Sygn. akt: KIO 2229/18

WYROK
z dnia 22 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń, Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 i 20 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2018 r. przez wykonawcę: **Eplaneta Sp. z o.o., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Onkologii - Instytut M. Skłodowskiej-Curie, ul. Wawelska 15B, 02-034 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Ediko Sp. z o.o., ul. Nakielska 3, 01-106 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie weryfikacji szczegółowych parametrów technicznych wprowadzonych do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Firewall - Centrum Danych - Centrum Danych (TKP 3.9) oraz Firewall - Centrum Onkologii (TKP 3.10) Załącznikiem nr 2 do wyjaśnień I treści SIWZ z dnia 19 października 2018 r. pod kątem ich niezbędności w zaspokojeniu uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego oraz dokonanie stosownej zmiany treści SIWZ w powyższym zakresie z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Centrum Onkologii - Instytut M. Skłodowskiej-Curie, ul. Wawelska 15B, 02-034 Warszawa**, i:

1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Eplaneta Sp. z o.o., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy** tytułem wpisu od odwołania,

2)zasądza kwotę **18 878 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) od zamawiającego: **Centrum Onkologii - Instytut M. Skłodowskiej-Curie, ul. Wawelska 15B, 02-034 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Eplaneta Sp. z o.o., ul. Piwna 32, 43-100 Tychy** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……

Sygn. akt: KIO 2229/18

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie w Warszawie prowadzi postępowanie udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę urządzeń peryferyjnych i komputerów dla Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie" dla projektu: „Nowoczesny Szpital, Nowoczesny ZOZ" realizowanego w ramach RPMA.02.01.01-14-2641/15-00". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S 164-374074.

Zamawiający w dniu 19 października 2018 r. opublikował na swojej stronie internetowej odpowiedzi na pytania oraz zmianę treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (załącznika nr 2 do I wyjaśnień treści SIWZ) .

Wykonawca Eplaneta Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach wniósł odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") w zakresie postanowień załącznika nr 2 do I wyjaśnień treści SIWZ, powodującego zmianę Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ):

-Firewall - Centrum Danych - Centrum Danych (TKP 3.9) - 1 sztuka wskazującego na dokładnie jeden produkt - Fortinet Fortigate FG-500E,

-Firewall - Centrum Onkologii {TKP 3.10} - 1 sztuka wskazującego na dokładnie jeden produkt - Fortinet Fortigate FG-500E.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez dokonanie zmiany z dnia 19 października 2018 r. opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wykonawców, przez umożliwienie złożenia oferty tylko przez wąską grupę podmiotów, podczas gdy brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla takiego wymogu oraz poprzez ustanowienie wymogów determinujących konkretną markę sprzętu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ, poprzez przywrócenie pierwotnej wersji opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Firewall - Centrum Danych - Centrum Danych (TKP 3.9) oraz Firewall - Centrum Onkologii (TKP 3.10) oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji.

Odwołujący wyjaśnił, że prowadzi działalność w zakresie świadczenia usług i dostaw zbieżnych z przedmiotem zamówienia, jest podmiotem zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia. Naruszenia przepisów Pzp, jakich dopuścił się Zamawiający, uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o zamówienie. Niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i przepisami prawa sformułowanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia bardzo istotnie ogranicza krąg potencjalnych oferentów. Wykonawca nie będzie mógł złożyć oferty w postępowaniu, a zatem nie będzie miał możliwości uzyskać zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, sposób sformułowania załącznika nr 2 do I wyjaśnień treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia, a sformułowanie go w sposób wskazujący na konkretne produkty oraz zawierający wymagania nadmiarowe nie ma żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa i narusza zasadę proporcjonalności (art. 7 ust. 1 Pzp).

Postawienie wymogów produktowych w ten sposób, że spełnia je wyłącznie jeden produkt istniejący na rynku, jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Formułując wymogi co do przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego wymogu jest uzasadnione. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek nie będzie mógł już być uznany za postawiony w zgodzie z Pzp.

Zamawiający w dniu 19 października 2018 r. dokonał odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczących treści SIWZ oraz dokonał zmian treści opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wprowadzenie dodatkowego dokumentu (załącznik nr 2 do i wyjaśnień treści SIWZ) w zakresie produktów:

Firewall - Centrum Danych - Centrum Danych (TKP 3.9) - 1 sztuka

Firewall - Centrum Onkologii (TKP 3.10) -1 sztuka

Zmiana opisu przedmiotu zamówienia spowodowała, że wszystkie zapisy wskazują jednoznacznie na produkt: Fortinet Fortigate FG-500E. Postanowienia zmienionej treści opisu przedmiotu zamówienia dotyczą bardzo konkretnych rozwiązań właściwych tylko dla konkretnego producenta. Opis tych wymagań skrajnie szczegółowy determinuje tylko jednego producenta, bowiem żaden inny sprzęt nie spełnia wszystkich wskazanych tam wymagań, poza produktem Fortinet Fortigate FG-500E.

Koniunkcja wszystkich wymogów dla obu produktów determinuje konieczność zaoferowania produkty Fortinet Fortigate FG-500E. Dodatkowo zapisy wydajności urządzenia podawane w załączniku nr 2 do I wyjaśnień treści SIWZ:

- Przepustowość Stateful Firewall: nie mniej niż 36 Gbps dla pakietów 512 B.

- Przepustowość Stateful Firewall: nie mniej niż 22 Gbps dla pakietów 64 B,

- Wydajność szyfrowania VPN IPSec dla pakietów 512 B, przy zastosowaniu algorytmu o mocy nie mniejszej niż AES256 - SHA256: nie mniej niż 20 Gbps

oraz zestawienie zapisów w zakresie wymaganych interfejsów:

System realizujący funkcję Firewall musi dysponować minimum:

- 10 portami Gigabit Ethernet RJ-45.

- 8 gniazdami SEP 1 Gbps. [m] gniazdami SFP+10 Gbps

zostały wprost skopiowane z karty katalogowej urządzenia Fortinet Fortigate FG-500E. Żaden inny producent systemów Firewall nie wskazuje przepustowości z podziałem na pakiety 512B oraz 64 B.

Co istotne, opis ten nie jest związany z jakimiś szczególnymi potrzebami Zamawiającego, albowiem w zakresie, w jakim Odwołujący kwestionuje poszczególne postanowienia, oczekiwane przez Zamawiającego funkcje mogą być realizowane w inny sposób, względnie wymagane parametry nie mają żadnego znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Dodatkowo, Zamawiający tworząc pierwotnie opis przedmiotu zamówienia wskazał zestawienie cech techniczno-

funkcjonalnych w taki sposób, który umożliwiał zaoferowanie produktów typu firewall konkurencyjnych producentów, co jednoznacznie świadczy o tym, że kwestionowana zmiana opisu przedmiotu zamówienia została dokonana w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a postanowienie te preferują sprzęt konkretnego producenta.
Zamawiający w specyfikacji zawarł wiele postanowień naruszających zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Choć wprost nie wskazał on konkretnego modelu i produktu, to sposób, w jaki zostały sformułowane warunki techniczne narzuca dostarczenie konkretnego jednego produktu, co w sposób rażący narusza art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp.

Wykonawca Ediko Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 12 listopada 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Uznając zarzuty postawione przez Odwołującego za niezasadne, wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że jest jednostką badawczo-rozwojową prowadzącą obok działalności naukowej bardzo szeroką działalność w obszarze profilaktyki, diagnostyki i leczenia chorób nowotworowych. W ramach prowadzonej działalności, Zamawiający gromadzi i przetwarza wrażliwe dane osobowe pacjentów, które muszą być chronione przy użyciu najbardziej zaawansowanych systemów zabezpieczeń. Tym samym ma nie tylko prawo ale i obowiązek wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej niż standardowa, o podwyższonych parametrach. W tym przypadku obowiązkiem Zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne.

Zamawiający podniósł, że jego oczekiwania względem przedmiotu zamówienia nie muszą umożliwiać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Przepis art. 29 ust. 2 Pzp wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego dóbr nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Zamawiający zwrócił uwagę, że:
1.żadna z wymienionych cech funkcjonalnych nie jest cechą unikalną dla danego produktu, istnieją urządzenia dostępne na rynku, które spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego. - co Odwołujący sam potwierdza zarówno w treści odwołania, jak i w treści pisma procesowego wskazując na co najmniej dwa urządzenia dwóch różnych producentów: Fortigate FG-500E i Palo Alto PA 5260,
2.w załączniku nr 2 (str. 1 "Wymagania Ogólne" pierwszy akapit) Zamawiający wyraźnie wskazał, że dopuszcza możliwość konfiguracji więcej niż jednego urządzenia lub aplikacji - w celu spełnienia wszystkich wymagań funkcjonalnych. - tym samym dopuszcza rozwiązania oferowane przez różnych producentów.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony
i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Ediko Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia z dnia 19 października 2018 r. w sposób ograniczający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez umożliwienie złożenia oferty tylko przez wąską grupę podmiotów, podczas gdy brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla takiego wymogu oraz poprzez ustanowienie wymogów determinujących konkretną markę sprzętu.
Izba uznała za zasadny powyższy zarzut w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp. Nie potwierdziło się naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący podnosił, że w ramach zmiany opisu przedmiotu zamówienia dokonanej w dniu 19 października 2018 r. Zamawiający sformułował wymagania w sposób wskazujący na konkretny produkt oraz zawierający wymagania nadmiarowe, które dotyczą bardzo konkretnych rozwiązań właściwych tylko dla konkretnego producenta - opis wymagań skrajnie szczegółowy wskazuje jednoznacznie na produkt: Fortinet Fortigate FG-500E (Fortinet Fortigate FG-501E).

Odwołujący nie wskazał, jakie wymagania lub postanowienia opisu przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie są niejednoznaczne lub niedostatecznie dokładne i nie przeprowadził dowodu na powyższe tezy. Izba nie znalazła zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 29 ust. 2 Pzp wskazuje, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Sposób sformułowania załącznika nr 2 do wyjaśnień I treści SIWZ z dnia 19 października 2018 r. w zakresie zmiany opisu przedmiotu zamówienia potwierdza, że Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, posłużył się specyfikacją techniczną urządzenia Fortinet Fortigate FG-501E. Potwierdza to zestawienie parametrów urządzeń przedłożone przez Odwołującego oraz specyfikacja techniczna tego urządzenia. Zamawiający nie zaprzeczył tym okolicznościom. Zamawiający w celu uzasadnienia bardzo szczegółowych wymagań przedstawił na rozprawie protokół uzgodnień z Inżynierem Projektu Nowoczesny Szpital, Nowoczesny ZOZ (...), dotyczący m.in. rekomendacji w sprawie zmian w opisie przedmiotu zamówienia w postępowaniu „PN-135/18/MS/ZS/UE/III". Protokół zawiera rekomendacje w zakresie opisu wymagań dla urządzenia firewall dla Centrum Danych i dla Centrum Onkologii, które w dotychczasowym brzmieniu w ocenie Inżyniera Projektu „znacząco odbiegają od obecnie wykorzystywanych w COI standardów oraz założeń projektowych Nowoczesny Szpital Nowoczesny ZOZ". Rekomendujący wskazał na:

1.Konieczność zapewnienia pełnej ochrony dla podstawowych protokołów komunikacyjnych – biorąc pod uwagę ich wykorzystanie przy planowanych funkcjonalnościach e-usług dla pacjentów.

2.Konieczność zapewnienia funkcjonalności ochrony przed wyciekiem informacji – biorąc pod uwagę projektowane Archiwum Elektronicznej Dokumentacji Medycznej.

3.Konieczność zwiększenia poziomu bezpieczeństwa zdalnego dostępu administracyjnego do urządzeń – np. za pomocą dwuskładnikowej autoryzacji.

Dodatkowo w protokole wskazano, że „obecna specyfikacja nie zabezpiecza np. przed utratą z nich danych – w przypadku awarii dysku (rekomendujemy dodanie kolejnego dysku), brak jest precyzyjnej informacji potwierdzającej skuteczność i wiarygodność wymaganych technologii w zakresie obsługi IPSec VPN, SSL VPN, IPS (brak wymaganych certyfikatów), brak jest informacji o możliwościach integracji zamawianych urządzeń z istniejącą infrastrukturą IT Centrum Onkologii."

W związku z powyższym zarekomendowano Zamawiającemu „weryfikację zapisów funkcjonalnych, wydajnościowych i jakościowych".

Zamawiający, formułując pierwotnie opis przedmiotu zamówienia, wskazał zestawienie cech techniczno-funkcjonalnych urządzeń firewall w taki sposób, który umożliwiał zaoferowanie produktów konkurencyjnych producentów. W wyniku wprowadzonych zmian w opisie tych urządzeń jest możliwe zaoferowanie konkretnego urządzenia firmy Fortinet, lub zestawu kilku urządzeń tego typu (2-3), które dopiero w połączeniu będą mogły spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego. Jednocześnie koszt takiego zestawu będzie dwu lub trzykrotnie wyższy od kosztu urządzenia Fortinet Fortigate FG-501E, co potwierdził także Zamawiający na rozprawie. Zamawiający w toku rozprawy nie wykazał, że są dostępne na rynku urządzenia innych producentów spełniające jednocześnie wszystkie wymagania Zamawiającego.

W świetle powyższego w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że możliwość zaoferowania innych urządzeń (innych producentów) jest w tym przypadku jedynie pozorna, gdyż zgodnie z kryteriami oceny ofert, w zakresie urządzeń firewall decydująca będzie cena urządzenia.

Fakt, że jest czterech partnerów firmy Fortinet o najwyższym statusie partnerstwa w Polsce nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wykazania, że szczegółowe wymagania determinujące zaoferowanie konkretnego urządzenia są niezbędne z punktu widzenia uzasadnionych, obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Naruszeniem uczciwej konkurencji jest bowiem każde nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał powyższych okoliczności. Zamawiający, powołując się na rekomendacje Inżyniera Projektu, nie przedstawił jednoznacznego, nie budzącego wątpliwości uzasadnienia do przyjęcia tak szczegółowych parametrów dla urządzenia firewall. Zauważyć przy tym należy, że rekomendacje zawarte w protokole z dnia 16 października 2018 r. zostały sformułowane w sposób bardzo ogólny, który nie uzasadnia wprost konkretnych parametrów technicznych zawartych w załączniku nr 2 do wyjaśnień I z dnia 19 października 2018 r. Zauważyć również należy, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania zasadności wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, w szczególności wówczas, jeśli opis tych wymagań powoduje ograniczenie konkurencyjności postępowania - ogranicza krąg wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Postawienie w sposób nadmierny w stosunku do potrzeb Zamawiającego wymogów produktowych w taki sposób, że spełnia je wyłącznie jeden produkt istniejący na rynku, jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia dla opisanych w dniu 19 października 2018 r. (załącznik nr 2 do i wyjaśnień treści SIWZ) szczegółowych wymagań technicznych w zakresie produktów:Firewall - Centrum Danych - Centrum Danych (TKP 3.9) - 1 sztuka, Firewall - Centrum Onkologii (TKP 3.10) -1 sztuka.W szczególności Zamawiający nie

wykazał, że kwestionowane przez Odwołującego wymagane parametry m.in. odnośnie wydajności urządzenia, wymagania w zakresie interfejsów, przepustowości z podziałem na pakiety 512B oraz 64 B, charakterystyczne tylko dla jednego urządzenia, mają uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał, że oczekiwane funkcje nie mogą być realizowane w inny sposób.
Biorąc pod uwagę twierdzenia Odwołującego oraz złożone na ich poparcie dowody, w tym zestawienia parametrów i urządzeń dostępnych na rynku oraz oświadczeń producentów, Izba uznała, że Odwołujący uprawdopodobnił, że kwestionowana przez Odwołującego czynność zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia, polegająca na wprowadzeniu załącznika nr 2 do I wyjaśnień treści SIWZ, została dokonana w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a postanowienia te mogą preferować w sposób nieuzasadniony sprzęt konkretnego producenta, wyłączając jednocześnie w sposób nieuzasadniony sprzęt konkurencyjnych producentów. W świetle ugruntowanego orzecznictwa, uprawdopodobnienie tych okoliczności jest wystarczające do stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp.
W konsekwencji stwierdzonego naruszenia przepisów Pzp, Izba uznała za uzasadnione uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia w zakresie produktów:
Firewall - Centrum Danych - Centrum Danych (TKP 3.9) - 1 sztuka
Firewall - Centrum Onkologii (TKP 3.10) -1 sztuka,
oraz sformułowania warunków technicznych ww. urządzeń w sposób, który będzie wynikał jednoznacznie i wyłącznie z obiektywnych oraz uzasadnionych potrzeb Zamawiającego dla osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności i zapewnienia maksymalnej konkurencyjności postępowania, zgodnie z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp. Biorąc pod uwagę okoliczność, że Odwołujący nie udowodnił, a jedynie uprawdopodobnił naruszenie wskazanych zasad Pzp, to żądanie powrotu do pierwotnego brzmienia opisu przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby, nie mogło podlegać uwzględnieniu, jako zbyt daleko idące. W ocenie Izby, Zamawiający powinien dokonać szczegółowej analizy swoich potrzeb oraz zweryfikować zakres i sposób sformułowania wymagań, w taki sposób, aby nie zakłócał on uczciwej konkurencji w postępowaniu.
Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".
W zakresie tego zarzutu Izba zważyła, że Odwołujący sam przyznał w odwołaniu, że Zamawiający wprost nie wskazał w SIWZ konkretnego modelu i produktu, tj. nie opisał przedmiotu zamówienia przez wskazanie konkretnego znaku towarowego. Jednocześnie, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 2 Oferty równoważne Zamawiający zawarł w sposób jednoznaczny postanowienia, które dopuszczają produkty równoważne, w przypadku gdy w opisie przedmiotu zamówienia użyto zapisów wskazujących na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie produktu. Zamawiający postanowił, że:
„W zakresie zadań, w których w opisie przedmiotu zamówienia użyto zapisów wskazujących na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie produktu, Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych.
Przez ofertę równoważną należy rozumieć taką ofertę, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia o takich samych parametrach funkcjonalno-użytkowych, jakie zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz oznaczony innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Ofertą równoważną są produkty lub rozwiązania, które odpowiadają pod względem jakości i funkcjonalności produktom lub rozwiązaniom wskazanym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W zakresie zadań, w których opisie użyto zapisów odnoszących się do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji i systemów referencji, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne."

Powyższe postanowienia specyfikacji wypełniają wymogi art. 29 ust. 3 Pzp oraz mają zastosowanie zarówno do Opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, jak i do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 2 do wyjaśnień I z dnia 19 października 2018 r. wprowadzającego zmiany do pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak
w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

……