Sygn. akt: KIO 2158/17

WYROK

z dnia 30 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2017 r. przez Wykonawcę COIG S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa,

przy udziale:
-Wykonawcy ADT ..... GROUP ..... Sp. z o.o. z siedzibą w ..... Warszawie, ... ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego,
-Wykonawcy „TRADEX SYSTEMS" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42lok. .... 110, ... 02-372 ..... Warszawa, ... zgłaszającego ..... swoje ..... przystąpienie ..... po ... stronie Odwołującego,
-Wykonawcy IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Odwołującego,

orzeka:

1.oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża Wykonawcę COIG S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:
……...

U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 30 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2158/17

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Leasing operacyjny macierzy hybrydowych klasy enterprise na potrzeby systemów aplikacyjnych ARiMR", o numerze postępowania nadanym przez Zamawiającego DPiZP.2610.29.2017 – dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej jako „p.z.p."

W dniu 29 września 2017 r. Zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu. W dniu 4 października 2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 190- 388738. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego w tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczono specyfikację istotnych warunków zamówienia postępowania.

W dniu 1 6 października 2017 r. odwołanie wobec treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu wniósł Wykonawca COIG S.A. z siedziba w Katowicach, ul. Mikołowska 100, 40-065 Katowice, dalej zwany jako „Odwołujący".

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., Zamawiającemu zarzucono (pisownia oryginalna):

1.Ustanowienie zbyt krótkiego terminu wymaganego na dostawę Sprzętu IT (10 Dni Roboczych) oraz ustanowienie wyznaczanego jednostronnie przez Zamawiającego i zbyt krótkiego terminu wymaganego na instalację i wdrożenie Sprzętu IT (termin wskazany przez Zamawiającego, nie dłuższy niż 3 Dni Robocze), co stanowi naruszenie przepisów:

a.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ponieważ czas przeznaczony na realizację zamówienia nie uwzględnia zakresu koniecznych do wykonania dostaw i prac instalacyjnych związanych z dostarczonymi produktami;

b.art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1

ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do dokumentacji prowadzonego postępowania postanowień wprowadzających znaczną nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego w zakresie wyznaczanego jednostronnie przez Zamawiającego i zbyt krótkiego terminu na wykonanie zamówienia, co prowadzi w konsekwencji do ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego niezgodnie z zasadami współżycia społecznego.

2.Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej i zawodowej (Sekcja III. 1.1 ogłoszenia o zamówieniu, Rozdział III, pkt.
1.2 SIWZ), który jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co stanowi naruszenie przepisów art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ ustanowiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję i nie ma na celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale zmierza do zawężenie konkurencyjności w postępowaniu;

3.Ustanowienie kryterium oceny ofert „Parametry techniczne nr 1" oraz sporządzenie opisu oceny tego kryterium wraz z podaniem znaczenia tego kryterium, ponieważ kryterium to niezasadnie promuje wykonawców oferujących konkretne rozwiązania firmy DELL EMC, co stanowi naruszenie przepisów art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, art. 91 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 7 ustawy Pzp, ponieważ ustanowiony przez Zamawiającego sposób oceny ofert narusza zasadę uczciwej konkurencji prowadzenia postępowania

4.Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez wprowadzenie wymogów, które wskazują na produkty firmy DEL EMC i niezasadne niedopuszczenie do zaoferowania produktów innych niż preferowane przez Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o (pisownia oryginalna):

1.Wydłużenie terminów realizacji zamówienia - zgodnie z wnioskami z uzasadnienia odwołania;

2.Dokonanie zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej - w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania;

3.Usunięcie kwestionowanego kryterium oceny ofert lub jego zmianę - w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania;

4.Dokonanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia - w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania.

Uzasadniając swoje stanowisko, w zakresie zarzutu nr 1 - naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 29 ust. 2 p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ponieważ czas przeznaczony na realizację zamówienia nie uwzględnia zakresu koniecznych do wykonania dostaw i prac instalacyjnych związanych z dostarczonymi produktami, a także naruszenia przez Zamawiającego art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. i art. 139 ust. 1
p.z.p. poprzez wprowadzenie do dokumentacji prowadzonego postępowania postanowień wprowadzających znaczną nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego w zakresie wyznaczanego jednostronnie przez Zamawiającego i zbyt krótkiego terminu na wykonanie zamówienia, co prowadzi w konsekwencji do ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego niezgodnie z zasadami współżycia społecznego, Odwołujący wskazywał jak niżej.

„Zamawiający w Rozdziale II SIWZ „Termin wykonania zamówienia" zawarł wymagania, które Odwołujący kwestionuje jako nierealne. Zamawiający wymaga realizacji zamówienia w terminie 48 miesięcy cd daty zawarcia Umowy w tym: a) dostawa Sprzętu IT do Lokalizacji Zamawiającego w terminie do 10 Dni Roboczych od dnia zawarcia Umowy,
b) Instalacja I Wdrożenie Sprzętu IT w Lokalizacji Zamawiającego w terminie wskazanym przez Zamawiającego nie dłuższym niż 3 Dni Robocze.

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego od czołowych dostawców i producentów macierzy dyskowych, minimalny termin dostawy dwóch sztuk macierzy o tej klasie jaka wymagana jest w przedmiotowym postępowaniu to 4 tygodnie (24 dni robocze) od dnia złożenia zamówienia. Wykonać dostawę w terminie wymaganym przez Zamawiającego może tylko firma, która mając wiedzę o planowanym postępowaniu zamówiła i przygotowała sprzęt do wysyłki przed oficjalnym pojawieniem się SIWZ. Odwołujący stawia taką tezę, ponieważ dla profesjonalistów działających w branży macierzy dyskowych jest oczywiste, że wymagany termin dostawy jest nierealny. Macierze dyskowe nie są produktami dostępnymi
„od ręki". Są to skomplikowane, złożone i kosztowne urządzenia dostarczane na konkretne zamówienie. Dostawy w dziesięć dni może się zatem podjąć tylko podmiot, który zamówił urządzenie wcześniej."

Odwołujący ponadto wskazał, że termin instalacji zgodnie z dokumentacją postępowania może być jednostronnie wskazany przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego takie postanowienie jest niedopuszczalne,

ponieważ Zamawiający może wyznaczyć dowolny termin na instalację, który będzie terminem wiążącym dla Wykonawcy. Zamawiający z uwagi na konieczność zapewnienia równowagi stron, nie powinien mieć możliwości jednostronnego narzucania wykonawcy terminu w jakim instalacja ma zostać wykonana. W konsekwencji, w opinii Odwołującego, uprawnienie to powinno zostać wykreślone z SIWZ.

W dalszej kolejności Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z jego wiedzą, a wykonał wiele dostaw i wdrożeń macierzy dyskowych do wielu klientów, instalacja i uruchomienie dwóch macierzy dyskowych nie jest możliwa w terminie trzech dni. Wskazany termin jest za krótki, ponieważ dla prawidłowej realizacji w minimalnym zakresie należy, w ocenie Odwołującego, przeznaczyć:

1)około 0,5 dnia na fizyczne wstawienie sprzętu do serwerowni,

2)minimum 24h na aklimatyzację sprzętu (wyrównanie temperatury wstawianych urządzeń z temperaturą otoczenia), aby nie doszło do jego uszkodzenia,

3)kilka dni ..... (minimum .... 3) ..... na ... przygotowanie .... wdrożenia ..... (koncepcja, ... ustalenia z Zamawiającym),

4)kilka dni (minimum 4) na wdrożenie konfiguracji, formatowanie dysków itp.,

a zatem termin trzydniowy na wykonanie tak skomplikowanej dostawy jest terminem oderwanym od realiów realizacji tego typu zamówień.

Konkludując Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian: zmiana terminu dostawy Sprzętu IT przez jego wydłużenie do minimum 4 tygodni od daty podpisania umowy, zmiana terminu instalacji i wdrożenia Sprzętu IT przez jego wydłużenie do minimum 10 dni roboczych od daty dostarczenia Sprzętu IT.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1a p.z.p., art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez ustanowienie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu utrudniającego uczciwą konkurencję, nie mającego na celu zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, ale zmierzającego do zawężenia konkurencyjności w postępowaniu poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej i zawodowej (Sekcja III. 1.1 ogłoszenia o zamówieniu, Rozdział III, pkt. 1.2 SIWZ), który jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, oznaczonego jako zarzut nr 2, Odwołujący podniósł, co następuje.

Odwołujący zacytował warunek udziału dotyczący zdolności technicznej i zawodowej (Ogłoszenie o zamówieniu, str. 3, Sekcja III. 1.1) pkt 2 oraz SIWZ, str. 5, Rozdział III, pkt. 1.2) i wskazał, że leasing jest jedynie usługą finansową, zaś w praktyce nie ma znaczenia w kwestii nabywanego doświadczenia co leasing obejmuje - co jest przedmiotem leasingu. Odwołujący zaznaczył, że podmiot, który wykonał w przeszłości dostawę polegającą na leasingu macierzy dyskowych nie nabył żadnego doświadczenia w zakresie ich dostawy, instalacji, uruchamiania, wsparcia, serwisowania, czy naprawy.

Badając doświadczenie przez pryzmat należytego wykonywania umowy leasingu, zdaniem Odwołującego, równie dobrze można wymagać tak leasingu macierzy dyskowych

jak i leasingu dowolnych innych produktów. Dla podmiotu zajmującego się działalnością leasingową nie ma znaczenia przedmiot, ponieważ leasing jest tylko formą finansowania korzystania z rzeczy. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia i umowy jest w szczególności dostawa, instalacja oraz świadczenie serwisu gwarancyjnego dla macierzy dyskowych wysokiej klasy. Według Odwołującego Zamawiający powinien wymagać doświadczenia adekwatnego do przedmiotu zamówienia, a nie adekwatnego tylko do sposobu jego finansowania. Aby należycie zrealizować przedmiotowe zamówienie Zamawiający dla potwierdzenia kompetencji i doświadczenia wybranego wykonawcy powinien wymagać wykazania się doświadczeniem w zakresie dostawy i instalacji macierzy dyskowych o wartości 3 min zł brutto. Forma finansowania powinna znaleźć się w wymaganiach przedmiotowych i/lub w wymaganiach wzoru umowy. Realizacja przez dany podmiot w przeszłości dostawy polegającej na leasingu macierzy dyskowych nie gwarantuje Zamawiającemu wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, ani wysokiej jakości wdrożenia i obsługi po wdrożeni owej dostarczonego sprzętu.

Skutkiem powyższego, w ocenie Odwołującego, warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu takim jak ustalony przez Zamawiającego prowadzi do tego, że o zamówienie nie będą konkurować podmioty wyspecjalizowane w dostarczaniu i instalacji macierzy dyskowych, ale instytucje finansowe, które zajmują się działalnością leasingową. Ponadto tak zdefiniowane wymagania uniemożliwiają przystąpienia do postępowania potencjalnym dostawcom i producentom technologii macierzy dyskowych, którzy swoje rozwiązania sprzedają, a nie leasingują.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z dokumentacji postępowania warunku udziału w postępowaniu w obecnej treści i zastąpienie go warunkiem, zgodnie z którym Wykonawca musiałby się wykazać zrealizowaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie minimum jednej dostawy macierzy dyskowych o

wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł.

W stosunku do zarzutu nr 3 - ustanowienia kryterium oceny ofert „Parametry techniczne nr 1" oraz sporządzenia opisu oceny tego kryterium wraz z podaniem znaczenia tego kryterium, jako kryterium niezasadnie promującego Wykonawców oferujących konkretne rozwiązania - firmy DELL EMC, co stanowi naruszenie przepisów art. 91 ust. 2 p.z.p., art. 91 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 7 p.z.p., ponieważ ustanowiony przez Zamawiającego sposób oceny ofert narusza zasadę uczciwej konkurencji prowadzenia postępowania, Odwołujący wskazał, że kryterium te to jawne wskazanie preferowanego producenta i działanie na niekorzyść każdego, kto oferuje macierz innego producenta niż DELL EMC.

W ocenie Odwołującego tylko macierz EMC VMAX może się replikować w sposób opisany przez Zamawiającego z inną macierzą EMC. Odwołujący zaznaczył, że identyczną funkcjonalność (kopia danych w drugim ośrodku, na macierzy DELL EMC) można uzyskać wykorzystując mechanizm wirtualizacji wbudowany w macierz połączony z replikacją oferowanego rozwiązania - takie rozwiązanie spełnia wszystkie kryteria i nie ogranicza oferty tylko do DELL EMC.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania usunięcia zakwestionowanego kryterium lub dopuszczenia jako rozwiązania punktowanego na 20 pkt takiego, które zapewni Zamawiającemu możliwość wykonywania replikacji z wykorzystaniem wewnętrznych mechanizmów wbudowanych w oprogramowanie dostarczonych macierzy dyskowych.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., oznaczony jako zarzut nr 4, jako opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez wprowadzenie wymogów, które wskazują na produkty firmy DELL EMC i niezasadne niedopuszczenie do zaoferowania produktów innych niż preferowane przez Zamawiającego, Odwołujący argumentował w sposób następujący.

Co do zarzutu nr 4a Odwołujący, po zacytowaniu pkt 2, 3, 4 Tabeli nr 1, ze str. 2 SIWZ wskazał, że owe wymagania to opis technologii i rozwiązania EMC VMAX preferowanego przez Zamawiającego w kryterium oceny ofert kwestionowanego w zarzucie nr 3. Potwierdzenie powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika z dokumentu opisującego rodzinę produktów EMC VMAC dostępnego na stronie internetowej: (…) - strona 6 i 33 („VMAX3 engines") – wydruk z dokumentu w załączeniu do odwołania.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że każdy z czołowych producentów macierzy dyskowych, tj. DELL EMC, HP, HDS, IBM stosuje swoje własne rozwiązania w zakresie architektury, których celem jest uzyskanie konkretnej wydajności z konkretnej pojemności. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wyspecyfikować oczekiwaną wydajność, pojemność oraz oczekiwane funkcjonalności zamiast wymagać dostarczenia rozwiązania o konkretnej technologii, które jednoznacznie wskazuje na produkty firmy DELL EMC.

W dalszej kolejności Odwołujący zaznaczył, że na rynku oferowane są rozwiązania innych producentów, w których kontroler nie musi być niepodzielnym urządzeniem posiadającym własną pamięć cache, porty back-end oraz porty front-end. Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie zaoferowania w postępowaniu równoważnej architektury macierzy klasy Enterprise do tej wyspecyfikowanej przez Zamawiającego, w której występują dedykowane kontrolery odpowiedzialne za poszczególne funkcje komunikujące się ze sobą, z zapewnieniem wysokiej wydajności i niezawodności, w tym co najmniej: 8 kontrolerów

cache, 8 kontrolerów back-end obsługujących dyski wewnętrzne macierzy oraz 8 kontrolerów blokowych front-end obsługujących ruch blokowy protokołem FC do komunikacji z serwerami.

Następnie Odwołujący, w ramach zarzutu oznaczonego jako 4b, zacytował pkt 14 tabeli nr 1 specyfikacji sprzętu IT, ze str. 3 SIWZ po czym stwierdził, że zgodnie z tym wymaganiem Zamawiający nie dopuszcza dysków FMD, podczas gdy to nowsza i bardziej zaawansowana technologia. Eliminując możliwość zaoferowania w/w dysków w postępowaniu Zamawiający w istocie rzeczy działa na swoją niekorzyść, ponieważ uniemożliwia złożenie korzystniejszej oferty, ograniczając tym samym konkurencję w postępowaniu. Powyższe wymaganie, w opinii Odwołującego, w sposób nieuzasadniony preferuje oferty producentów, którzy nie posiadają w gamie swoich produktów nowszych technologicznie dysków FMD, a których zasoby umożliwiają złożenie oferty tylko na wymienionych typach dysków. W ocenie Odwołującego, dla swojej własnej korzyści oraz w celu rozszerzenia konkurencyjności postępowania Zamawiający powinien wyspecyfikować oczekiwaną wydajność i pojemność oraz dopuścić nowsze technicznie rozwiązania. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisu uniemożliwiającego zaoferowanie do rozwiązania karty typu Flash/FMD/HAF z punktu 14a.

W ocenie Odwołującego powyższe stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania, o co wnosi Odwołujący, a także zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik

wskazując, iż Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego, oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Żadna ze stron nie wniosła o zasądzenie na jej rzecz kosztów zastępstwa procesowego i nie przedłożyła dokumentu na okoliczność ich poniesienia.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p., Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem, *a contrario*, musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu były zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez

Zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 26.04.2012 r., KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związanie go bezpośrednio z zarzutami, które Odwołujący stawia zachowaniu Zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (por. KIO w wyrokach: z 8.12.2015 r., KIO 2598/15; z 9.09.2016 r., KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (*vide* Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania do udziału w sprawie, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji Stron, dopuszczono:

-po stronie Zamawiającego Wykonawcę ADT GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, (dalej jako "Przystępujący ADT GROUP Sp. z o. o "),

-po stronie Odwołującego Wykonawcę „TRADEX SYSTEMS" Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Opaczewska 42 lok. 110, 02-372 Warszawa, a także Wykonawcę IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Popularna 4/6, 02-473 Warszawa. Warto nadmienić, iż nie stawili się na posiedzeniu i na rozprawie prawidłowo powiadomieni o terminie Przystępujący po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu oraz stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez Zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk Stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie Odwołujący i Zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, a Przystępujący ADT GROUP Sp. z o. o poparł stanowisko Zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Ponadto Izba stwierdziła z urzędu, do czego była zobowiązana, spełnienia przez Odwołującego hipotezy art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wykazał, a Zamawiający nie kwestionował interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. Jak podniósł Odwołujący posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, zaś w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. może ponieść szkodę.

Jak argumentował Odwołujący w celu wzięcia udziału w postępowaniu dokonał on analizy ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zamieszczonej n a stronie internetowej Zamawiającego, gdyby Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w sposób zgodny z przepisami ustawy p.z.p. Odwołujący miałby możliwość wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu. Naruszenie przez Zamawiającego ustawy p.z.p. w zakresie warunków udziału w postępowaniu uniemożliwia Odwołującemu przystąpienie do postępowania, tym samym oferta Odwołującego nie będzie mogła zostać uznana jako najkorzystniejsza, w konsekwencji czego Odwołujący może nie

uzyskać przedmiotowego zamówienia i nie osiągnie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dodatkowo, jak wskazywał Odwołujący w dalszej kolejności, gdyby Zamawiający sformułował kryteria oceny ofert i opis przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami p.z.p., wówczas jako Wykonawca zdolny do wykonania zamówienia miałby możliwość wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu i mógłby konkurować na zasadzie równości Wykonawców. Naruszenie przez Zamawiającego p.z.p. powyższym zakresie pozbawia Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: *"Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia",* uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez Strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Na marginesie należy zauważyć, że Izba pominęła dowody przedłożone
w toku postępowania, które nie miały związku z jej zakresem rozpoznania i nie zmierzały do wykazania twierdzeń związanych z *meritum* sporu.

Tytułem wstępu zaznaczyć należy, iż stan faktyczny poddany subsumpcji w toku wyrokowania różnił się od stanu faktycznego, który stał się podstawą wniesienia odwołania i istniał w jego dacie. W toku postępowania w poczet materiału dowodowego dopuszczono modyfikację treści SIWZ, przedłożoną na posiedzeniu, a dokonaną przez Zamawiającego dnia 26 października 2017 r., przy czym nie było spornym między Stronami, że zmiana SIWZ dotyczyła bezpośrednio zarówno w zakresie przedmiotowym jak i treściowym zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu w zakresie okoliczności faktycznych podniesionych w zarzutach nr 1, 2 i 4b, tj.

- terminu zamówienia na dostawę, instalację i wdrożenie, sprzętu IT, określonego w rozdziale II SIWZ (zarzut nr 1),
- treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w rozdziale III pkt 1 ppkt 2 SIWZ (zarzut nr 2),
- treści pkt 14 dot. wyposażenia macierzy, z tabeli nr 1, w rozdziale I SIWZ dot. opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji technicznej sprzętu IT (zarzut nr 4b);

Powyższa czynność Zamawiającego doprowadziła do zmiany stanu rzeczy na datę rozprawy oraz późniejszego wyrokowania, przy czym zmiana ta nie spotkała się z żadną modyfikacją stanowisk procesowych stron postępowania.

Zauważyć przy tym należy, że nie mogło spotkać się z aprobatą w świetle obowiązującego stanu prawnego, zwłaszcza zaś art. 192 ust. 2 p.z.p., twierdzenie Odwołującego, iż powyższa zmiana SIWZ *per facta concludentia* stanowi o przyznaniu w tym zakresie w postępowaniu odwoławczym zasadności zarzutów odwołania, w związku z czym zarzuty te Izba winna uwzględnić. Przeciwnie – to Odwołujący, jako odpowiedzialny za dysponowanie zakresem odwołania w zakresie sformułowanych w nim zarzutów i żądań, winien zareagować w sposób adekwatny na zmianę stanu faktycznego – zwłaszcza zaś taką, która czyni jego roszczenie (w całości lub w pewnym zakresie) bezprzedmiotowym (por., *mutatis mutandis*, wywody Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu uchwały 26 lutego 2014r. sygn. akt III CZP 119/13).

Skład orzekający w przedmiotowej sprawie, w świetle art. 191 ust. 2 p.z.p., który stanowi, iż *„Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.”*, uwzględnił wywołaną czynnością Zamawiającego zmianę zaistniałego stanu faktycznego, w stosunku do wskazanego w odwołaniu, i ocenił tę okoliczność na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p., oddalając zarzuty oznaczone przez Odwołującego nr 1, 2 i 4b jako w aktualnym stanie postępowania bezprzedmiotowe, a więc niezasadne.

Stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego może być odmienny od tego wskazanego w odwołaniu. W toku procedowania przed Izbą, wskutek czynności procesowych lub faktycznych dokonanych przez strony, stan faktyczny może ulegać zmianie, zaś Izba na mocy art. 191 ust. 2 p.z.p. z urzędu musi brać pod uwagę okoliczności, które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które mogą mieć wpływ na spór pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Przy tym wspomnieć należy, że Ustawodawca nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę czy Sąd Okręgowy, stąd czynności dokonane w toku postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz podlegają ocenie Izby przy wyrokowaniu z uwzględnieniem normy p.z.p. Z tego powodu Izba ma nie tylko uprawnienie, ale obowiązek oceny czynności Zamawiającego dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego, przy czym ta ocena powinna być

ograniczona jedynie do tego, czy w skutek sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stan faktyczny stanowiący zarzewie sporu uległ zmianie w sposób mający wpływ na przedmiot rozpoznania zakreślony granicami odwołania, czy też nie i czy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaskarżoną czynność lub zaniechanie ma ono w aktualnym na datę wyrokowania stanie faktycznym wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Izba w składzie orzekający w niniejszej sprawie uznała, że modyfikacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego w dniu 26 października 2017 r., w stosunku do stanu faktycznego wskazanego w odwołaniu spowodowała, iż odpadła podstawa faktyczna zarzutów oznaczonych przez Odwołującego nr 1, 2 i 4b, a dotyczących odpowiednio terminu zamówienia, warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej oraz pkt 14 tabeli nr 1 opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym podstawa faktyczna żądania zmian SIWZ w zakresie wydłużenia terminów realizacji zamówienia, dokonania zmiany warunku udziału w postępowaniu, a także dokonania zmian w opisie przedmiotu zamówienia (wyposażenie macierzy dot. pkt 14 tabeli 1) również się w toku postępowania zdezaktualizowała.

Modyfikacja SIWZ ma również bezpośredni wpływ na ocenę podstaw uwzględnienia lub oddalenia odwołania, gdyż wydając wyrok Izba bierze pod uwagę, jak wyżej wywiedziono, stan rzeczy ustalony w toku postępowania (p.z.p.) i bada czy

stwierdzone przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (p.z.p.).

Rozważania, czy zmodyfikowanie treści zmiany SIWZ potwierdza zasadność postawionych zarzutów i czy jest dorozumianym przyznaniem w tym zakresie dokonanym przez Zamawiającego, nie ma wpływu na wynik postępowania odwoławczego, bowiem na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. jednoznacznie wskazać należy, iż w stanie rzeczy ustalonym w toku postępowania naruszenie zarzucanych Zamawiającemu przepisów ustawy nie może mieć miejsca, a zatem skoncentrowane na tym zarzuty stały się w toku postępowania bezprzedmiotowe. Zamawiający zmienił treść SIWZ, w związku z czym zarzucane mu naruszanie przepisów ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia naruszające uczciwą konkurencję, czy też co do terminu - zasady współżycia społecznego, a także ustanowienie warunku udziału postępowaniu w sposób nieproporcjonalny, uniemożliwiającego ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, zmierzającego do zawężenia konkurencyjności w postępowaniu, nie istnieje, gdyż nie znajduje odzwierciedlenia w ustalonym stanie faktycznym sprawy.

Odwołujący nie zdecydował się na wycofanie zarzutów odwołania w tym zakresie i pomimo zmiany stanu faktycznego poprzez modyfikację SIWZ, popierał je w postępowaniu odwoławczym, w kształcie sprzed zmiany SIWZ. Uszło przy tym uwadze Odwołującego , że zmiany SIWZ wskazane w zarzutach oznaczonych nr 1, 2, 4b uzasadniane przez niego były niemożliwością złożenia ważnej oferty w postępowaniu. Zamawiający dokonał, zgodnie z żądaniami Odwołania, zmiany treści warunku i opisu przedmiotu zamówienia, umożliwiając w tym zakresie złożenie mu oferty, a zatem stan ten pod postulowanym przez Odwołującego kątem nie poddawał się dalszej ocenie. Skoro zatem stan faktyczny uległ zmianie zgodnie z żądaniem Odwołującego, nie mogło w tym zakresie dojść do naruszenia podniesionych przez Odwołującego przepisów ustawy, skutkiem powyższego Izba zobligowana była orzec o bezprzedmiotowości, a w konsekwencji o niezasadności tychże zarzutów.

Ponadto Izba, w oparciu o obszerne uzasadnienie zarzutów odwołania oraz replikę Zamawiającego, doprecyzowane w toku rozprawy, uznała że pozostałe zarzuty odwołania sprowadzają problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

1)ustanowienia kryterium oceny ofert „Parametry techniczne nr 1" oraz sporządzenia opisu oceny kryterium wraz z podaniem jego znaczenia, jako niezasadnie promującego Wykonawców oferujących konkretne rozwiązania firmy DELL EMC, co stanowi naruszenie przepisów art. 91 ust. 2 p.z.p., art. 91 ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 7 p.z.p., ponieważ w ocenie Odwołującego, ustanowiony przez Zamawiającego sposób oceny ofert narusza zasadę uczciwej konkurencji prowadzenia postępowania;

2)opisania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez wprowadzenie wymogów, które wskazują na produkty firmy DELL EMC i niezasadne niedopuszczenie do zaoferowania produktów innych niż preferowane przez Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.;

Zgodnie z art. 7 ust. 1 p.z.p. „*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*", zaś art. 91 ust. 2 pkt 1) p.z.p. stanowi, że „*Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne*;".

Oceniając czy ukształtowanie treści i wagi kryterium oceny ofert „Parametry techniczne nr 1" w sposób wskazany w SIWZ odbyło się w sposób sprzeczny z prawem, a tym samym naruszyło art. 91 ust. 2 p.z.p., art. 91 ust. 2 pkt 1) p.z.p. w zw. art. 7 ust. 1 p.z.p., a także normę zrekonstruowaną na podstawie tych przepisów w związku ze sobą, Izba przyjęła, iż w sposób generalny można stwierdzić, iż z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, na kanwie opisu i sposobu oceny kryterium wraz z określeniem jego wagi, będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy Zamawiający w sposób nieuzasadniony preferuje Wykonawcę lub produkt, eliminując bądź ograniczając dostęp pozostałym Wykonawcom/innym produktom bądź w sytuacji, w której Zamawiający ocenia Wykonawców i oferty w odmienny sposób niż określony w dokumentacji postępowania (przy czym odmienny sposób oceny może wynikać również już z samych zapisów treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) i różny w stosunku do poszczególnych Wykonawców znajdujących się w takiej samej bądź podobnej sytuacji faktycznej.

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela pogląd, że naruszenie zasad uczciwej konkurencji może mieć charakter nie tylko bezpośredni, a także pośredni, przez takie sformułowanie kryteriów, które, choć nie wprost, wskazują na preferencję w wyborze konkretnego Wykonawcy (por. wyrok KIO z 18.12.2014 r. sygn. akt KIO 2559/14, wyrok SO w Krakowie z 27.06.2012, sygn. akt XII Ga 152/12).

Jednocześnie istotnym jest, że treść SIWZ musi być przez Zamawiającego ustalona w sposób obiektywny, uzasadniony jego potrzebami i przeznaczeniem danego przedmiotu

zamówienia. Natomiast ocena tego, czy wymogi Zamawiającego są uzasadnione zależy od okoliczności faktycznych danego przypadku, zaś Zamawiający winien potrafić wykazać swoje uzasadnione potrzeby w tymże zakresie. Nie da się ustalić ogólnego katalogu czy sztywnego standardu według którego dany wymóg będzie poczytywany za nadmierny, a kiedy za takowy uznany nie będzie, gdyż jak w przypadku wielu zasad ogólnych, również zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale również nieostry, więc każdą ocenę możliwego naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. należy przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji ukształtowanej treścią dokumentacji danego postępowania.

Wykonawca powołujący się na naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji prowadzenia postępowania, winien wykazać adekwatny związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy przyjętą treścią (a w tym przypadku również podnoszoną przez Odwołującego wagą) kryterium oceny ofert, a nieuprawnionym ograniczeniem dostępu, czy chociażby realnym, nieuzasadnionym obiektywnymi i uzasadnionymi czynnikami, zmniejszeniu szansy Wykonawcy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że zawsze określenie kryteriów oceny ofert będzie jakiś podmiot preferować - kryterium cenowe - Wykonawcę najtańszego, kryterium terminu wykonania – Wykonawcę najszybszego, kryterium jakościowe – Wykonawcę oferującego najlepszy pod względem założonych parametrów produkt. Okoliczności te należy uznać za notoryjne, wynikają one bowiem z naturalnej konkurencji rynkowej. W konsekwencji, samo określenie takiego kryterium nie jest sprzeczne z ustawą i nie narusza zasady określonej w art. 7 ust. 1 p.z.p., gdyż właśnie na tym polega wybór oferty najkorzystniejszej – najwyżej ocenionej w określonych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert. Jest to zbieżne z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako takim - celem tym jest wybranie optymalnego dłużnika, a więc podmiotu, który optymalnie z perspektywy Zamawiającego w konkretnych realiach ekonomicznych zrealizuje przyjęte zobowiązanie.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę stanu faktycznego sprawy Izba stwierdziła, na podstawie dokumentacji postępowania, że Zamawiający w sposób następujący, w rozdziale XI SIWZ, określiłkryteria oceny ofert w postępowaniu :

–„Cena" – waga 60 punktów,

–kryteria pozacenowe o łącznej wadze 40 punktów, w tym zaskarżone kryterium

„Parametry techniczne nr 1" o wadze 20 punktów, zaś „Parametry techniczne nr 2" i „Parametry techniczne nr 3", posiadają wagę po 10 punktów każde.

Zaś za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą ilość punktów, uzyskaną po zsumowaniu punktów w poszczególnych kryteriach.

Odwołujący argumentował n a rozprawie, i ż określenie n a wysokim poziomie 20 punktów możliwych do zdobycia w kryterium „Parametry techniczne nr 1", co prawda nie uniemożliwia złożenia mu ważnej oferty, jednakże uniemożliwia mu złożenie oferty najkorzystniejszej. Ponadto pełnomocnik Odwołującego wskazał, że ze względu na wysoką wartość punktową nie jest w stanie zaoferować takiej ceny produktu (bez zaoferowania macierzy DELL EMC), żeby wygrać postępowanie, co w jego ocenie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p.

Jednakże ani na etapie składania odwołania, ani w toku rozprawy, Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że określenie na poziomie 20 punktów spornego kryterium uniemożliwia mu złożenie konkurencyjnej oferty, czyniąc gołosłownym twierdzenie o utracie szansy na uzyskanie zamówienia czy też znaczącego zmniejszenia tej

szansy w porównaniu z innymi Wykonawcami (a tym samym dyskryminacji pośredniej Odwołującego poprzez treść i wagę spornego kryterium).

W analizowanym postępowaniu, w kryterium „Parametry techniczne nr 1" Zamawiający przewidział możliwość uzyskania przez ofertę 20 punktów, za pozostałe kryteria maksymalnie 80 punktów. Zamawiający i Przystępujący ADT GROUP Sp. z o. o zgodnie twierdzili, iż obecny kształt kryterium powoduje wzrost ceny oferty każdego Wykonawcy, który zechce uzyskać dodatkowe 20 punktów w kryterium „Parametry techniczne nr 1" i zaoferować sposób replikacji preferowany w kryterium przez Zamawiającego. Na okoliczność wzrostu ceny takiego produktu przedłożono dowód - wydruk z korespondencji e-mail. Dowód ten nie został zakwestionowany przez Odwołującego. Twierdzenie to było zbieżne z twierdzeniami Odwołującego, że przy tym kształcie kryterium może on konkurować jedynie ceną, w związku z czym Izba uznała za wiarygodne, jako zgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, że funkcjonalność replikacji z macierzą CMAX 20k (warta 20 punktów w kryterium pozacenowym), skutkować będzie wzrostem cen ofert oferujących produkt zawierający tą funkcjonalność.

W związku z powyższym, skoro zaoferowanie funkcjonalności określonej w kryterium „Parametry techniczne nr 1", gdzie można uzyskać 20 punktów, zwiększa cenę oferty, tym samym obniża możliwe do uzyskania punkty w kryterium ceny - o wadze 60 punktów. Wobec powyższego nieuprawnionym jest twierdzenie, że kryterium jakościowe prowadzi do faktycznego ograniczenia konkurencji, a jedynie Wykonawcy oferujący replikację w sposób punktowany przez Zamawiającego, mogą uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Kryterium powyższe w sposób oczywisty, zgodnie z naturą i celem formułowania kryteriów pozacenowych, premiuje wyższą jakość urządzenia, jednakże brak zaoferowania tejże jakości nie prowadzi do ograniczenia konkurencji i uniemożliwienia wyboru oferty Odwołującego - okoliczność taka nie została przez Odwołującego w żaden sposób wykazana. Zaznaczyć należy, iż oceny ofert dokonuje się we wszystkich określonych przez Zamawiającego kryteriach, a nie tylko w jednym zaskarżonym przez Odwołującego.

W zależności od zaoferowanego przedmiotu wykazanym zostało, że Wykonawca uzyskać może w jednym - wartym potencjalnie 60 punktów kryterium mniej punktów, zaś w drugim, wartym 20 punktów, więcej.

Uwadze Odwołującego uszło, iż wiodącym elementem przy próbie wykazywania dyskryminacji pośredniej w pozacenowym kryterium oceny ofert jest wykazanie, że obecny kształt kryterium powoduje, że faktycznie ogranicza ono konkurencję, a przynajmniej stanowi o utracie bądź znacznym i nieuprawnionym zmniejszeniu szansy na uzyskanie zamówienia. Odwołujący skoncentrował się natomiast na postulatach modyfikacji kryterium w korzystny dla oferowanego przez niego produktu sposób, zaś same naruszenie zasady uczciwej konkurencji, tym bardziej przez pryzmat treści i wagi kryterium „Parametry techniczne nr 1", zeszło na dalszy plan, pozostając w sferze deklaracji bez realnego ich powiązania ze stanem faktycznym sprawy.

W związku z powyższym Izba nie mogła przyjąć wykazania, ani nawet uprawdopodobnienia, że zachodzi adekwatny związek przyczynowy pomiędzy określeniem kryterium na poziomie 20 punktów, a brakiem możliwości uzyskania zamówienia, czy choćby zmniejszenia szansy na jego uzyskanie przez Odwołującego.

Rozważając tą kwestię należy zauważyć, iż uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń Wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na Zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność zza wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradyktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego jak i rozkładowi ciężaru dowodu art. 6 k.c. Odwołujący zatem winien był udowodnić zasadność podnoszonych zarzutów lub choćby podjąć próbę skonstruowania domniemania faktycznego, które świadczyłoby o ich zasadności. Takiej próby w sprawie Odwołujący nie podjął.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że Wykonawcy posiadają instrumenty, którymi mogą dowodzić swoich racji, chociażby np. symulacja punktacji w kryteriach przy założeniach Odwołującego, dane historyczne z innych postępowań, ceny produktów – oparte na cenach producentów, czy przy uwzględnieniu własnej polityki cenowej. Nie jest zatem poza zasięgiem możliwości profesjonalnego podmiotu przedstawienie przybliżonej ceny oferty w danym postępowaniu (z możliwym rozważeniem, czy nie zachodzą przesłanki do objęcia takiego dowodu zastrzeżeniem z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa) w korelacji z kryterium jakościowym, a tym samym możliwe jest wykazywanie ograniczenia konkurencyjności poprzez kryterium pozacenowe.

Na gruncie niniejszego postępowania, dowodów na okoliczność iluzorycznego wymiaru konkurencyjności brak, a przy tym nie zaprzeczono stanowisku Przystępującego ADT GROUP Sp. z o. o a także Zamawiającego, że w rzeczywistości sporne kryterium w sposób adekwatny kompensuje naturalny wzrost ceny wynikający z oferowania lepszego, bardziej dopasowanego do potrzeb Zamawiającego produktu, co nie zmniejsza, a zwiększa rzeczywistą konkurencję.

Ponadto Zamawiający, działając w granicach ustawy, może precyzować kształt przedmiotu zamówienia

publicznego poprzez określenie kryteriów (tu głównie jakościowych) o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi. Ograniczenie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne, z tym że zakaz nie dotyczy konkurencji jako takiej. Z tej przyczyny dopuszczalne są warunki brzegowe, jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę (por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt III CA 88/09).

Odwołujący wskazywał na równoważną funkcjonalność promowanego przez niego rozwiązania do, w jego ocenie, preferowanego w kryterium oceny ofert rozwiązania producenta DELL. Zauważenia wymaga, że zarzut nr 3 dotyczący ograniczenia konkurencji w kryterium pozacenowym skorelowany jest z zarzutem nr 4a, jako ograniczenie przez Zamawiającego produktu spełniającego postawione przez niego wymogi wyłącznie do macierzy DELL EMC, a także jako premiowanego w kryterium jakości „Parametry techniczne nr 1". Odwołujący żądał dopuszczenia w kryterium pozacenowym rozwiązania wykorzystującego mechanizm wirtualizacji wbudowany w macierz połączony z replikacją oferowanego przez niego rozwiązania, jako rozwiązania posiadającego równoważną funkcjonalność do ograniczających konkurencję zapisów SIWZ do macierzy DELL.

Jednakże Odwołujący nie wykazał, że tylko macierz producenta DELL spełni postawione przez Zamawiającego wymogi, zarzut oznaczony nr 4a został przez Izbę oddalony, jako bezzasadny, gdyż za wiarygodne i odpowiadające stanowi rzeczywistemu Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego oraz Przystępującego ADT GROUP Sp. z o. o , którzy wykazali, że istnieją produkty, które opisane wymagania co do macierzy spełniają, a pochodzą od innych producentów niż DELL.

Określenie potrzeb jest zarówno uprawnieniem jak i obowiązkiem Zamawiającego, a ani Wykonawcom, ani Izbie nie przysługuje prawo do narzucenia Zamawiającemu konkretnych rozwiązań nie znajdujących odzwierciedlenia w jego potrzebach. Z drugiej strony Zamawiający nie może w sposób dowolny kształtować wymagań SIWZ, gdyż ograniczają go w tym zakresie przepisy ustawy zakazujące ograniczenia konkurencji, w sposób wykraczający poza uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Zatem w przedmiotowej sprawie Odwołujący powinien wykazać, że określenie kryterium jakościowego – „Parametry techniczne nr 1" w obecnym kształcie prowadzi do faktycznego ograniczenia konkurencji i nie jest usprawiedliwione zasadnymi potrzebami Zamawiającego. Ciężarowi temu Odwołujący w sprawie w sposób oczywisty nie sprostał.

W ocenie Izby zatem Zamawiający przy kształtowaniu wartego 20 punktów kryterium

„Parametry techniczne nr 1" nie naruszył zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Przy tym to Odwołujący, celem zwiększenia swojej szansy na wybór jego oferty w postępowaniu dążył, poprzez postępowanie odwoławcze, do przeforsowania modyfikacji kryteriów oceny ofert i zaoferowania rozwiązania przyjętego przez producenta, z którym współpracuje.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez wprowadzenie wymogów, które wskazują na produkty firmy DELL EMC i niezasadne niedopuszczenie do zaoferowania produktów innych niż preferowane przez Zamawiającego, Izba uznała zarzut jako bezzasadny i jako taki został on przez Izbę oddalony.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p. "Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby *utrudniać uczciwą konkurencję."*, a więc opis przedmiotu zamówiona powinien umożliwiać Wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 29 ust. 2 p.z.p., z uwagi na niezgodnie z p.z.p. opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy Zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez 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 ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego.

Opierając się na powszechnie uznanym w orzecznictwie rozumieniu tego przepisu, Izba doszła do przekonania, że w przypadku wykazania przez Odwołującego, że brzmienie poszczególnych, kwestionowanych przez Odwołującego, elementów opisu przedmiotu zamówienia mogłoby naruszać zasady uczciwej konkurencji, Zamawiający ma prawo

wykazania, że tak nie jest. Przepis art. 29 ust. 2 p.z.p. nie wymaga pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, wystarczy udowodnienie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia, co nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, które przepis ten wskazuje (tak Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 14 lutego 2003 r., XXIII Ga 2137/12). O ile zatem nie jest konieczne ze strony Odwołującego wykazanie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, iż Zamawiający poprzez poszczególne zapisy utrudnił uczciwą konkurencję, to jednak wystarczającym jest, iż opis będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ja utrudnić, potencjalnie jej zagrozić (por. wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., KIO/UZP 961/10). Przy czym Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, a fakt, że nie wszystkie podmioty

mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji (por. wyrok z dnia 20 marca 2008 r., KIO/UZP 204/08).

Dokonując weryfikacji czy opis przedmiotu zamówienia narusza zasady określone w art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 29 ust. 2 p.z.p. należy każdorazowo zważyć twierdzenia Odwołującego, Zamawiającego i skonfrontować je z treścią SIWZ, dokonując badania wpływu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia na uczciwą i równą konkurencję w konkretnym stanie faktycznym.

Takiego badania dokonała Izba w niniejszej sprawie, gdzie powołując się na treść pkt 2, 3, 4 Tabeli nr 1, ze str. 2 SIWZ, Odwołujący podnosił, że wymagania te wskazują na opis technologii i rozwiązania EMC VMAX preferowanego przez Zamawiającego w kryterium oceny ofert kwestionowanego w zarzucie nr 3, w związku z czym jedynie macierz producenta DELL spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego. Potwierdzenie powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika z dokumentu opisującego rodzinę produktów EMC VMAC dostępnego na stronie internetowej: (…) - strona 6 i 33 („VMAX3 engines"), który jako dowód przedłożył na rozprawie.

Jednakże, nawet jeżeli istnieje jakieś podobieństwo opisu przedmiotu zamówienia do opisu parametrów technicznych producenta DELL, to przy skutecznym wykazaniu, jak miało miejsce w stanie sprawy, że istnieją inne macierze spełniające te wymagania, wyciąg z karty producenta DELL w ocenie Izby nie stanowi wiarygodnego dowodu na ograniczenie konkurencji.

Odwołujący przedłożył również oświadczenia trzech spośród około dwudziestu producentów macierzy na okoliczność uprawdopodobnienia, że kwestionowany przez Odwołującego zapis dotyczący kryterium „Parametrów technicznych nr 1" – rozdział XI pkt

1.2 SIWZ i wskazana tam macierz DELL EMC może zostać zaoferowana przez ograniczone grono Wykonawców.

Izba stwierdziła, że dowody te są nieprzydatne do wykazania tezy, na którą zostały powołane. Pozostają one bowiem bez związku z przedstawionym zarzutem - jest okolicznością notoryjną, że w zbiorze podmiotów ofertujących konkretnego typu produkt zawsze wystąpi pewna pula producentów, którzy oferują produkty nie spełniające konkretnego kryterium jakościowego. Tak również jest w niniejszej sprawie - oczywisty fakt, że jacyś producenci nie produkują macierzy o oczekiwanych przez Zamawiającego parametrach ciężko jest powiązać w jakikolwiek sposób z postawionym przez Odwołującego zarzutem. Oświadczenia te nie mogą mieć zatem żadnego wpływu na ocenę, czy w rzeczywistości doszło do naruszenia zasad konkurencyjności. Przeciwnie, Zamawiający i Przystępujący ADT GROUP Sp. z o. o wykazali, że istnieją produkty, które opisane wymagania co do macierzy spełniają, a pochodzą od innych producentów niż DELL. Zaznaczyć przy tym należy, co istotne, że złożone na tę okoliczność na rozprawie dowody nie spotkały się z żadną reakcją procesową ze strony Odwołującego, który nie zakwestionował w sposób skuteczny ww. tezy.

Nie uprawdopodobniono więc, iż treść pkt 2, 3, 4 Tabeli nr 1, ze str. 2 SIWZ, stanowi o charakterystycznych czy też granicznych parametrach zamawianych macierzy i że wskazuje ono na konkretny produkt DELL EMC, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie Izba uznała w konsekwencji za gołosłowne, zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony i nie mogące stanowić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 29 ust 2 p.z.p. Należało przy tym za wiarygodne i odpowiadające stanowi rzeczywistemu wyjaśnienia Zamawiającego oraz Przystępującego ADT GROUP Sp. z o. o , które były logiczne i poparte dowodami.

Na marginesie zaznaczyć należy przy tym, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący nie są producentami macierzy, a jedynie pośredniczą w ich sprzedaży, konkurując ze sobą głównie ceną produktów, które pozyskują od producentów, zaś same wymagania jakie te produkty miały by spełniać nie jest relewantną cechą konkurencji pomiędzy tymi podmiotami i nie zostały przedstawione żadne twierdzenia ani dowody na okoliczność przeciwną.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona

hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący:

……....