

WYROK
z dnia 18 września 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 11 września 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2017 roku przez wykonawcę S. spółka akcyjna z siedzibą w O.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Ogród Zoologiczny z siedzibą w P.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odnoszących się do przedmiotu zamówienia zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, a dotyczących:
 - Kamera – pkt. 4, 13, 15, 19, 21, 23, 25, 27, 31,
 - System rejestracji – pkt. 6, 24, 25, 26, 27, 30, 38, 48, 56, 58, 65, 71, 72, 76, 93,
 - Przełącznik typu A – pkt. 3, 4, 5, 7, 11,
 - Przełącznik typu B – 3.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę S. spółka akcyjna z siedzibą w O. i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. spółka akcyjna z siedzibą w O. tytułem wpisu od odwołania,

1

-
- 3.2 zasądza od wykonawcy S. spółka akcyjna z siedzibą w O. na rzecz Zamawiającego Ogród Zoologiczny z siedzibą w P. kwotę 3 679 zł 70 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Zamawiający - Ogród Zoologiczny z siedzibą w P. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Rozbudowa systemu monitoringu na terenie Nowego i Starego ZOO w P.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2017 roku pod numerem 573870-N-2017.

28 sierpnia 2017 roku działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004

roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – S. spółka akcyjna z siedzibą w O. - wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. wprowadzenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Załącznik nr 9 – Opis przedmiotu zamówienia następujących wymagań:

Odnosnie do kamer - numeracja zgodnie z Punktem 3 OPZ:

4) wbudowany obiektyw o polu widzenia: poziom 93-33 stopnie, pion 50-18 stopni

5) IP66, IP67 oraz NEMA 4X

13) interoperacyjność oparta m.in. na potwierdzonej obsłudze ONVIF Profile S oraz Profile .

Urządzenie musi znajdować się na liście urządzeń zgodnych z profilem S i G na stronie:

<https://www.onvif.org/conformant-products/> a producent urządzenia musi być pełnoprawnym członkiem ONVIF

15) obsługą GOP H.264 do wielkości 1000, lub możliwością ustawienia występowania ramki referencyjnej nie częściej niż 1 raz na 40 sekund

19) obsługą dynamicznej adaptacji wielkości rozdzielczości strumienia wizyjnego transmitowanego w trybie „na żywo” dostosowanego do wielkości okna podglądu lub wielopodziału

21) kamera musi zapewniać obsługę haseł 64 znakowych zawierających wielkie i małe litery, cyfry oraz znaki specjalne

23) opcjonalne elementy oprogramowania pobrane z kamery w celu wykonania konkretnych zadań (np. kontrolki Active X) są opatrzone podpisem organizacji świadczącej usługi powiernictwa cyfrowego, np. Verisign Inc

25) możliwość zapisywania logów z kamer na zewnętrznym serwerze w czasie rzeczywistym oraz na umieszczonej karcie pamięci

27) musi istnieć możliwość tworzenia własnych skryptów bash'a na potrzeby rozszerzenia

3

funkcjonalności kamer

31) zapewnienie w pełni osadzonych danych tekstowych na obrazie z możliwością wyświetlania daty i godziny, tekstu zdefiniowanego przez klienta i nazwy kamery; długość tekstu wynosi co najmniej 45 znaków ASCII; tekst może być osadzony na tle półprzezroczystym lub w pełni przezroczystym zgodnie z wymaganiami punktu

6.1.3.8

normy PN-EN 62676-1-1:2014-06

Odnosnie do systemu rejestracji - numeracja zgodnie z punktem 5 OPZ:

6) Producent zagwarantować powinien minimum 8 lat wsparcia serwisowego urządzeń od momentu ich zakupu uwzględniając dostawę części zamiennych lub wymianę z zachowaniem funkcjonalności.

12) Zamawiający wymaga aby zaimplementowane były minimum: 10 protokołów do sterowania kamerami obrotowymi, 300 typów kamer IP lub serwerów sieciowych, 100 typów kamer MPixelowych, a także powinny być wspierane (dla podglądu i zapisu) standardy ONVIF i RTSP.

15) Algorytm kompresji i dekompresji (w przypadku H.264) powinien umożliwiać niezależne definiowanie parametrów pracy dla każdego kanału (wejścia) wideo, z uwzględnieniem ustawienia długości struktury GOP lub częstości występowania klatek bazowych; zagwarantuje to dopasowanie do charakterystyki obserwowanej sceny i umożliwi dokładne definiowanie parametrów przepływności strumienia danych.

16) System powinien być przygotowany do rejestracji/zarządzania przy użyciu kodeka H.265.

17) System powinien obsługiwać połączenie sieciowe z obsługą protokołu TCP/IP i prędkością połączenia 1 GBit/sekundę. W przypadku wykorzystywania kamer sieciowych, każdy z serwerów rejestrujących posiadać powinien minimum podwójną kartę Ethernetową (pierwsza dla sygnałów przychodzących z kamer, druga dla strumieni wysyłanych do stacji podglądowych). Przy zastosowaniu macierzy iSCSI rejestrator powinien być wyposażony w trzy karty sieciowe.

20) Dla wybranych użytkowników istnieć musi możliwość zdefiniowania niezależnych ograniczeń co do podglądu na żywo i/lub odtwarzania pojedynczych kamer/grup kamer. Jednocześnie musi istnieć możliwość zdefiniowania maksymalnego wieku nagrań, jaki przysługuje użytkownikowi dla podglądu zarejestrowanego materiału (np. użytkownik może

otworzyć wyłącznie materiał nie starszy niż 1 godzina).

21) Prędkość przetwarzania obrazów z podłączonych kamer sieciowych powinna być zależna wyłącznie od możliwości i parametrów samej kamery i nie powinna być w żaden sposób ograniczona przez rejestrator.

24) Prędkość rejestracji, rozdzielczość i jakość powinna być ustalana przez użytkownika

4

niezależnie od parametrów strumieni do podglądu "na żywo". Konfiguracja powinna umożliwiać zmianę parametrów rejestracji „w locie” (bez konieczności zmiany parametrów kamery/kodera z aplikacji konfiguracyjnej - wcześniej predefiniowane parametry dla rejestracji) dla każdej kamery niezależnie, w różnych trybach pracy: nagrywanie ciągłe, nagrywanie zgodnie z harmonogramem czasowym oraz nagrywanie pre-alarmowe i alarmowe konfigurowane indywidualnie dla różnych typów zdarzeń alarmowych.

25) Dostępna przestrzeń dyskowa zespołu rejestratorów powinna być zorganizowana logicznie w formie odrębnych segmentów (pierścieni, z ang. ring). Pozwoli to na prowadzenie zapisu z różnymi parametrami odnośnie czasu i priorytetu przechowywania zapisu z poszczególnych kamer i zdarzeń. System powinien udostępniać co najmniej 5 pierścieni zapisu i 3 poziomów (priorytetów) zapisu. Zapis na pierścieniach powinien odbywać się poprzez automatyczne nadpisywanie i zastępowanie najstarszych nagrań.

26) Wielkość poszczególnych „ringów” jaki i całej bazy danych dobierana, zmieniana i aktualizowana powinna być dynamicznie przez system, zapewniając optymalne wykorzystanie przestrzeni dyskowej i uzyskanie maksymalnych czasów archiwizacji.

27) Nie dopuszcza zastosowania systemów, w których przestrzeń dyskową dla poszczególnych kamery ustawia się w sposób stały i niezmienny w procesie konfiguracji, przyporządkowując danej kamerze fragment dostępnej przestrzeni dyskowej.

29) Dla wydłużenia czasu archiwizacji materiału video, system powinien umożliwiać zmianę ilości klatek już zarejestrowanego materiału - rozrzedzanie zapisu. Oznacza to, że po wcześniej zaprogramowanym przez użytkownika czasie, system automatycznie usunie zdefiniowaną przez użytkownika część zarejestrowanego materiału. Przykładowo: przy normalnej rejestracji prędkość zapisu wynosiła 25kl/sek. Po tygodniu należy zachować tylko 5 klatek/s (spośród zapisanych wcześniej w ciągu każdej sekundy 25 klatek należy odpowiednio wykasować 20 klatek zarejestrowanego materiału).

30) System powinien obsługiwać dynamiczną transmisję strumieniową, w celu optymalizacji obciążenia sieci, obniżenia wymagań dla dekompresji obrazu i zwiększenia wydajności wyświetlania na stacjach podglądowych. W tym celu rozdzielczość transmitowanych "na żywo" obrazów powinna automatycznie dostosowywać się do rozmiaru (rozdzielczości) okien podglądu, w których wyświetlane są obrazy z poszczególnych kamer na stacji podglądowej. Dopasowanie to zależne powinno być od typu zastosowanej kamery, jednak system przy współpracy z wybranymi kamerami umożliwiać powinien automatyczne dopasowanie minimum do rozdzielczości: QCIF, QVGA, VGA, SVGA, WXGA, 720p, 1080p, 3MPix, 5MPix.

31) Użytkownik powinien mieć możliwość ustawiania takich parametrów, jak pozycja, rozmiar, kolor tła oraz czcionki, przy pomocy których informacje te są wyświetlane

32) System powinien umożliwiać generowanie zdarzeń oraz tworzenie harmonogramów

5

czasowych w oparciu o zegar astronomiczny zaprogramowany na podstawie lokalizacji geograficznej (dynamiczne obliczanie wschodów i zachodów słońca).

33) Zarządzanie zdarzeniami i alarmami powinno pozwalać na efektywną adaptację reakcji systemu na stany alarmowe oraz inne zdarzenia, zgodnie z wymaganiami użytkownika.

Reakcje systemu powinny uwzględniać:

- a) Zdefiniowane przez użytkownika dowolnego czasu trwania sekwencji wideo przed i po wystąpieniu alarmu;
- b) Parametry rejestracji (jakość i prędkość) niezależne (indywidualne) dla wszystkich kamer;
- c) Automatyczne wyświetlanie obrazów alarmowych zdefiniowanych przez użytkownika (na żywo i/lub w trybie odtwarzania) na predefiniowanych stacjach roboczych;
- f) Obsługa interfejsów do systemów innych producentów;
- h) Rozpoczęcie tworzenia automatycznych kopii zapasowych predefiniowanych sekwencji w razie wystąpienia alarmu, bądź innego zdarzenia;

- 37) Każda stacja robocza użytkownika powinna mieć nieograniczony dostęp do wielu jednostek DVR/NVR jednocześnie. Oprogramowanie do podglądu obrazów (na żywo i zarejestrowanego materiału) może być instalowane bezpłatnie na dowolnej ilości stacji podglądowych, przy czym każda z tych stacji może w dowolnym momencie połączyć się z rejestratorem (o ile nie został wykorzystany w tym konkretnym momencie limit dostępnych sesji na rejestratorze).
- 38) Interfejs użytkownika powinien umożliwiać jednocześnie wyświetlanie obrazu z tej samej kamery, na jednym ekranie, w wielu oknach, w różnych trybach (na żywo, odtwarzanie w przód, odtwarzanie wstecz, odtwarzanie poklatkowe) jak również odtwarzanie obrazów z różnych kamer w wielu oknach podglądu.
- 39) Interfejs użytkownika powinien umożliwiać jednocześnie wyświetlanie obrazu z wielu urządzeń rejestrujących, na jednym ekranie, w wielu oknach, w różnych trybach (na żywo, odtwarzanie w przód, odtwarzanie wstecz, odtwarzanie poklatkowe).
- 40) Użytkownik powinien mieć możliwość ustawienia dowolnego rozmiaru, proporcji i pozycji każdego okna podglądu dzięki czemu możliwe będzie wyświetlanie nieznkształconego obrazu z dowolnej kamery zainstalowanej w systemie (minimum kamery o proporcjach [szerokość: wysokość] 4:3; 16:9, 9:16, 10:2 itd.). Domyślnie system powinien udostępniać prezentację obrazu jako regularną matrycę o 1,4,9,16,25 lub 36 okienkach podglądu oraz szablony podglądów alarmowych z podziałami 1/5, 1/7 lub 1/9 okien podglądu.
- 41) System powinien zezwalać na określenie szczegółowych scenariuszy uruchamiania dla użytkownika lub grup użytkowników, dotyczących połączeń z predefiniowanymi serwerami oraz podglądu predefiniowanych kamer z danych serwerów, a także wywołania wcześniej zdefiniowanych (dla każdego użytkownika indywidualnie) scen z odpowiednimi kamerami tak w trybie „na żywo”, jak i odtwarzania z bazy danych (w przód, w tył, stopklatka itd.). Poziom

6

uprawnień określać powinien również dostęp do zarejestrowanego materiału, sterowanie kamerami obrotowymi, prawo do exportu nagrań, drukowania zdjęć itd.

45) Ciąg danych pochodzący z czytnika kodów kreskowych (lub innego podłączonego urządzenia) powinien być udostępniony jako kryterium wyszukiwania w celu bezpośredniego wyszukania materiału który został zapisany z tymże ciągiem danych (kod kreskowy lub inne).

48) Proces odtwarzania nagrań w przód/w tył powinien obsługiwać prędkości to x1, x2, x4 aż do x1000 w sposób umożliwiający płynne odtwarzanie. Szybkie i standardowe odtwarzanie w przód i w tył tylko pomiędzy ramkami kluczowymi nie jest akceptowane.

54) W uzupełnieniu lub zamiast dedykowanego oprogramowania klienckiego, obrazy na żywo lub zarejestrowane oraz dźwięk powinny być także dostępne ze standardowych przeglądarek WEB poprzez HTML5 bez użycia specjalnych „wtyczek”.

56) Obsługa z przeglądarki WEB umożliwiać powinna oglądanie przynajmniej 9 strumieni video lub zarejestrowanych obrazów z tej samej kamery z różnych okresów czasu.

58) System powinien udostępniać opcjonalny (w wersji podstawowej lub na bazie dodatkowych licencji), interaktywny, graficzny interfejs użytkownika (mapy obiektu z naniesionymi kamerami), aby umożliwić pełną kontrolę wszystkich rejestratorów DVR/NVR w graficznym systemie kontroli obrazu określonym przez użytkownika. System; ten powinien zezwalać na import map w formacie standardowych obrazów systemu Windows, takich jak bmp, tiff, lub jpeg. Użytkownik powinien posiadać możliwość definiowania wyglądu oraz funkcji elementów graficznych (ikon), takich jak kamery, wejścia alarmowe oraz wyjścia przekątnikowe. System posiadać musi możliwość tworzenia i modyfikowania przez użytkownika poszczególnych elementów (ikon).

61) Połączenie oprogramowania konfiguracyjnego z jednostkami systemu powinno być możliwe lokalnie, jak również poprzez sieć (przy użyciu protokołu TCP/IP).

65) System powinien oferować możliwość definiowania stref prywatności wewnątrz obrazów, aby dostosować się do wymogów prawa i wymagań obiektów, w niezależny, dwojaki sposób:

- a) w źródle (obszar nie jest analizowany/nigdy niepokazywany/nigdy niezapisywany),
 - b) na poziomie klienta (obszar jest analizowany, lecz zakryty lub rozmazany w oknie podglądu; może być ujawniony przez osoby upoważnione). Ta opcja powinna również być dostępna jako maskowanie dynamiczne tylko poruszających się w kadrze obiektów.
- 68) Możliwe powinno być automatyczne tworzenie kopii zapasowych całości lub wybranej części materiału. System powinien zarządzać zapisanymi kopiami nagrań udostępniając co

najmniej opcje: dzielenie dużych plików na części przy ich tworzeniu, szyfrowanie tworzonych plików (hasło), limitowanie pasma zajmowanego przez proces backupu, autousuwanie najstarszych nagrań po zdefiniowanym czasie lub przekroczeniu wielkości

7

zdefiniowanej przestrzeni dyskowej.

69) System umożliwiać powinien tworzenie kopii fragmentów lub całości zarejestrowanego materiału. Konfiguracja tworzenia kopii zapasowych powinna pozwolić użytkownikowi wskazywać różne katalogi dla przechowywania kopii zapasowych na nośnikach magazynujących połączonych lokalnie lub poprzez sieć, dla różnych zdarzeń dotyczących tworzenia kopii zapasowych.

70) Tworzenie kopii zapasowych powinno być możliwe regularnie, we wcześniej określonych godzinach lub dniach jak również wywoływać je powinien dowolny alarm lub zdarzenie systemowe.

71) Powinna istnieć możliwość rozróżniania między kopiami zapasowymi nagrań ciągłych oraz alarmów lub zdarzeń, przy dodatkowym rozróżnianiu poziomu alarmu lub zdarzenia.

72) Zbiór parametrów opisujących tworzenie kopii zapasowej zależnie od przyczyn wywołujących tą kopię (opisanych w punkcie powyżej) umożliwia co najmniej zdefiniowanie docelowego katalogu, czasu archiwizacji oraz zachowania związanego z nadpisywaniem starych plików kopii zapasowych.

76) Powinna istnieć możliwość połączenia każdej metadanej zdarzenia z zapisanym obrazem pozwalająca na używanie tych danych jako kryterium dla dalszych wyszukiwania (np. połączenie czytnika kodów kreskowych powinno umożliwiać wprowadzanie danych w celu natychmiastowego odnalezienia odpowiadającego mu materiału.

81) System powinien udostępniać różne algorytmy detekcji ruchu zależnie od aplikacji. Powinno być możliwe użycie różnych algorytmów dla różnych kanałów video.

82) System powinien zawierać podstawową detekcję aktywności video, bezpłatnie.

83) Konfiguracja obszaru detekcji powinna być precyzyjna i łatwa, przeprowadzana poprzez rysowanie wielokątów wewnątrz obrazu (o dowolnej ilości kątów), gdzie każdy wielokąt powinien umożliwiać skonfigurowanie różnych wartości czułości oraz wywołania alarmu w zależności od kierunku poruszania się obiektu.

84) Możliwość zaimplementowania dodatkowo licencjonowanej lub objętej kosztami systemu funkcji detekcji ruch specjalizowanej dla zastosowań zewnętrznych (OAD).

85) Detekcja OAD powinna być dostępna dla każdej kamery i zawierać możliwość utworzenia na obrazie z kamery wirtualnego ogrodzenia z zachowaniem zasad perspektywy (pola bliżej kamery większe, pola dalej od kamery mniejsze), co umożliwi prawidłową detekcję obiektów niezależnie od ich oddalenia od punktu kamerowego pod kątem wielkości jak i prędkości poruszania się.

93) Klawiatura winna posiadać możliwość :

f) możliwość podłączenia do systemu poprzez sieć LAN. Ze względu na architekturę systemu port LAN jest wymaganiem koniecznym.

8

Odnosnie do przełączników - numeracja zgodnie z punktem 10 OPZ:

Przełącznik Typ A

3) Przydział sieci VLAN, ACL i parametrów QoS podczas uwierzytelniania.

4) Wsparcie dla profilowania urządzeń podłączających się do przełącznika.

5) Profil oznacza połączenie:

a. definicji sieci VLAN,

b. reguły filtrowania w warstwach L2-L4 dla IPv4 i IPv6

c. realizację zasad jakości usług w warstwach L2-L4 dla IPv4 i IPv6,

d. realizację zasad ograniczania prędkości dla IPv4 i IPv6 w warstwach L2-L4.

7) Obsługa funkcjonalności Kerberos snooping - przechwytywanie autoryzacji użytkowników z wykorzystaniem protokołu Kerberos.

Zarządzanie:

11) Obsługa skryptów CLI ze wsparciem funkcji TCL/Tk.

Przełącznik Typ B:

Bezpieczeństwo sieciowe:

3) Przydział sieci VLAN, ACL i parametrów QoS podczas uwierzytelniania.

Odwołujący wskazał, że informacja o powyższych czynnościach Zamawiającego została przekazana Odwołującemu w dniu 22 sierpnia 2017 r., tj. w dniu publikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Odwołanie zostało złożone w dniu 28 sierpnia 2017 r., a zatem z dochowaniem 5- dniowego terminu zawitego. W tym samym dniu kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- ☐ art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji, w konsekwencji czego sformułowano wymogi, które dyskryminują część wykonawców, w tym Odwołującego, a w sposób nieuzasadniony faworyzują innego wykonawcę,
- ☐ art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności zamawiającego w zakresie wprowadzenia wskazanych powyżej wymogów Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ).

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem

9

zachowanie Zamawiającego, polegające na wprowadzeniu w treści SIWZ wymogów, o których mowa w petitum niniejszego odwołania, narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji. Wyeliminowanie niezgodnego z prawem rozstrzygnięcia zamawiającego stworzy odwołującemu realne możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie,

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

I.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z zasadą uczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, że z uwagi na wielość wymogów OPZ, jakie Odwołujący kwestionuje, a które przywołał w petitum, niecelowe jest w tym miejscu ich powtarzanie. Przedmiotowe wymogi skutkują nierównym traktowaniem oferentów i naruszają zasadę uczciwej konkurencji. Wskazane przez Zamawiającego parametry:

- odnośnie do kamer spełniają tylko urządzenia producenta A.,
- odnośnie do systemu rejestracji spełniają tylko urządzenia producenta G.,
- odnośnie do przełączników spełniają tylko urządzenia producenta E. N. Dodatkowo, konieczność łącznego spełnienia warunków wskazanych w punkcie 5 29-30 OPZ wymusza na wykonawcy przedmiotu zamówienia łączne zastosowanie kamer A. i systemu rejestracji G. Hipotetyczna oferta oparta na kamerach A. i systemie rejestracji innego producenta nie będzie spełniała wymogów SIWZ.

Odwołujący wskazał, że analogicznie przedstawia się sytuacja z przełącznikami. Sytuacja jest tyleż kuriozalna, że Zamawiający posiada obecnie przełączniki firmy C. Co zrozumiałe, przełączniki te będą również eksploatowane w tej sieci.

We wcześniejszym postępowaniu dotyczącym rozbudowy systemu monitoringu na terenie Nowego i Starego Zoo w P., znak sprawy ST/271- 21/2017, Zamawiający - w ramach wyjaśnień treści SIWZ - stwierdził, że dostarczane przełączniki muszą być kompatybilne z tymi, które posiada, a następnie, przez wskazanie opisanych w petitum wymogów, wykluczył przełączniki C. i dopuścił tylko sprzęt E. N. Zachowanie to budzi uzasadnione wątpliwości z punktu widzenia naruszenia przez Zamawiającego dyscypliny finansów publicznych. Odwołujący wskazał w tym miejscu na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z dnia 27.10.2016

10

r. (sygn. akt: BDF1.4800.47.2016), w której to sprawie GKO stwierdziła naruszenie przez obwinionego kierownika jednostki dyscypliny finansów publicznych.

Dystrybutorem wskazanych powyżej producentów na terytorium RP jest A.(2) s.j. (...), który z kolei na stałe współpracuje z K. Sp. z o.o. Mając świadomość wymogów technologicznych Zamawiającego (rozpisanie przedmiotowego przetargu poprzedzał dialog technologiczny), ww. dystrybutor dokonał u producentów rezerwacji niezbędnego sprzętu. Skutkiem tych działań jest uzyskanie - na zasadach wyłączności - korzystniejszych warunków finansowych zamówienia. Beneficjentem udzielonych rabatów będzie wykonawca – K. Sp. z o.o., która może zaoferować przedmiot zamówienia na korzystniejszych warunkach niż jakikolwiek inny wykonawca. Jakiegokolwiek zapytanie ofertowe wystosowane na rynku w odniesieniu do wymaganej przez Zamawiającego technologii ww. producentów przez podmiot trzeci, skutkuje otrzymaniem propozycji opiewającej na ceny katalogowe, która siłą rzeczy nie jest konkurencyjna. Wynika to z polityki producentów, którzy dokonawszy rezerwacji, nie udzielają następnie porównywalnych rabatów. W konsekwencji, Odwołujący pozbawiony jest możliwości złożenia korzystnej dla Zamawiającego oferty.

II.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Opisane powyżej zachowanie Zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. Stanowi ono przejaw piętnowanych przez KIO zachowań. Odwołujący w tym miejscu cytuje fragment orzeczenia z dnia 12 sierpnia 2009 roku (KIO/UZP/984/09). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał wprost jedynej dopuszczalnej konfiguracji producentów, których urządzenia mogą być zastosowane celem realizacji zamówienia. Wykluczył przez to możliwość stosowania rozumianych w ten sposób rozwiązań równoważnych przez sformułowanie wymogów, podniesionych na wstępie odwołania. W razie złożenia przez wykonawcę oferty, przedmiotem badania Zamawiającego nie będzie to, czy dane rozwiązania spełniają wymóg równoważności, lecz w pierwszej kolejności, czy spełnione są przedmiotowe wymogi. Z uwagi na niemożność spełnienia ich przez wszystkich oferentów (w tym Odwołującego) mamy do czynienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, zachowanie Zamawiającego jest bezprawne i winno zostać unieważnione. Wskazuje Odwołujący, że jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 11 kwietnia 2008 r. (KIO/UZP/272/08) Zamawiający, wskazując na konkretny produkt i jednocześnie pomijając minimalne wymagania dotyczące oczekiwań w zakresie rozwiązania równoważnego, narusza art. 29 ust. 3 ustawy p.z.p., a tym samym i art.

11

29 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p., zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone w art. 7 ustawy p.z.p.

Odwołujący w tym miejscu przytacza ustalenia poczynione przez KIO w wyroku z dnia 6 grudnia 2010 r. (KIO/UZP/2550/10):

- 1. Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. W przedmiotowej sprawie naruszenie tej zasady jest tyleż jaskrawe, iż zakwestionowane przez Odwołującego czynności zamawiającego w sposób wyraźny wskazują osobę producentów, a pośrednio również dystrybutora przedmiotowych rozwiązań.*
- 2. Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia.*
- 3. Uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. W*

przedmiotowej sprawie Zamawiający zaprezentował zakwestionowane przez KIO rozumienie równoważności ofert.

4. *Brak jest w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych przepisu, który wprost nakładałby na zamawiającego obowiązek precyzowania wymogów, parametrów, odnoszących się do ofert, wskazywania dopuszczalnego zakresu równoważności określonych parametrów i ich minimalnych wielkości dla oceny równoważności oferowanych produktów, niemniej jednak wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności ofert należy uznać co najmniej za pożądane w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nadto przepisu art. 29 ust. 2 tej ustawy, zakazującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie sprecyzował takiego minimum, traktując równoważność ofert jako ich tożsamość, a zatem niezgodnie w sposób opisany w punkcie 3.*

5. *Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.*

12

Argumentację odwołującego potwierdza ponadto uchwała KIO z dnia 12.08.2016 r. (sygn. akt KIO/KD 49/16)

1. *Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) 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.*
2. *Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) 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).*
3. *Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zbyt rygorystyczne określenie do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione potrzebami wymagań co zamawiającego, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, dlaczego przedmiotowe wymogi są niezbędne z punktu widzenia jego potrzeb, w jaki sposób przekładają się na wartość użytkową, żywotność, możliwości rozbudowy systemu. Zgodnie z wiedzą odwołującego okoliczności tego rodzaju w sprawie nie zachodzą.*
4. *W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.*

Analogiczne stanowisko zajęła KIO w uchwale z dnia 6 maja 2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 29/16). *Naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) może mieć miejsce nie tylko bezpośrednio, ale także pośrednio, kiedy to szczegółowy opis parametrów wskazuje pośrednio na jeden konkretny produkt.*

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

13

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 sierpnia 2017 roku (poniedziałek) wobec czynności z dnia 21 sierpnia

2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- (dowód nr 1) kopia oświadczenia firmy R. B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w siedzibą w W., □
- (dowód nr 2) oświadczenie firmy H. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w siedzibą w W.

Zamawiający złożył pismo z dnia 11 września 2017 roku „Odpowiedź na odwołanie” wraz z załączonymi dokumentami oraz pismo z dnia 11 września 2017 roku „Pismo uszczegółowujące stanowisko Zamawiającego co do poszczególnych zarzutów” wraz z załącznikami - Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do wyżej wymienionych pism.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

14

zarzutów odnoszących się do przedmiotu zamówienia zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, a dotyczących:

- Kamera – pkt. 4, 13, 15, 19, 21, 23, 25, 27, 31,
- System rejestracji – pkt. 6, 24, 25, 26, 27, 30, 38, 48, 56, 58, 65, 71, 72, 76, 93,
- Przełącznik typu A – pkt. 3, 4, 5, 7, 11,
- Przełącznik typu B – 3.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania (uwzględnienie zarzutów odwołania w części) co podniósł w złożonym piśmie procesowym jak również oświadczył na posiedzeniu z udziałem stron postępowania. W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie zostało wniesione żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie wyżej wymienionych zarzutów odwołania, które zostały wprost uwzględnione przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy Odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Izba podkreśla, że informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy, w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę i stwierdzić należy, że katalog ten nie zawiera informacji dotyczącej możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W tym miejscu Izba odwołuje się do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, w której Sąd Najwyższy wskazał, że wadliwą jest praktyka Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały podniósł również, że Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw,

powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu. Nie można stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy pominąć w przypadku, gdy postępowanie zostaje umorzone w części z uwagi na uwzględnienie poszczególnych zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że takie stanowisko prezentowane jest w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w których w sentencji wyroku zamieszczane jest rozstrzygnięcie w zakresie częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Tym samym, zgodnie z argumentacją Sądu Najwyższego, w sentencji wyroku zawarte zostają wszystkie rozstrzygnięcia co do zarzutów odwołania.

15

Podkreślenie wymaga również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko to również nie jest odosobnione, czemu wraz dano np.: w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2016 r. o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2357/16, oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 17/17 i KIO 24/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 172/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2017 roku o sygn. akt KIO 888/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2017 roku o sygn. akt KIO 1187/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2017 roku o sygn. akt KIO 1246/17

II.

Izba poddała pod rozpoznanie odwołanie w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołania nie uwzględniła.

III.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 7 ust. 1 ustawy - *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.*

Art. 29 ust. 2 ustawy - *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

16

IV.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.*

Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych*

*przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...).*

17

Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.

Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. wzw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

V.

W zakresie zarzutów odwołania:

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała za niezasadny.

Izba na wstępie wskazuje, że określone przez ustawodawcę w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Izba podkreśla również, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, czasu w jakim Zamawiający udziela zamówienia. Niewątpliwie, co również należy podkreślić, Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb Zamawiającego. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że

18

zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(...) Obowiązkiem Zamawiającego jest, w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Podkreślić jednakże należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy. Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione

wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (...) Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., sygn. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym " (...) Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. Konkludując powyższe Izba wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1107/15, KIO 1114/15, w którym Izba wskazała, że właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, że: po pierwsze, argumentacja Odwołującego przedstawiona w tej sprawie zawarta w odwołaniu i przedstawiona na rozprawie jest ogólna, nieskonkretyzowana, lakoniczna i nie odnosząca się do żadnych szczegółów czy też argumentów faktycznych, które stanowiłyby uzasadnienie faktyczne podniesionych naruszeń przepisów prawa. Izba wskazuje, że w odwołaniu brak jest wskazania jakiegokolwiek faktycznej argumentacji, poza podanym twierdzeniem Odwołującego, że ukształtowane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) postanowienia opisu przedmiotu zamówienia wskazują na danego producenta i dystrybutora, brak jest próby wykazania przez Odwołującego naruszenia zasady konkurencji. Odwołujący nie starała się nawet wykazać, że ukształtowane przez Zamawiającego postanowienia SIWZ faktycznie wskazują na rozwiązanie konkretnego producenta i odnoszą się do konkretnego produktu oraz wykluczają możliwość zaoferowania innych rozwiązań. W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że prowadzony był dialog techniczny poprzedzający przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast Odwołujący wskazał, że „trakcie dialogu technicznego proponował rozwiązanie G.(2), jak również i inne.” Odwołujący w trakcie rozprawy wskazał również, że rozwiązanie G.(2) jest systemem otwartym, a właśnie taki system zgodnie

20

z wyjaśnieniami Zamawiającego chce on zakupić, również z uwagi na to, że musi być on kompatybilny z urządzeniami pracującymi w ZOO. Odwołujący w trakcie rozprawy wskazał, że w tym konkretnym zestawieniu parametrów, które określił Zamawiający pojedyncze punkty wykluczają możliwość zastosowania różnych systemów, w tym G.(2) – w ocenie Izby znamienne jest to, że Odwołujący nie wskazał tych pojedynczych punktów, nie podał ich, nawet nie starała się ich wskazać będąc o to pytany w trakcie rozprawy. Podkreślenia wymaga również w tym miejscu, że Zamawiający uwzględniając odwołanie w części wykreślił sporą część postanowień zawartych w opisie przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem określonym przez Odwołującego. Odwołujący podtrzymując swoje stanowisko i wniosek o wykreślenie zawarty w odwołaniu nie wykazał, nawet nie podjął próby wskazania, tych postanowień opisu przedmiotu zamówienia, które kwestionował, a które pozostały po częściowym uwzględnieniu odwołania przez Zamawiającego – co należy zaznaczyć, pojedynczych punktów, które uniemożliwiały zaoferowanie innych rozwiązań technicznych niż te, na które wskazał Odwołujący w odwołaniu. Tymczasem Zamawiający wykazał, że sprzęt, który zamierza zakupić w tym postępowaniu musi być kompatybilny z urządzeniami jakie posiada ZOO, a elementy, które nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione i w konsekwencji nie zostały wykreślone z opisu przedmiotu zamówienia muszą zostać, aby system i pracujące w nim urządzenia spełniły swoje zadania – tj. eliminować zagrożenia, pochodzące od zwiedzających dla zwierząt, jak również te od zwierząt dla zwiedzających oraz zagrożenia wynikające z kontaktu zwierzęta/zwierzęta. Zamawiający wskazał również, że gdyby wykreślić wszystkie postanowienia opisu przedmiotu zamówienia wskazane przez Odwołującego, to postępowanie w tym przedmiocie byłoby niezasadne, bowiem w zasadzie nie byłoby opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający w przedstawionym piśmie oraz załączonych dokumentach wykazał konieczność pozyskania rozwiązań jakie opisał w kwestionowanych przez Odwołującego punktach opisu przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że Odwołujący żądał w odwołaniu wykreślenia kwestionowanych postanowień, w czasie rozprawy wskazał, że w zasadzie chodziło o zmodyfikowanie kwestionowanych postanowień – czym w ocenie Izby przyznał, że określone w kwestionowanych pozycjach opisu przedmiotu zamówienia wymagania są ważne i istotne z punktu widzenia funkcjonowania i istnienia systemu. Jednakże mimo takiego wskazania dotyczącego modyfikacji Odwołujący nie podał w jaki sposób Zamawiający miałby zmodyfikować kwestionowane punkty opisu przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że w przypadku zarzutów odwołania odnoszących się do postanowień SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący żąda modyfikacji postanowień zawartych w opisie przedmiotu zamówienia niezbędnym i koniecznym jest podanie brzmienia tych modyfikacji oraz uzasadnienie konieczności ich wprowadzenia – w przeciwnym razie, czyli

21

tak jak w rozpoznawanej sprawie, brak podania treści jakie miałyby zostać wprowadzone

do postanowień opisu przedmiotu zamówienia w zasadzie uniemożliwia dokonanie takiej modyfikacji. Odwołujący rozszerzając w trakcie rozprawy wnioski o dokonanie modyfikacji kwestionowanych postanowień nie wskazał w jaki sposób owe modyfikacje miałyby wyglądać, nie podał Odwołujący żadnych proponowanych postanowień. Podkreślić należy, że w trakcie rozprawy Zamawiający wskazywał, że Odwołujący mógł wystąpić o zmianę kwestionowanych postanowień, np.: w postaci zastąpienia istniejących postanowień innymi rozwiązaniami, dającymi ten sam efekt, a nie wykreślenie istotnych dla Zamawiającego elementów. Zamawiający uzasadnił takie stanowisko tym, że nikt – ani Zamawiający, ani Odwołujący – nie znają wszystkich istniejących systemów.

W ocenie Izby znamienianym również w tej sprawie jest fakt, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazywał na jednego dystrybutora oraz firmę z nim współpracującą, natomiast w trakcie rozprawy przyznał, co wykazywał Zamawiający, że na terenie Polski jest jeszcze co najmniej jeden dystrybutor produktów marki G. Tym samym działanie Odwołującego w zakresie wykazywania dystrybutorów marki jest co najmniej zaskakujące, bowiem aż trudno uznać, że podmiot profesjonalnie zajmujących się daną działalnością - a za taki niewątpliwie uważa się Odwołujący – nie ma wiedzy na temat dystrybutorów danej marki produktów, które stanowią rynek pozostających w zainteresowaniach Odwołującego. Podkreślić należy również, że dane te można było w bardzo łatwy sposób pozyskać z Internetu, co też Zamawiający poczynił. W ocenie Izby potwierdza to również, w powiązaniu z brakiem jakiegokolwiek faktycznej argumentacji oraz propozycji modyfikacji postanowień opisu przedmiotu zamówienia brak faktycznego, jednoznacznego stanowiska w tej sprawie po stronie Odwołującego. Odwołujący podniósł w odwołaniu i wykazał tym samym, że każdy wykonawca może nabyć system rejestracji i kamery od firmy A.(2) spółka jawna, tylko że każdy podmiot gospodarczy uzyska inne warunki finansowe z uwagi na to, że jednej z podmiotów dokonał rezerwacji niezbędnego sprzętu. Izba wskazuje w tym miejscu, że: po pierwsze, wykonawca sam wskazał, że może uzyskać system, sprzęt jaki w jego ocenie opisał Zamawiający (a czego Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił w trakcie rozprawy). Po drugie, Izba podkreśla, że Odwołujący w sposób nieuprawniony stara się przerzucić na Zamawiającego odpowiedzialność za coś, co nie leży w jego gestii, a mianowicie kontakty gospodarcze poszczególnych firm z dystrybutorami. Izba podkreśla, że fakt, że wykonawca może złożyć ofertę w postępowaniu (tak twierdził Odwołujący) ale nie opłaca się to Odwołującemu z uwagi na to, że nie posiada specjalnych warunków finansowych u dystrybutora sprzętu, nie stanowi o tym, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy.

22

W zakresie argumentacji jaka pojawia się w uzasadnieniu odwołania, a odnosi się do rozwiązań równoważnych, których nie dopuścił Zamawiający z uwagi na to – jak wskazał Odwołujący – że nie wskazał wprost jednej dopuszczalnej konfiguracji producentów, Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, nie uprawdopodobnił nawet nie podjął żadnej argumentacji, działania, dowodzenia, że opisany przez Zamawiającego sprzęt i system rejestracji to ten jakie wskazuje w odwołaniu. Jednocześnie Izba podkreśla, że ukształtowane przez Odwołującego wnioski tj. w odwołaniu wykreślenie kwestionowanych pozycji oraz wnioski na rozprawie opisu przedmiotu zamówienia rozszerzone o zmodyfikowanie postanowień opisu przedmiotu zamówienia nie korelują w żaden sposób z argumentacją odnoszącą się do rozwiązań równoważnych. Pomijając fakt, że Odwołujący nie uprawdopodobnił tego naruszenia, to również nie wnosil o dopuszczenie w postępowaniu rozwiązań równoważnych oraz nie wskazał na czym owa równoważność w poszczególnych wymaganiach opisu przedmiotu zamówienia miałyby polegać w taki sposób, aby system rejestracji oraz sprzęty w nim działające spełniały wymagania i potrzeby Zamawiającego.

W podsumowaniu Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał aby Zamawiający naruszył w postępowaniu art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 22 ust. 2 ustawy. Izba podkreśla, że fakt posiadania czy też dostępności przez danego wykonawcę danego produktu nie stanowi o tym, że dany Zamawiający ma nabyć ten produkt tylko dlatego, że wykonawca go posiada i chce mu go sprzedać. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów, jednocześnie

dokonując tego z uwzględnieniem racjonalnego planowania dokonywanych wydatków zarówno pod względem finansowym jak i użytkowym, co w rozpoznawanej sprawie przebiegało z argumentacji Zamawiającego wskazującej na specyfikę Zamawiającego jak również fakt rozlokowania ZOO w dwóch lokalizacjach w mieście. Zamawiający ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone standardy przez wskazanie parametrów i może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie zbudował wniosków o modyfikację, nie wykazał, że Zamawiający ograniczył konkurencję bo mógł nabyć system rejestracji i sprzęty do niego niezbędne na określonych warunkach finansowych, które nie są zależne od Zamawiającego, a co najistotniejsze Odwołujący nie wykazał, że opisany przez Zamawiającego system i sprzęt można dostarczyć tylko w jednej konfiguracji sprzętowo systemowej wskazanej w odwołaniu. Nie sposób tym samym uznać, aby Zamawiający ograniczał konkurencję w postępowaniu.

23

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 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.).

Przewodniczący:.....

24