu Wykonawczego, tj.: „Należy użyć miernika dynamicznego (analizatora), który posiada oryginalną i najnowszą wersję oprogramowania wewnętrznego (ang. Firmware), umożliwiającą dokonanie analizy parametrów, według aktualnie obowiązujących norm”. Zapis „najnowszą wersję oprogramowania” nie ma znaczenia dla przeznaczenia analizatora. Jeśli bowiem zostaną spełnione pozostałe warunki, wynik pomiarów nie powinien się różnić dla różnych wersji oprogramowania w stopniu uniemożliwiającym weryfikację spełnienia wymogów technicznych oraz zgodności z normami. Wymóg nie ma również zdaniem biegłego sensu technicznego. Podstawowym zadaniem oprogramowania jest dopasowanie modyfikowalnych parametrów urządzenia do obowiązujących norm oraz standardów. W zakresie wymogu należało ograniczyć się do warunku spełnienia wymagań norm dotyczących jego treści. Zbyt precyzyjnie zostały także opisane warunki dot. sposobu komunikacji oraz wizualizacji pracy urządzeń zawarte w treści pkt 2.4.2 Opisu przedmiotu zamówienia. Wymóg komunikacji po protokole ModBus RTU po RS 485 mógł w sposób nieuzasadniony okolicznościami obiektywnymi wpłynąć na zawężenie ilości możliwych do zaoferowania urządzeń. Również parametry użytkowe urządzenia zostały sformułowane w sposób zbyt drobiazgowy. Parametry te powinny zostać zastąpione opisem funkcji realizowanych przez system oraz jego przeznaczenie. Nadmiernie precyzyjnie został opracowany także algorytm działania urządzenia gaśniczego — pkt 3.1.2 Opisu przedmiotu zamówienia.

Na fakt, iż wymogi postawione przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia ograniczyły konkurencję zwrócił również uwagę wykonawca ITwares Sp. z o.o. w piśmie z dnia 24.04.2020 r. cyt.: „Wymagania techniczne postawione w zakresie rozwiązań ograniczyły wybór dostępnych na rynku urządzeń koniecznych do zamontowania w ramach wykonania przedmiotu zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu pokreślił, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany

charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp. W szczególności zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji, a w konsekwencji — m.in. zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć 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. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Prezes Urzędu stwierdził, że jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego, do różnych producentów zostały dostosowane parametry wybranych elementów Opisu przedmiotu zamówienia poprzez ich sformułowanie w sposób nadmierny i nieuzasadniony przeznaczeniem przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Tym samym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykazane naruszenia mogły mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Pismem z dnia 1 lutego 2021 r., działając na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający Urząd do Spraw Cudzoziemców zgłosił zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej, przekazanego Kierownikowi Zamawiającego w dniu 25 stycznia 2021 r. Zamawiający nie zgodził się z wynikiem przeprowadzonej kontroli, z jej ustaleniami i przedstawionym uzasadnieniem.

W pierwszej kolejności zamawiający podkreślił, iż wynik przedmiotowej kontroli opiera się w zakresie rozstrzygnięcia merytorycznego na opinii biegłego sądowego specjalizującego się w zakresie serwerowni informatycznych. Jak wynika z uzasadnienia przedmiotowej kontroli biegły wyraził swoją opinię poprzez odpowiedź na pytania, jakie zostały do niego skierowane.

W przypadku uzyskania odpowiedzi twierdzącej (w szczególności na pytania nr 1 i 3) kontrolujący oczekiwał jednoznacznego wskazania w jaki sposób działania zamawiającego wpłynęły w sposób negatywny na przebieg postępowania.

Zamawiający podkreślił, iż w zasadzie wyłącznie odpowiedź twierdząca udzielona na pytanie nr 4 oznaczałaby faktyczne naruszenie norm wskazanych przez kontrolującego w petitum Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej.

W swojej opinii biegły sądowy powołany przez kontrolującego jednoznacznie i bezspornie wskazał, iż zamawiający nie naruszył normy art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na wzmiankowanie zasługują takie sformułowania przytoczone przez kontrolującego, a zaczerpnięte z opinii biegłego, iż „parametry techniczne traktowane jako całość nie zostały dostosowane pod konkretnego producenta”, czy „podane w dokumentacji projektowej cechy, parametry oraz ilustracje są w wielu częściach zbieżne i w części opisują rozwiązania firmy Panduit, lecz nie wykluczają zastosowania innych rozwiązań – suma wszystkich postawionych wymagań nie wskazuje na jedno rozwiązanie”.

Jednocześnie zamawiający wskazał na odpowiedź biegłego na pytanie nr 3, gdzie zdaniem biegłego „wymogi postawione przez zamawiającego (...) ograniczały konkurencję w rozumieniu ustawy PZP” i podkreślił, że całkowicie nie zgadza się z przedmiotową tezą, zwłaszcza w kontekście jednolitego przeciwnego stanowiska prezentowanego w pozostałej części opinii biegłego.

W uzasadnieniu tezy, iż „wymogi postawione przez zamawiającego (...) ograniczały konkurencję w rozumieniu ustawy PZP” biegły, na dodatkową prośbę kontrolującego wskazał na treść pkt 2.4.2 oraz 3.1.2 opisu przedmiotu zamówienia, a także na pkt 7.4 oraz 8.3 projektu wykonawczego.

Odnosząc się do ww. zarzutów, Zamawiający podniósł, że zarzut, iż w przypadku kwestionowanych zapisów opisu przedmiotu zamówienia zamawiający dokonał zbyt szczegółowej charakterystyki klimatyzatorów rządowych, co w opinii biegłego skutkować powinno tym, iż pomimo dopuszczenia zaoferowania rozwiązań równoważnych zamawiający otrzymałby system gaszenia SIEMENS SINORIX 1230, nie znajduje uzasadnienia zarówno w stanie prawnym, jak i faktycznym.

Zdaniem zamawiającego, nie można pomijać faktu, iż już sam rynek oferuje ograniczony zasób produktów, instalacji czy systemów, które zamawiający może wykorzystać w opisie przedmiotu zamówienia, tj. których dostarczenia czy zainstalowania może żądać od wykonawców. Nie jest zatem czymś wyjątkowym ani nagannym, iż zamawiający, opisując przedmiot zamówienia korzysta z rozwiązań dostępnych na rynku. Jak jednoznacznie wynika z opinii biegłego, suma wszystkich postawionych wymagań nie wskazuje na jedno rozwiązanie, zatem biegły przyznał, a kontrolujący zdaje się to całkowicie pomijać, iż opis przedmiotu zamówienia nie wskazuje konkretnego rozwiązania. Stanowisko zamawiającego



potwierdza również stan faktyczny, ponieważ wbrew oczekiwaniom biegłego zamawiający otrzymał rozwiązanie technologiczne nie firmy Siemens, a system gaśniczy firmy Polon Alfa. Powyższe dobitnie i jednoznacznie wskazuje, że podmiot działający profesjonalnie, posiadający wiedzę i doświadczenie jest w stanie zaoferować rozwiązanie równoważne w zakresie opisanym przez zamawiającego.

Zamawiający zgodził się z opinią, że opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych, o ile nie najistotniejszym elementem dokumentacji postępowania. Bez dyskusji pozostaje fakt, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania i to jego obowiązkiem jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, a także innych postanowień dokumentacji przetargowej. Powyższy obowiązek podlega ograniczeniu jedynie w taki sposób, aby zapewnić wykonawcom równy dostęp do zamówienia, co w żadnym razie nie oznacza umożliwienia dostępu do takiego zamówienia wszystkim wykonawcom, ale jedynie tym, którzy są w stanie zaoferować zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze standardami określonymi przez niego w dokumentacji postępowania.

Oczywistym jest, że przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Powyższe jednak nie ma miejsca w kontrolowanym postępowaniu. Zamawiający, poprzez dopuszczenie produktów równoważnych, które istniały i istnieją dla wszystkich produktów i rozwiązań przyjętych w opisie przedmiotu zamówienia, zapewnił możliwie jak najszerszy udział wykonawców w postępowaniu. Ponadto, z opinii biegłego nie wynika, aby przyjęte rozwiązania, w tym te opisane w pkt. 7.4. i 8.3. Projektu Wykonawczego bądź w pkt. 24.2. lub 3.1 2. Opisu przedmiotu zamówienia były rozwiązaniami dostępnymi dla ograniczonej ilości wykonawców.

Zamawiający wskazał, że wykorzystując swoje prawo, opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wszystkie jego elementy były ze sobą spójne i komplementarne. Kontrolujący zasadniczo sugeruje, iż na etapie prowadzenia postępowania zamawiający winien dokonać przemodelowania opisu przedmiotu zamówienia, m.in. poprzez odstąpienie od wymogu komunikacji po protokole ModBus RTU po RS485, czy dopuszczenie zaoferowania urządzenia posiadającego nieaktualne oprogramowanie wewnętrzne (ang. firmware), a także modyfikację zapisu dotyczącego uzyskania certyfikatu 25-letniej gwarancji.

Hipotetycznie przyjmując za słuszne stanowisko kontrolującego, zamawiający naraziłby się na możliwość uzyskania urządzeń niespełniających aktualnych norm, czy po

prostu przestarzałych, co z kolei stoi w logicznej sprzeczności z wymogiem dotyczącym gwarancji, której okres zamawiający określił na 25 lat. Z tych powodów nie można zatem uznać za zasadne zarówno stanowiska kontrolującego, jak i opinii biegłego w powyższym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego aktualności oprogramowania wewnętrznego (firmware), zamawiający nie zgodził się z tezą kontrolującego, iż obowiązek dostarczenia urządzeń z aktualną wersją oprogramowania wewnętrznego, należy uznać za nadmierny.

Kluczowym stwierdzeniem zawartym w dokumentacji postępowania jest „(...) według aktualnie obowiązujących norm (...)”. Nie można pomijać faktu, iż wraz z rozwojem szeroko rozumianej technologii transmisji danych rozwijają się komponenty służące do budowy kanałów transmisyjnych, zapewniających poprawną pracę stosowanych obecnie jak i przyszłych aplikacji. Kanały transmisyjne, aby spełnić wymagania aplikacji, muszą zapewniać odpowiednie parametry techniczne funkcjonowania. Sprawdzenie tych parametrów odbywa się przy pomocy mierników dynamicznych, tzw. analizatorów sieciowych. Zarówno same algorytmy pomiarowe, jak i sprawdzane przez nie parametry również ewoluują wraz z postępem technologicznym, który w szeroko rozumianej branży IT jest niezwykle dynamiczny. Dlatego też producenci instrumentów pomiarowych co jakiś czas publikują aktualizację oprogramowania, aby pozostawać w zgodzie z aktualnymi wymogami standardów.

Konsekwencją wymagania zamawiającego w zakresie zapewnienia zgodności urządzenia pomiarowego z normami, standardami pomiarowymi aktualnymi na dzień weryfikacji, jest konieczność przedstawienia tego typu wymogu, aby potwierdzić zgodność dostarczanej infrastruktury sieciowej. W przeciwnym razie mogłoby dojść do sytuacji, w której weryfikacja parametrów sieciowych następowalaby urządzeniem skalibrowanym do norm, standardów obowiązujących np. pięć lat temu, co de facto skutkować mogłoby dostarczeniem urządzeń, czy całej infrastruktury, która faktycznie nie spełniałaby wymagań zamawiającego określonych w dokumentacji zamówienia.

Zdaniem zamawiającego, sam kontrolujący nie ma całkowitej pewności co do stawianej przez siebie tezy w powyższym zakresie. W uzasadnieniu czytamy bowiem, iż „(a..) wynik pomiarów nie powinien się różnić dla różnych wersji oprogramowania (...)”. Stwierdzenie „nie powinien” nie jest tożsame ze stanowiskiem „nie różni się”, wobec czego zupełnie niezrozumiałe jest obciążenie zamawiającego konsekwencją wynikającą wyłącznie z przypuszczeń, a nie z okoliczności o naturze obiektywnej, bezspornych.

Ponadto, zamawiający nie zgodził się z zarzutem, iż warunek dysponowania miernikiem, posiadającym najnowszą wersję oprogramowania, należy uznać za nadmierny. Zgodnie z potoczną definicją termin „nadmierny” należy interpretować jako wymaganie zbyt wygórowane. Nie można przy tym abstrahować, iż w zasadzie wszyscy producenci urządzeń pomiarowych udostępniają bezpłatnie, na swoich stronach internetowych, aktualizacje oprogramowania wewnętrznego (firmware) dla produkowanych przez siebie instrumentów.

Zatem, w opinii kontrolującego, za nadmierne należy uznać wymaganie, aby podmiot dokonujący analizy parametrów sieciowych, najpierw pobrał z ogólnodostępnej strony producenta właściwy plik z najnowszym oprogramowaniem wewnętrznym, a następnie wgrał to oprogramowanie do posiadanego analizatora. Taki proces trwa zazwyczaj kilka lub kilkanaście minut i nie wymaga żadnej specjalistycznej wiedzy. Zamawiający podkreślił, że obecnie standardem jest, iż urządzenia pomiarowe posiadają menu w języku polskim, co dodatkowo ułatwia jego obsługę, w tym proces aktualizacji oprogramowania wewnętrznego, dlatego zarzut odnośnie „nadmiernego” charakteru zapisu treści pkt 8.3 Projektu Wykonawczego jest niezasadny.

Wraz z rozwojem szeroko rozumianej technologii transmisji danych rozwijają się komponenty służące do budowy kanałów transmisyjnych zapewniających poprawną pracę stosowanych obecnie, jak i przyszłych aplikacji. Kanały transmisyjne, aby spełnić wymagania aplikacji muszą zapewniać odpowiednie parametry. Sprawdzenie tych parametrów odbywa się przy pomocy mierników dynamicznych (analizatorów sieciowych). Algorytmy pomiarowe i sprawdzane przez nie parametry również ewaluują. Dlatego też producenci instrumentów pomiarowych co jakiś czas wypuszczają aktualizację oprogramowania, aby pozostawać w zgodzie z aktualnymi wymogami standardów. Wynika z tego, że zamawiający, aby pozostać w zgodzie z obowiązującymi wymogami norm nie tylko mógł, ale wręcz był zobowiązany do przedstawienia tego typu wymogu w swojej dokumentacji przetargowej.

Zamawiający podkreślił, że wszyscy uznani producenci sieciowych urządzeń pomiarowych bezpłatnie na swoich serwerach udostępniają aktualizacje dla swoich instrumentów, i tylko niedoświadczeni wykonawcy wykonują pomiary instrumentami z nieaktualną wersją oprogramowania. Ponadto, biegły w swej opinii w całości pomija, iż zamawiający dokonując modernizacji serwerowni zakładał jej dalszą rozbudowę. Gdyby zamawiający nie zapewnił sobie możliwości korzystania z analizatora wraz z najnowszą wersją oprogramowania wewnętrznego, musiałby w wypadku pojawienia się nowej wersji, dokonać modyfikacji tej we własnym zakresie, co byłoby niecelowe także z punktu widzenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych. Biegły bowiem, wydawać się może - że nie zwrócił uwagi na charakter przedmiotu tego zamówienia — budowę serwerowni odnośnie zasięgu obsługi tego przedmiotu i celu jakiemu miała ona służyć. Nadto, podkreślić należy, że oczekiwanie od wykonawców dostarczenia rozwiązań w najnowszej, najbardziej aktualnej wersji jest działaniem powszechnym. Jako przykład zamawiający wskazał powszechne żądanie, aby w ramach postępowań na obsługę transportu publicznego oferowane autobusy spełniały najwyższą normę dot. spalin, tj. EURO 6. Gdyby przyjąć logikę biegłego uznać należałoby, że w tych postępowaniach dochodzi do dyskryminacji tych wykonawców, których autobusy spełniają niższe normy spalania, które nadal są dopuszczalne. Zagwarantowanie przez zamawiającego, że będzie korzystał z najnowszej wersji oprogramowania było logicznie

powiązane z wymogiem udzielenia gwarancji na okres 25 lat i musi być rozpatrywane w kategoriach należytej troski zamawiającego w wydatkowaniu środków publicznych.

Biegły wskazał, że wymóg komunikacji po protokole ModBus RTU po RS 485 mógł w sposób nieuzasadniony okolicznościami obiektywnymi wpłynąć na zawężenie ilości możliwych do zaferowania urządzeń.

Zamawiający podniósł, że ModBUS to protokół komunikacyjny typu Client-Server, który służy do komunikacji z kontrolerami programowalnymi umożliwia zarządzanie siecią takich urządzeń, jak np. system sterowania temperatury i wilgotności. Przedmiotowy protokół komunikacyjny został stworzony już w 1979r. i w tym czasie stale ewoluował. Obecnie jest standardem otwartym, co przyczyniło się do jego dużego rozpowszechnienia. Początkowo działał poprzez port szeregowy RS-232, lecz wraz z rozwojem protokołu możliwe było wykorzystanie portu RS-485, co pozwalało na zwiększenie tempa transmisji. Zatem dopuszczenie przez zamawiającego możliwości wykorzystania innego portu niż RS485 byłoby równoznaczne z dopuszczeniem rozwiązania gorszego jakościowo, co wydatnie wpłynęłoby na końcowe parametry całej serwerowni. Nie można przy tym pomijać, iż rozwiązania oparte na wykorzystaniu portu szeregowego RS-232 są rozwiązaniami schyłkowymi i należy spodziewać się, iż w kolejnych latach nie będą one wspierane.

W odniesieniu do algorytmu urządzenia gaśniczego — pkt. 3.1.2. OPZ zamawiający podniósł, że biegły nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie tezy, że został on opisany w sposób nadmiernie precyzyjny. Zamawiający wskazał, że skoro biegły podkreśla, iż w każdym przypadku, a zatem w zakresie urządzenia gaśniczego także, jest możliwe wskazanie szeregu rozwiązań równoważnych, w tym poprzez wskazanie konkretnych modeli, jedynie logicznym wnioskiem jest ten, że konkurencja nie została przez zamawiającego ograniczona.

Zdaniem zamawiającego, w powyższym stanie faktycznym wymaganie w zakresie aktualności oprogramowania wewnętrznego miernika dynamicznego (analizatora) trudno uznać za wygórowane.

Z kolei w odniesieniu do zarzutu ograniczenia konkurencji, poprzez zamieszczenie w pkt 7.4 projektu wykonawczego zapisu: „kanały kablowe muszą być tego samego producenta co system okablowania aby zostały spełnione warunki niezbędne do uzyskania bezpłatnego certyfikatu 25-letniej gwarancji udzielonej bezpośrednio przez ww. producenta okablowania”, Zamawiający podniósł, że powszechnie panującą praktyką wśród producentów okablowania funkcjonujących na polskim rynku, i to zarówno producentów krajowych, jak i pochodzących z innych krajów Unii Europejskiej, czy krajów trzecich, jest stosowanie właśnie takich zapisów odnośnie 25-letniego okresu gwarancji, jakich zamawiający użył w dokumentacji zamówienia. Zamawiający zwrócił uwagę, iż z jego doświadczenia i wiedzy wynika, że większość producentów systemów okablowania, dostępnych na rynku, w celu udzielenia 25-letniej gwarancji stawia identyczny wymóg. Zdaniem zamawiającego, biegły źle zinterpretował zapisy

Projektu Wykonawczego. Gwarancja, o której mowa w pkt. 7.4 dotyczy 25-letniej gwarancji na pasmo przenoszenia, a nie jak to biegły uznał, na poszczególne produkty. Zastosowanie okablowania jak i systemu zarządzania i prowadzenia kabli od jednego producenta, a następnie należyte wykonanie zadania w oparciu o tak dobrane elementy, gwarantuje minimalną ilość tzw. błędów bitu a tym samym minimalną ilość odrzuconych ramek w warstwie sieciowej, jak również płynną transmisję w warstwie transportu, a co za tym idzie płynne działanie zarówno obecnie jak i w przyszłości używanych aplikacji pracujących w gwarantowanym przez producenta paśmie przenoszenia i to przez kres 25 lat.

W dokumentacji przetargowej zamawiający dokładnie opisał wszystkie wymagane parametry techniczne. Zostały one zaczerpnięte z obecnie obowiązujących standardów. Wykonany należyście przez wykonawcę system w oparciu o dokumentację przetargową sporządzoną przez zamawiającego, zapewni minimalną degradację parametrów na przestrzeni lat. Zamawiający podkreślił, że przedmiotowe wymaganie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, jakim jest modernizacja serwerowni w takim zakresie, jest wymaganiem niezwykle istotnym, powszechnie stosowanym w tego typu postępowaniach, a potencjalni dostawcy traktują go z wielką doniosłością. Istotą bowiem tego wymagania jest udzielenie systemowej 25-letniej gwarancji. W praktyce oznacza to udzielenie 25 lat gwarancji na pasmo przenoszenia, a nie, jak mogłoby się wydawać, na poszczególne elementy wchodzące w skład systemu.

W ocenie zamawiającego, nie można w tym miejscu pomijać faktu, iż poszczególne elementy systemu zarządzania i prowadzenia okablowania, pochodzące od różnych producentów, są tożsame, identyczne. Jeśli by tak nie było nie mielibyśmy do czynienia m. in. z ochroną patentową poszczególnych rozwiązań, właśnie w zakresie tzw. pasma przenoszenia. Dla instalacji tak istotnych, czy z punktu widzenia zamawiającego wręcz krytycznych, jakimi są serwerownie, zastosowanie okablowania jak i poszczególnych elementów systemu zarządzania i prowadzenia kabli pochodzących wykonanie poszczególnych etapów sieci w oparciu o tak dobrane elementy, gwarantuje minimalną ilość tzw. błędów bitu, a tym samym minimalną ilość odrzuconych ramek w warstwie sieciowej, płynną transmisję w warstwie transportu, a co za tym idzie płynne działanie zarówno obecnie, jak i w przyszłości, używanych aplikacji pracujących w gwarantowanym przez producenta paśmie przenoszenia przez gwarantowany okres 25 lat.

Ponadto, zdaniem zamawiającego, nie można też pomijać faktu, iż w dokumentacji przetargowej zamawiający, dochowując należytej staranności, dokładnie opisał wszystkie wymagane parametry techniczne w odniesieniu do poszczególnych elementów sieciowych. Zostały one zaczerpnięte z dokumentacji opisujących obecnie obowiązujące standardy. Zatem w sytuacji, gdy wykonawca wykona przedmiot zamówienia należyście, zgodnie z opisem

przedmiotu zamówienia, będzie w stanie zagwarantować minimalną, akceptowalną przez zamawiającego degradację parametrów na przestrzeni 25 lat.

Proponowane przez kontrolującego, w ślad za opinią biegłego, uogólnienie kwestionowanego zapisu jest czynnością zbędną, nic nie wnoszącą do postępowania, a w szczególności nie zmieniającą sytuacji wykonawców. W dalszym ciągu biegły utrzymuje, iż „system okablowania strukturalnego” winien posiadać „certyfikat 25-letniej gwarancji producenta”.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z informacjami dostępnymi publicznie na stronach internetowych m.in. Instytutu Sieci Teleinformatycznych, Wydziału Informatyki i Telekomunikacji Politechniki Poznańskiej, system okablowania strukturalnego składa się z następujących elementów:

- 1) okablowanie pionowe (wewnątrz budynku) - tj. kable miedziane lub/i światłowody ułożone w głównych pionach (kanałach) telekomunikacyjnych budynków, realizujące połączenia pomiędzy punktami rozdzielczymi systemu;
- 2) punkty rozdzielcze tj. miejsca będące węzłami sieci w topologii gwiazdy, służące do konfiguracji połączeń;
- 3) okablowanie poziome — tj. część okablowania pomiędzy punktem rozdzielczym a gniazdem użytkownika;
- 4) gniazda abonenckie — tj. punkt przyłączenia użytkownika do sieci strukturalnej oraz koniec okablowania poziomego od strony użytkownika;
- 5) połączenia systemowe oraz terminalowe - tj. połączenia pomiędzy systemami komputerowymi a systemem okablowania strukturalnego;
- 6) połączenia telekomunikacyjne budynków.

W ocenie zamawiającego, biegły z niezrozumiałych przyczyn rozdziela system okablowania strukturalnego od kanałów kablowych, w których zostanie położone okablowanie. Zamawiający, nie będąc biegłym sądowym w zakresie budowy serwerowni, posiłkując się ogólnodostępnymi informacjami zamieszczonymi na stronach internetowych czołowej uczelni technicznej, bezspornie wykazał, iż kanały kablowe stanowią element systemu okablowania strukturalnego. Wobec powyższego uogólnienie zapisu pkt 7.4 projektu wykonawczego jest czynnością zbędną z punktu widzenia prowadzonego postępowania i nie miało żadnego wpływu na treści ofert złożonych przez wykonawców, ponieważ niezależnie od faktycznej treści ww. zapisu, tj. treści zamieszczonej przez zamawiającego czy uogólnienia proponowanego przez biegłego, zostałyby on identycznie zrozumiany i wywoływałyby analogiczne skutki po stronie wykonawców.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zarówno biegły, jak i kontrolujący nie zakwestionowali poprawności wymagania udzielenia gwarancji przez producenta okablowania. Wobec

powyższego niezależnie od faktu, który z ww. zapisów znalazłby się w treści dokumentacji zamówienia, skutkowałby koniecznością uzyskania gwarancji producenta okablowania. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której jeden producent okablowania, które już fabrycznie posiada parametry dostosowane do produkowanych przez tego producenta innych elementów infrastruktury sieciowej, udziela gwarancji na bezbłędne działanie okablowania innego producenta.

Odnosząc się do pytania nr 1 skierowanego przez kontrolującego do biegłego – Zamawiający podkreślił, że z opinii tej wynika jednoznacznie, iż parametry techniczne nie zostały dostosowane pod konkretnego producenta. Nadto, biegły stwierdził, iż jakkolwiek parametry i ilustracje w części opisują rozwiązania firmy Panduit, to nie wykluczają zastosowania innych rozwiązań. Biegły podkreślił w opinii uzupełniającej, że „W każdym przypadku istnieje możliwość wskazania producentów produktów równoważnych, poszczególne rozwiązania bowiem są (i były na datę postępowania) rozwiązaniami i produktami typowymi dla swoich kategorii”. Pomimo jednoznacznej oceny, iż nie doszło do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązania, a także, że zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne, które w zakresie każdego z produktów można w sposób łatwy wskazać, biegły - bez uzasadnienia - stwierdził, że wymogi postanowione przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia ograniczyły konkurencję w rozumieniu ustawy Pzp.

Niezrozumiałym jest stawianie zarzutu zamawiającemu, że część z wymogów zawiera wskazania na rozwiązania konkretnego producenta, tj. na system gaszenia firmy Siemens - Sinorix 1230, skoro jednocześnie z opinii biegłego wynika, że dopuszczone zostały rozwiązania równoważne i że możliwym jest w każdym przypadku wskazanie producentów produktów równoważnych, bowiem przyjęte przez zamawiającego rozwiązania i produkty są typowymi dla swoich kategorii. Biegły nie wskazał także w swojej opinii, aby przyjęte przez zamawiającego rozwiązanie było dostępne wyłącznie dla ograniczonego grona wykonawców. Tylko bowiem w takim przypadku uznać można byłoby, że doszło do ograniczenia konkurencji. Wręcz przeciwnie - w opinii uzupełniającej biegły w odpowiedzi na pytanie Prezesa UZP „(...)Tym samym proszę o wyjaśnienie, czy powyższe oznacza, że mimo dostosowania parametrów wybranych elementów do producentów, wykonawcy byli w stanie zaoferować rozwiązania równoważne na te poszczególne elementy?” odpowiada, w zakresie systemu gaszenia – „Precyzyjne wskazanie poszczególnych parametrów granicznych urządzeń stwarza wrażenie, iż zostały one spisane z wykazów parametrów istniejących urządzeń. Jednak szeroki rynek tych rozwiązań w ocenie sporządzającego opinię pozwala na dobór urządzeń innych producentów spełniających te parametry”.

Powyższe potwierdzone zostało w ramach niniejszego postępowania. W złożonych ofertach przedstawiono bowiem rozwiązanie technologiczne firmy Polon Alfa, co dobitnie i

jednoznacznie wskazuje, iż możliwym było zaoferowanie rozwiązania równoważnego w zakresie opisanym przez zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że mimo, iż Prezes UZP powołał biegłego sądowego w zakresie specjalizacji dotyczącej serwerowni informatycznych, to biegły w swojej opinii wypowiedział się w zakresie ograniczenia konkurencyjności, a zatem informacji, które nie stanowią wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 163 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Nie można bowiem przyjąć, by wiadomością specjalną dla prowadzącego postępowania kontrolnego było to, czy doszło do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, a zatem czy doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Kwestia naruszenia przepisów ustawy Pzp jest przedmiotem kontroli, a biegłym w sprawie oceny zgodności procedury z przepisami prawa jest organ kontrolny, czyli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

Ustawa Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji dotyczących znaczenia opinii biegłego i sposobu jej oceny. Ze względu na kontrydiktoryjny charakter postępowania kontrolnego za zasadne należy uznać posiłkowanie się zasadami wypracowanymi w tym zakresie w odniesieniu do postępowania cywilnego. Sąd Najwyższy wielokrotnie podkreślał, iż zadaniem biegłego nie jest rozstrzyganie zagadnień prawnych, a jedynie naświetlenie wyjaśnianych okoliczności z punktu widzenia wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego mu materiału sprawy. Jeżeli biegły, z przekroczeniem granic swoich kompetencji — obok wypowiedzi w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych zamieści w opinii także sugestie co do sposobu rozstrzygnięcia kwestii prawnych, sąd powinien je pominąć (wyr. SN z 4.3.2008 r., IV CSK 496/07, Legalis). Należy dodać, że opinia biegłego w sprawie rozumienia określonego przepisu prawnego nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia, bez przeprowadzenia samodzielnej jego wykładni przez sąd, gdyż pojęcie wiadomości specjalnych z art. 278 S 1 KPC nie obejmuje wiedzy dotyczącej treści obowiązującego prawa oraz reguł jego tłumaczenia (wyr. SN z 1.7.1998 r., I PKN 203/98, Legalis). Powyższe znalazło odzwierciedlenie także w stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej. W uchwale z 25 listopada 2015 r., sygn. KIO/KD 61/15.

Ta więc część opinii, która odnosi się do oceny postępowania pod kątem uczciwej konkurencji nie może stanowić samodzielnej podstawy stwierdzenia, że doszło do naruszenia ustawy Pzp. Biegły wykroczył w swojej opinii ponad posiadane kompetencje, ale i zakres, do którego został w ramach prowadzonej kontroli powołany. Biegły bowiem nie posiada wiedzy z zakresu prawa zamówień publicznych, w tym z zakresu konkurencji. Ponadto biegły nie jest w stanie uzasadnić swojego stanowiska, ograniczając je do kategorycznych sformułowań. W swojej opinii powołuje się na definicję ograniczenia konkurencji, jednakże nie przedstawia źródła jej pochodzenia ani szczegółów charakterystycznych dla przedmiotowego postępowania, które uzasadniałyby jego stanowisko. W swojej opinii powołuje się na definicję



ograniczenia konkurencji, jednakże nie przedstawia źródła jej pochodzenia ani szczegółów charakterystycznych dla przedmiotowego postępowania, które uzasadniałyby jego stanowisko.

Biegły nie tylko nie wykazał, by produkt, który, nawet jeśli zostałby opisany parametrami charakterystycznymi dla konkretnego produktu, był dostępny ograniczonej liczbie wykonawców, to jeszcze nie wykazał w opinii, że inne produkty nie posiadają takich samych bądź lepszych parametrów, a różnią się innymi, niewyspecyfikowanymi cechami. W odpowiedzi na pytanie kontrolującego „(..) czy wskazane przez Pana, w związku z odpowiedzią na Pytanie 3 wybrane argumenty przemawiające za ograniczeniem konkurencji przez zamawiającego (dotyczące pkt 7.4, 8.3 Projektu Wykonawczego oraz pkt 2.4.2, 3.1.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia) umożliwiły dostęp do zamówienia tylko kilku wykonawco, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie?” biegły odpowiada w sposób kategoriyczny, jednakże nie przedstawia żadnego uzasadnienia. Trywializując należałoby powiedzieć, że przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp byłby naruszony także w tym przypadku, gdyby zamawiający w ramach postępowania oczekiwał dostawy telewizora 42”, bo jest to cecha charakterystyczna dla modelu X marki Y. Oczywistym jest jednak, że także inne marki posiadają telewizory o takich parametrach bądź lepszych. Z tych też względów odmówić należy opinii biegłego waloru rzetelności.

Opinia biegłego nie ma w sprawie znaczenia rozstrzygającego i podlega ocenie jak każdy środek dowodowy, a jednak w oparciu o właściwe dla jej oceny na płaszczyźnie merytorycznej kryteria, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego stanowiska, stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej. Biegły wyraża opinię o tej części materiału dowodowego, którą wskazuje dla celów jej wydania sąd, nie dokonuje natomiast wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego sprawy, co jest obowiązkiem sądu orzekającego (wyr. SN z 12.2.2015 r., IV CSK 275/14, Legalis). Gdyby bowiem przyjąć inną interpretację dochodziłoby do sytuacji, w której np. w sporze, w ramach którego inwestor kwestionowałby należytość wykonania robót budowlanych wystarczającym byłoby powołanie biegłego, który odpowiedziałby na tę wątpliwość. Tymczasem opinia biegłego w takich sporach może dotyczyć tego czy użyto odpowiednich materiałów albo czy roboty wykonane zostały zgodnie z wiedzą budowlaną i wszystkimi normami. Odpowiedzi na pytanie o należytość wykonania udziela jednak sąd, po dokonaniu wszechstronnej i swobodnej oceny całości materiału zgromadzone w sprawie, w tym opinii biegłego. Kontrolujący miał obowiązek dokonać oceny opinii biegłego w oparciu o wiedzę z zakresu zamówień publicznych. W niniejszej sprawie takiej wszechstronnej oceny opinii biegłego nie dokonano, jak również nie dokonano wszechstronnej oceny całości materiału.

Zdaniem zamawiającego, z faktu, że w postępowaniu wpłynęły cztery oferty, wbrew twierdzeniu biegłego, wynika w sposób jednoznaczny, że rozwiązania i produkty przyjęte przez zamawiającego są typowymi dla rynku i dostępnymi szerokiej grupie wykonawców. Z powyższego wynika także, że istniały na moment składania ofert rozwiązania równoważne. Zamawiający dokonał precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w celu ochrony własnych interesów i realizacji uzasadnionych potrzeb. Na rynku, do którego kierowane było zamówienie rozwiązania przyjęte przez zamawiającego są rozwiązaniami typowymi, tak jak i produkty niezbędne do realizacji zamówienia. Z opinii biegłego jednoznacznie wynika, że nawet jeśli parametry wybranych elementów zostały dostosowane do różnych producentów, to jednak w każdym przypadku istnieje możliwość wskazania producentów produktów równoważnych. W tych okolicznościach uznać należy, że zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób należyty, z dochowaniem wszystkich zasad wynikających z przepisu art. 29 ustawy Pzp, a zatem zapewnił szeroką konkurencję i tym samym nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do złożonych przez zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 16 lutego 2021 r. podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazanego w Informacji o wyniku kontroli następczej doraźnej z dnia 25 stycznia 2021 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przywołał otrzymane zgłoszenie, dotyczące możliwych nieprawidłowości w ww. postępowaniu, skutkujących naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i podkreślił, że ocena zasadności zarzutów wniesionych przez wnioskodawcę wymagała wiadomości specjalnych, w związku z czym, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Prezes Urzędu zwrócił się z prośbą do biegłego sądowego specjalizującego się w zakresie serwerowni informatycznych o przygotowanie stosownej opinii.

Z przedmiotowej opinii wynika, iż podane w dokumentacji projektowej cechy, parametry oraz ilustracje są w wielu częściach zbieżne i w części opisują rozwiązania firmy Panduit, lecz nie wykluczają zastosowania innych rozwiązań — suma wszystkich postawionych wymagań nie wskazuje na jedno rozwiązanie. Biegły wskazał natomiast, że do różnych producentów zostały dostosowane parametry wybranych elementów i przedstawił argumenty przemawiające w ocenie sporządzającego opinię za słuszością wniosku. Ponadto biegły wskazał, iż wymogi postawione przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 1 do SIWZ, STWiOR - Teletechnika oraz Projekcie Wykonawczym - Teletechnika ograniczyły konkurencję w rozumieniu ustawy Pzp. W ocenie sporządzającego opinię, wbrew twierdzeniom zamawiającego, niebudzącym wątpliwości jest, iż parametry systemu

gaśniczego nie zostały opracowane na podstawie analizy obiektywnych technicznie oczekiwań, a zostały spisane ze specyfikacji rozwiązania firmy Siemens.

Prezes Urzędu wskazał, że zamawiający w sposób nieuprawniony poprzez swą interpretację przepisów i zaleceń dotyczących formułowania wymogów siwz rozszerzył swe prawa na formułowanie wymogów ze wskazaniem zbyt szerokiego spektrum szczegółowo określonych parametrów technicznych, co w ocenie sporządzającego opinię nie miało uzasadnienia w oczekiwaniach użytkowych zamawianych rozwiązań, a w efekcie doprowadziło do uszczuplenia wykazu możliwych do zaoferowania rozwiązań. Nie znaleziono w treści materiału uzasadnienia w postaci opisu obiektywnie uzasadnionych oczekiwań dla poddanych wątpliwościom w treści opinii parametrów. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, istnieje możliwość bezwzględnego uniknięcia ryzyka oferowania rozwiązania (urządzenia) niespełniającego aktualnych na datę postępowania norm choćby przez wyraźne wskazanie w treści siwz wymogu ich spełnienia. Natomiast twierdzenie zamawiającego dotyczące gwarancji 25-letniej jest całkowicie pozbawione sensu technicznego. Nie istnieje bowiem możliwość zagwarantowania spełnienia norm, które zaczną obowiązywać w dacie późniejszej od daty oferowania rozwiązań (urządzeń).

Prezes Urzędu podkreślił, że w ocenie sporządzającego opinię, wymóg dotyczący aktualności oprogramowania wewnętrznego wobec możliwości sformułowania wymogu dotyczącego zgodności z obowiązującymi normami, należy bezwzględnie uznać za nadmierny. Nie wynika on bowiem z jakichkolwiek obiektywnych technicznie okoliczności. Jeśli dwie wersje oprogramowania spełniają aktualne na datę postawienia wymogu normy, wybór wersji nie ma technicznego uzasadnienia oraz nie gwarantuje większej wiarygodności wyników pomiaru/badania pod względem spełnienia wymogu zgodności z normami. A to z tego względu, że jakość prac związanych z pomiarami/badaniem wynika wprost z obowiązujących norm w tym zakresie. Stwierdzenie „aktualnymi na dzień weryfikacji” jest niejasne. W ocenie sporządzającego opinię, wymóg może dotyczyć co najwyżej daty oferowania bądź w wyjątkowych i uzasadnionych okolicznościach obiektywnymi technicznie innej daty, jednak bezwzględnie poprzedzającej datę rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie sporządzającego opinię, jednak należy za bezwzględnie obowiązującą datę w tym zakresie uznać datę oferowania. Podnoszony przez zamawiającego argument, iż zakładał on dalszą rozbudowę serwerowni pozostaje w sprzeczności z zasadami logiki. Nie ma bowiem możliwości zapewnienia zgodności realizowanego przedmiotu zamówienia w całości ze standardami czy normami, które zaczną obowiązywać w przyszłości w stosunku do daty realizacji przedmiotu zamówienia. Podnoszone przez sporządzającego opinię okoliczności, dotyczące wymogów zgodności z normami, mają charakter ogólny i dotyczą również pozostałych wymogów siwz. Może bowiem dojść do sytuacji, w której aktualna wersja oprogramowania uległaby zmianie np. w trakcie trwania prac związanych z

badaniem/pomiarami. Sytuacja taka byłaby niekorzystna dla obu stron. Nie ma tu obiektywnego znaczenia nikłe prawdopodobieństwo zaistnienia takiej sytuacji. Całość prac określonego rodzaju powinna być prowadzona w zgodzie z jedną normą i przy pomocy jednej wersji oprogramowania. Może się zdarzyć sytuacja, w której w trakcie trwania prac ulegną zmianie wybrane z postanowień norm, a nawet może dojść do zastąpienia normy inną. Okoliczność ta może więc wpłynąć na zgodność oferowanego rozwiązania/urządzenia z normami zmienionymi. Wszystkie powyższe rozważania dotyczą odpowiednio innych okoliczności niezależnych od stron postępowania, jak: przepisy i akty wykonawcze, standardy, pojawienie się nowych rozwiązań bardziej korzystnych dla zamawiającego itd. W ocenie sporządzającego opinię, wszelkie wymogi powinny odnosić się do daty oferowania.

Wskazane również konkretnie rozwiązanie komunikacji: protokół Modbus pracujący na magistrali RS485, stanowi nieuzasadnione jakimikolwiek okolicznościami wskazanie konkretnego rozwiązania technicznego, zamiast opisu oczekiwanych funkcjonalności. Standard komunikacji szeregowej RS485 jest jedynie jednym z wielu standardów komunikacji (magistral). Najważniejszym „konkurentem” jest Ethernet. Oprócz protokołu Modbus natomiast istnieje wiele innych protokołów komunikacyjnych, z których do najważniejszych zaliczyć należy: Profibus, Profinet, Foundation Fieldbus, Ethernet/IP, MQTT i wiele innych. Sam protokół Modbus występuje również dla magistrali Ethernet.

W ocenie biegłego, w Opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się opisy (nawet bardzo szczegółowe) oczekiwanych funkcjonalności i sposobu działania. Powinny one jednak zostać sporządzone w całkowitym (a przynajmniej możliwie silnym) oderwaniu od sfery technicznej. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający niejako wszedł w rolę projektanta, wymuszając na wykonawcy realizację opracowanych przez siebie algorytmów, co w sposób nieupoważniony ogranicza swobodę doboru szczegółowych rozwiązań przez wykonawcę. Sytuacja ta nie ma technicznego uzasadnienia.

Odnosząc się do dwóch odrębnych technicznie i merytorycznie kwestii, tj. warunku, aby kanały kablowe były tego samego producenta co system okablowania oraz wymogu udzielenia przez producenta 25-letniej gwarancji systemowej (nie na pasmo przenoszenia jak to wskazał zamawiający, lecz na bardziej ogólną funkcjonalność systemu okablowania) Przesła Urzędu wskazał, że w ocenie sporządzającego opinię nawet potencjalnie „powszechnie panujące praktyki wśród producentów okablowania” nie mogą stanowić podstawy do formułowania wymogów siwz (o ile konieczność kierowania się nimi nie jest podyktowana okolicznościami obiektywnymi), ponieważ sam ten fakt powoduje zawężenie wykazu producentów możliwych do wzięcia pod uwagę w procesie oferowania do producentów stosujących tą praktykę. Biegłemu nie są znani żadni producenci stosujący wskazane praktyki, a w tym utrudniający dostęp do swoich produktów przez zawieranie wskazanych przez zamawiającego warunków. System okablowania strukturalnego jest zarówno technicznie jak i funkcjonalnie niezależny od

systemu kanałów kablowych, Zastosowanie systemu okablowania strukturalnego, zarządzania nim oraz systemu kanałów kablowych czy też w ogólności systemu prowadzenia kabli pochodzących od jednego producenta nie gwarantuje minimalnej ilości błędów bitu, minimalizacji ilości odrzuconych ramek w warstwie sieciowej, płynnej transmisji w warstwie transportu, niskiego poziomu degradacji parametrów na przestrzeni okresu używania systemu ani żadnej innej jego cechy użytkowej. Tym bardziej nie gwarantuje utrzymania oczekiwanych parametrów pasma przenoszenia w jakimkolwiek okresie. Wnioskowanie wskazane przez zamawiającego w tym zakresie pozbawione jest jakichkolwiek podstaw o charakterze technicznym. Nie można bowiem nawet przypuszczać, że zestaw: system okablowania strukturalnego + system prowadzenia okablowania i zarządzania nim pochodzące od jednego producenta będą posiadać lepsze parametry i cechy użytkowe od zestawu tych systemów pochodzących od różnych producentów. Twierdzenia zamawiającego w tym zakresie pozbawione są sensu technicznego oraz logicznego. Zapewnienie przez wykonawców odrębnych systemów prowadzenia i organizacji okablowania oraz samego systemu okablowania strukturalnego wszystkich wymogów wynikających z obowiązujących norm i standardów daje takie samo prawdopodobieństwo osiągnięcia oczekiwanych parametrów jak zastosowanie systemów pochodzących od jednego producenta. A wręcz systemy pochodzące od różnych producentów mogą się okazać dopracowane w większym stopniu jako odrębne. Wymóg zamawiającego powinien zostać uogólniony do postaci: „Na system okablowania strukturalnego wymagane jest uzyskanie certyfikatu 25-letniej gwarancji producenta okablowania”. Przytoczony przez zamawiającego wypunktowany opis systemu okablowania strukturalnego nie stanowi argumentacji za zasadnością twierdzeń zamawiającego w kwestii wymogu dotyczącego pochodzenia systemu okablowania strukturalnego i systemu prowadzenia kabli od jednego producenta. Opis ten bowiem dotyczy wyłącznie systemu okablowania strukturalnego. Podkreślenie słowa „kanałach” jest zabiegiem niezrozumiałym, ponieważ nie zawiera w sobie żadnej argumentacji. Oczywistym jest że gdzieś okablowanie musi zostać ułożone. Oczywistym jest nazwanie takiej „drogi okablowania” kanałem telekomunikacyjnym. Nie niesie to jednak za sobą wskazania, iż ułożenie okablowania strukturalnego musi zostać poprzedzone montażem systemu prowadzenia okablowania (w tym kanały kablowe) a tym samym tego samego producenta. Szczególnego podkreślenia wymaga, iż system okablowania strukturalnego jest pod każdym względem niezależny od systemu prowadzenia okablowania (w tym kanałów kablowych). W żadnym elemencie system okablowania nie zawiera systemu kanałów kablowych i prowadzenia kabli. System prowadzenia kabli (kanałów kablowych) nie wchodzi wbrew twierdzeniom zamawiającego w skład „infrastruktury sieciowej” ponieważ żaden jego element nie uczestniczy w wymianie danych. Oczywiście pod względem technicznym i logicznym jest, iż zapisy „Kanały kablowe muszą być, tego samego producenta co system okablowania aby zostały spełnione warunki

niezbędne do uzyskania bezpłatnego certyfikatu 25-letniej gwarancji udzielonej bezpośrednio przez w/w producenta” oraz „Na system okablowania strukturalnego wymagane jest uzyskanie certyfikatu 25-letniej gwarancji producenta okablowania.” są zapisami o różnej zawartości pod względem technicznym, formalnym oraz logicznym i nie mogą zostać jednakowo potraktowane przez różnych wykonawców (oferujących systemy kanałów kablowych i okablowania strukturalnego jednego producenta i różnych producentów). Twierdzenie zamawiającego: „Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której jeden producent okablowania, które już fabrycznie posiada parametry dostosowane do produkowanych przez tego producenta innych elementów infrastruktury sieciowej, udziela gwarancji na niezbędne działanie okablowania innego producenta” jest pozbawione jakichkolwiek podstaw wobec okoliczności wskazanych wyżej oraz faktu, iż cały system okablowania strukturalnego i wszystkie jego elementy mają pochodzić od jednego producenta.

Prezes Urzędu podkreślił, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opíše przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia w realizacji potrzeb zamawiającego.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają niektórym wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Prezes Urzędu przywołał orzeczenie KIO z dnia 21 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 434/09 oraz wskazał, że zamawiający każdorazowo opisując przedmiot zamówienia musi mieć na uwadze, że jakkolwiek jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jest uprawniony do zakupu dóbr, które są niezbędne do zrealizowania powierzonych mu zadań — co podkreśla zamawiający w zastrzeżeniach, to jednak rolą zamawiającego jest również umożliwienie jak najszerszemu kręgowi wykonawców złożenie oferty. Zamawiający winien więc rozważyć, gdzie jest granica pomiędzy istotnymi a nieistotnymi cechami, parametrami, funkcjonalnościami zakupywanych produktów, tak aby mieć pewność, że potrzeby zamawiającego zostaną zrealizowane, przy jednoczesnym zagwarantowaniu uczciwej konkurencji. Oczywiście na tym tle podkreślenia wymaga, że zamawiający nie ma obowiązku umożliwienia dostępu do postępowania wszystkim wykonawcom, którzy funkcjonują w danym segmencie rynku, ale wyeliminowanie

części z nich już na etapie przedmiotu zamówienia musi mieć uzasadnienie. Jednocześnie w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w opisie przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uznania, że przepisy art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zostały naruszone (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 752/11).

Zdaniem Prezesa Urzędu, zamawiający w kontrolowanym postępowaniu nie sprostął obowiązkowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp).

Wobec powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem przez Prezesa UZP ww. zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 17 lutego 2021 r. zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby, argumenty przedstawione w zastrzeżeniach zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej należy uznać za niezasadne.

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29 i nast. ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najważniejszych filarów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest niezbędny dla prawidłowego ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji – do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia. Odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia mają możliwość zaoferowania przedmiotu zamówienia, który zaspokaja realne i obiektywne potrzeby zamawiającego.

Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji rozumieć należy opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (za wyjątkiem sytuacji

zastrzeżonych w ustawie) lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów, wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu, ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Izba podziela w pełni stanowisko, przywołane przez zamawiającego, że pomimo konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy zamówienia, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć w wyniku prowadzonego postępowania. Nie budzi wątpliwości fakt, że zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku danej branży. Każdy opis przedmiotu zamówienia jest adresowany do pewnego kręgu wykonawców i tej sytuacji praktycznie nie da się uniknąć w pełni. Warunkiem jednak prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego.

Podkreślić również należy, że zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SIWZ, w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem postępowania jest bowiem zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych wymagań i kryteriów oceny ofert. Zamawiający, określając przedmiot zamówienia winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudnienia uczciwej konkurencji.

W Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu, powołując się na opinię sporządzoną przez biegłego sądowego stwierdził, że określone wymogi techniczne postawione przez zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ, STWiOR, Projekt Wykonawczy-Teletechnika) ograniczyły konkurencję w rozumieniu ustawy Pzp, o czym świadczy fakt, że opis przedmiotu zamówienia zawiera oprócz wskazania wymaganych norm i standardów, również precyzyjne określenia parametrów technicznych urządzeń, czynności i rozwiązań, przy czym część wymogów została sformułowana w sposób nadmierny, część wymogów stanowi wskazanie na producenta konkretnych rozwiązań, przy czym użyte przez zamawiającego w OPZ parametry techniczne łącznie w odniesieniu do przedmiotu



zamówienia traktowanego jako całość nie zostały dostosowane pod konkretnego producenta, natomiast do różnych producentów zostały dostosowane parametry wybranych elementów.

Faktem jest, że wynik przedmiotowej kontroli opiera się w zakresie rozstrzygnięcia merytorycznego na opinii biegłego sądowego specjalizującego się w zakresie serwerowni informatycznych. Izba nie podziela jednak stanowiska zamawiającego, że wyłącznie odpowiedź twierdząca udzielona na pytanie nr 4 oznaczałaby faktyczne naruszenie norm wskazanych przez kontrolującego w petitum Informacji o wyniku kontroli. Wszystkie pytania skierowane do biegłego miały bowiem na celu w równym stopniu wyjaśnienie wątpliwości co do oceny opisu przedmiotu zamówienia pod kątem zachowania zasad wynikających z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jednym tylko z grupy ocenianych aspektów OPZ było sformułowanie parametrów technicznych przedmiotu zamówienia jako całości, a zatem kwestia, czy suma wszystkich postawionych wymagań w OPZ wskazuje na jedno rozwiązanie. Równie istotnym w kontekście naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest zastosowanie zbyt szczegółowej, nieuzasadnionej potrzebami zamawiającego charakterystyki urządzeń, co mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie zwalnia zamawiającego z obowiązku wykazania swoich obiektywnych potrzeb, co postawionych bardzo szczegółowych wymagań, zamiast, jak słusznie zauważył biegły, opisanie funkcjonalności.

Podkreślić należy, że okoliczność, że zamawiający otrzymał rozwiązanie technologiczne nie firmy Siemens, lecz system gaśniczy firmy Polon Alfa (jako równoważny) nie stanowi dowodu na to, że w tym zakresie nie nastąpiło ograniczenie konkurencji w stosunku do możliwości wynikających faktycznie z dostępnego aktualnego rynku tych urządzeń. Zamawiający nie wykazał bowiem, że opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, po pierwsze było uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a po drugie, że nie ograniczało kręgu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Niezależnie od powyższego, zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że mimo, iż Prezes UZP powołał biegłego sądowego w zakresie specjalizacji dotyczącej serwerowni informatycznych, to biegły w swojej opinii wypowiedział się w zakresie ograniczenia konkurencyjności, a zatem informacji, które nie stanowią wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 163 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Nie można bowiem przyjąć, by wiadomością specjalną dla prowadzącego postępowanie kontrolnego było to, czy doszło do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, a zatem czy doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Kwestia naruszenia przepisów ustawy Pzp jest przedmiotem kontroli, a biegłym w sprawie oceny zgodności procedury z przepisami prawa jest organ kontrolny, czyli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.

W odniesieniu do powyższej argumentacji zamawiającego Izba wskazuje, że przyjmuje za własne stanowisko Sądu Najwyższego, iż zadaniem biegłego nie jest rozstrzygnięcie zagadnień prawnych, a jedynie naświetlenie wyjaśnianych okoliczności z punktu widzenia wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego mu materiału sprawy. Jeżeli biegły, z przekroczeniem granic swoich kompetencji — obok wypowiedzi w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych zamieści w opinii także sugestie co do sposobu rozstrzygnięcia kwestii prawnych, sąd powinien je pominąć (wyrok SN z dnia 04.03.2008 r., IV CSK 496/07, Legalis) oraz że opinia biegłego w sprawie rozumienia określonego przepisu prawnego nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia, bez przeprowadzenia samodzielnej jego wykładni przez sąd, gdyż pojęcie wiadomości specjalnych z art. 278 § 1 KPC nie obejmuje wiedzy dotyczącej treści obowiązującego prawa oraz reguł jego tłumaczenia (wyrok SN z 1.7.1998 r., I PKN 203/98, Legalis).

Izba zauważa jednocześnie, że w świetle przekazanej zamawiającemu przez Kontrolującego Informacji o wyniku kontroli nie budzi wątpliwości fakt, że Prezes Urzędu, stosownie do ww. wytycznych Sądu Najwyższego, prawidłowo dokonał oceny opinii biegłego sądowego w ramach prowadzonego postępowania kontrolnego, opierając się w swoim stanowisku na tej części opinii, która odnosi się do oceny OPZ przez pryzmat wiedzy technicznej biegłego oraz samodzielnie dokonał rozstrzygnięcia kwestii prawnych. Oczywistym jest również w ocenie Izby, że opinia biegłego nie ma w sprawie znaczenia rozstrzygającego i zawsze podlega ocenie, jako środek dowodowy. Taką też rolę opinia biegłego sądowego odegrała w niniejszej sprawie.

Z faktu, wskazanego przez zamawiającego w podsumowaniu zastrzeżeń, tj. że w postępowaniu wpłynęły cztery oferty, wbrew twierdzeniu zamawiającego, nie wynika, że rozwiązania i produkty przyjęte przez zamawiającego są typowymi dla danego rynku i dostępnymi szerokiej grupie wykonawców. Z opinii biegłego wynika bowiem, że opis techniczny wybranych elementów przedmiotu zamówienia został dostosowany do różnych producentów, co nie wyklucza ograniczenia części wykonawców dostępu do zamówienia, a przynajmniej nie zostało to wykazane przez zamawiającego, w szczególności w zgłoszonych zastrzeżeniach od wyniku kontroli.

Reasumując, w danym stanie faktycznym, Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP, co do naruszenia przez zamawiającego zasad wynikających z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w ramach opisu przedmiotu zamówienia dokonanego w przeprowadzonym postępowaniu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....