Sygn. akt KIO 2282/23

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Web-profit M. K., w postępowaniu prowadzonym przez Gminę i Miasto Lwówek Śląski

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Web-profit M. K., i:

–zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawcę M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Web-profit M. K., tytułem wpisu od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego zamawiającego Gminy i Miasta Lwówek Śląski poniesione z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych),

–zasądza od M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Web-profit M. K.,na rzecz Gminy i Miasta Lwówek Śląski kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2282/23

UZASADNIENIE

W dniu 2 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy M. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Web-profit M. K.,(dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pod nazwą „Dostawa sprzętu IT, doposażenie serwerowni i zakup oprogramowania do zarządzania infrastrukturą IT wraz z przeszkoleniem pracowników (...) – postępowanie II” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez Gminę i Miasto Lwówek Śląsk (dalej jako „Zamawiający”) wobec „treści ogłoszenia o zamówieniu i warunków zamówienia wynikających ze specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ) i opisu przedmiotu zamówienia (dalej OPZ)”.

Odwołujący zarzucił „naruszenie art. 16 ust. 1 Ustawy PZP poprzez naruszenie zasady równego traktowania oferentów i zachowania uczciwej konkurencji, w związku ze wskazanymi niżej przepisami Ustawy: 1) art. 99 ust. 2 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jego wartości i celów; 2) art. 99 ust. 4 Ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję poprzez ustalenie parametrów zamawianego produktu wskazującego konkretnego producenta, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”, wnosząc o „uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków zamówienia, w sposób opisany w treści pkt. III uzasadnienia”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 28 lipca 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00331690/01.

Zestawienie parametrów technicznych oferowanego sprzętu IT i oprogramowania, stanowiące załącznik nr 1a do specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) miało treść:

1.w punkcie 5. System do zarządzania infrastrukturą IT w siedzibie Zamawiającego – 70 licencji w wierszu oznaczonym

l.p. 17:

a.w kolumnie „Parametr” - „Wdrożenie”,

b.w kolumnie „Wymagania minimalne” - „1. Wdrożenie realizowane jest bezpośrednio przez wykwalifikowane wsparcie Producenta oprogramowania, 2. Wdrożenie realizowane jest w formie zdalnej, 3. Komunikacja musi odbywać się w języku polskim, 4. Wdrożenie obejmuje pełną konfigurację wszystkich modułów niezbędnych do uruchomienia systemu , 5. Wdrożenie zakończone jest szkoleniem z obsługi oprogramowania zakończone certyfikatem dla administratora systemu wystawionym bezpośrednio przez producenta oprogramowania Wykonawca przedłoży do oferty dokument poświadczony przez Producenta o przeprowadzeniu wdrożenia przez osoby posiadające autoryzacje Producenta.”,

c.w kolumnie „Oferowane parametry” – „(…) Zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów: Dokument poświadczony przez Producenta o przeprowadzeniu wdrożenia przez osoby posiadające autoryzację Producenta”,

2.w punkcie 7. Sprzętowy firewall typu UTM – 1 szt. w wierszu oznaczonym l.p.15:

a.w kolumnie „Nazwa komponentu” – „Rozszerzone wsparcie serwisowe”,

b.w kolumnie „Wymagane parametry techniczne” – „Dostarczone rozwiązanie musi być objęte rozszerzonym wsparciem technicznym gwarantującym w przypadku awarii wymianę sprzętu w ciągu 8 godzin od momentu potwierdzenia zasadności zgłoszenia, realizowanym przez producenta rozwiązania lub autoryzowanego dystrybutora przez okres wymaganej gwarancji. Do zamawianego sprzętu Wykonawca zapewni usługę wsparcia technicznego świadczoną przez producenta lub Autoryzowanego Partnera Serwisowego Producenta świadczona w języku polskim w zakresie • wsparcie telefoniczne zespołu certyfikowanych inżynierów • pomoc w prawidłowej i zgodnej z wymaganiami producenta rejestracji produktu • doradztwo w zakresie konfiguracji • zdalne wsparcie techniczne”, • pomoc w zakładaniu zgłoszeń serwisowych u producenta • pomoc w procesie realizacji naprawy i wymiany w ramach gwarancji producenta (również za granicą) • przygotowanie urządzenia do zdalnej konfiguracji • zdalna konfiguracja urządzenia (połączenia szyfrowane) zgodnie z wymaganiami użytkownika • minimum 10 zdalnych rekonfiguracja urządzenia w związku ze zmianą środowiska lub wymagań użytkownika Dla zapewnienia wysokiego poziomu usług podmiot serwisujący musi posiadać certyfikat ISO 9001 w zakresie świadczenia usług serwisowych. Zgłoszenia serwisowe będą przyjmowane w języku polskim w trybie 24x7 przez dedykowany serwisowy moduł internetowy oraz infolinię w języku polskim 24x7. Czas reakcji winien być nie dłuższy niż 1 godzina – reakcja w postaci połączenia telefonicznego lub odpowiedzi w portalu serwisowym. Do oferty należy załączyć dokument wystawiony przez Producenta lub Autoryzowanego Dystrybutora potwierdzający gotowość świadczenia usługi serwisu wraz z certyfikatem ISO 9001”,

c.w kolumnie „Oferowane parametry techniczne” – „(…) Zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów: Dokument potwierdzający gotowość świadczenia wsparcia technicznego w języku polskim na rzecz Zamawiającego i wymaganego serwisu (zawierające: adres strony internetowej serwisu i numer infolinii telefonicznej Certyfikat ISO 9001 podmiotu serwisującego”,

3.w punkcie 9. Serwer wraz z oprogramowaniem – 2 szt. w wierszu oznaczonym l.p. 19:

a.w kolumnie „Parametr” – „Warunki gwarancji”,

b.w kolumnie „Charakterystyka (wymagania minimalne)” – „Minimum 12 m-cy realizowanej w miejscu instalacji sprzętu, z czasem reakcji do następnego dnia roboczego od przyjęcia zgłoszenia, możliwość zgłaszania awarii poprzez ogólnopolską linię telefoniczną producenta. Firma serwisująca musi posiadać ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzacje producenta urządzeń – dokumenty potwierdzające należy załączyć do oferty.”,

c.w kolumnie „Parametr oferowany” – „(…) Zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów: Certyfikat ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych Dokument potwierdzający, że Serwis urządzeń będzie realizowany bezpośrednio przez Producenta i/lub we współpracy z Autoryzowanym Partnerem Serwisowym Producenta”,

4.w punkcie 9. Serwer wraz z oprogramowaniem – 2 szt. w wierszu oznaczonym l.p. 21:

a.w kolumnie „Parametr” – „Płyta główna”,

b.w kolumnie „Charakterystyka (wymagania minimalne)” – „Płyta główna musi być zaprojektowana przez Producenta serwera i oznaczona jego logiem firmowym.”,

c.w kolumnie „Parametr oferowany” – „Spełnia Tak*/Nie*”,

5.w punkcie 11. Stacja robocza typu laptop dedykowana do administrowania oprogramowaniem do zarządzania infrastrukturą IT – 1 szt. w wierszu oznaczonym l.p. 26:

a.w kolumnie „Nazwa komponentu” – „Gwarancja”,

b.w kolumnie „Wymagane minimalne parametry techniczne komputerów” – „Minimalny czas trwania wsparcia technicznego producenta wynosi 3 lata – podjęcie próby naprawy na następny dzień roboczy. Firma serwisująca musi posiadać ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzacje producenta urządzeń –

dokumenty potwierdzające należy załączyć do oferty. Wymagane dołączenie do oferty oświadczenia Producenta potwierdzając, że Serwis urządzeń będzie realizowany bezpośrednio przez Producenta i/lub we współpracy z Autoryzowanym Partnerem Serwisowym Producenta.",

c.w kolumnie „Parametry" – „(…) Zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów: Certyfikat ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych Dokument potwierdzony przez Producenta, że Serwis urządzeń będzie realizowany bezpośrednio przez Producenta i/lub we współpracy z Autoryzowanym Partnerem Serwisowym Producenta".

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy", Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 17 sierpnia 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 pkt 1) Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców". Art. 99 ust. 2 Pzp stanowi, że „Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.". Stosownie zaś do art. 99 ust. 4 Pzp, „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności 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".

Zarzut przedstawiony w odwołaniu nie był uzasadniony w zakresie art. 16 pkt 1) w związku z art. 99 ust. 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę treść odwołania należało przyjąć, że wymienione w nim postanowienia załącznika nr 1a do SWZ zdaniem Odwołującego naruszały ww. przepisy, gdyż naruszały zasadę równego traktowania oferentów i zachowania uczciwej konkurencji oraz opisywały „przedmiot zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jego wartości i celów".

Wymaga wskazania, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W konsekwencji wydając wyrok Izba orzekała wyłącznie w granicach tych okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przepisów ustawy w związku z treścią dokumentów zamówienia, które zostały przedstawione w odwołaniu, a przedstawione na rozprawie twierdzenia Odwołującego wykraczające poza przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z treścią dokumentów zamówienia, w szczególności dotyczące braku możliwości uzyskania określonych dokumentów na etapie składania ofert w Postępowaniu, nie mogły być brane pod uwagę. Izba nie mogła tym samym uzupełniać okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych w odwołaniu o okoliczności, które uzasadniałyby twierdzenia zawarte w odwołaniu, w sytuacjach, gdy Odwołujący ograniczył się do samego przedstawienia twierdzenia.

W zakresie, w jakim przedstawiony w odwołaniu zarzut dotyczył zawartego w postanowieniu określonym w załączniku nr 1a do SWZ punkt 5. System do zarządzania infrastrukturą IT w siedzibie Zamawiającego – 70 licencji wiersz oznaczony l.p. 17, sformułowania „Zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów: Dokument poświadczony przez Producenta o przeprowadzeniu wdrożenia przez osoby posiadające autoryzację Producenta", stwierdzić należy, że jest oczywiste, że sformułowanie to uniemożliwia złożenie w Postępowaniu niepodlegającej odrzuceniu oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie dołączyć do oferty „dokumentu poświadczonego przez Producenta o przeprowadzeniu wdrożenia przez osoby posiadające autoryzację Producenta". Nie oznacza to jednak, że doszło do naruszenia ww. przepisów, gdyż w ocenie Izby nie sposób uznać, że ww. postanowienie narusza „zasady równego traktowania oferentów i zachowania uczciwej konkurencji", jeżeli dołączenie do oferty takiego dokumentu jest możliwe przez wielu wykonawców. W odwołaniu nie powoływano się zaś, aby nie było to możliwe, ani nawet, aby sam

Odwołujący nie był w stanie dołączyć do oferty takiego dokumentu.

W odwołaniu ograniczono się nie ponadto do twierdzenia, że sfomułowanie to jest nieproporcjonalne do „przedmiotu zamówienia, jego wartości i celów", nie wskazując przy tym, z czego wynika rzeczona nieproporcjonalność, a tym bardziej jakie są wartości i cele Postępowania, do których odwołuje się Odwołujący.

Wobec powyższego brak było podstaw do przyjęcia, że ww. postanowienie narusza obowiązek prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców czy opisuje przedmiot zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jego wartości i celów, a więc narusza art. 16 pkt 1) bądź art. 99 ust. 2 Pzp.

W zakresie, w jakim przedstawiony w odwołaniu zarzut dotyczył postanowienia zawartego w załączniku nr 1a do SWZ punkt 7. Sprzętowy firewall typu UTM – 1 szt. wiersz oznaczony l.p. 15 w kolumnie „Wymagane parametry techniczne", jak wynika z oświadczenia złożonego przez Odwołującego w trakcie rozprawy, w istocie kwestionuje on zgodność z przepisami Pzp ostatniego zdania tego postanowienia – „Do oferty należy załączyć dokument wystawiony przez Producenta lub Autoryzowanego Dystrybutora potwierdzający gotowość świadczenia usługi serwisu wraz z certyfikatem ISO 9001".

Brak było uzasadnienia dla uznania, że powyższy fragment ww. postanowienia „utrudnia dostęp do zamówienia" wykonawcom, którzy „nie są Producentem urządzenia" bądź „Autoryzowanym partnerem serwisowym producenta" – z jego treści nie wynika wprost, aby wykonawca musiał być „Producentem urządzenia" albo „Autoryzowanym partnerem serwisowym producenta", a w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wyciągnięcie takiego wniosku.

Odwołujący podnosił ponadto, że ww. postanowienie utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy „nie otrzymają dokumentu wystawionego przez Producenta lub Autoryzowanego dystrybutora potwierdzającego gotowość do świadczenia usługi serwisu, mimo tego że są w stanie taką gotowość spełnić, ponieważ w praktyce producent decyduje o przyznaniu takiego dokumentu i to w praktryce tylko 1 wybranemu partnerowi, co rażąco narusza uczciwą konkurencję".

Należy wskazać, że - jak Izba wskazywała wielokrotnie w wydanych wyrokach – z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, zgodnie z którym „ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne", oraz art. 534 ust. 1 Pzp, stanowiącym, iż „strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne", wynika, że obowiązkiem strony, która powołuje się na fakt, powodujący powstanie określonych skutków prawnych, jest wykazanie tego faktu oraz wskazanie dowodów dla jego wykazania.

Aczkolwiek nie ulega wątpliwości, że wykonawca, który nie będzie dysponował „dokumentem wystawionym przez Producenta lub Autoryzowanego Dystrybutora potwierdzający gotowość świadczenia usługi serwisu" nie będzie mógł skutecznie złożyć w Postępowaniu niepodlegającej odrzuceniu oferty, to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że wykonawca nie otrzyma (czy może nie otrzymać) takiego dokumentu, mimo że jest w stanie spełnić „gotowość do świadczenia usługi serwisu", „ponieważ w praktyce producent decyduje o przyznaniu takiego dokumentu i to w praktryce tylko 1 wybranemu partnerowi". Odwołujący nie wykazał ani nawet nie wskazał dowodów dla wykazania powyższego czy choćby tego, że on sam nie może otrzymać rzeczonego dokumentu.

Odwołanie nie zostało przy tym wniesione na postanowienie zawarte w załączniku nr 1a do SWZ punkt 7. Sprzętowy firewall typu UTM – 1 szt. wiersz oznaczony l.p. 15 w kolumnie Oferowane parametry techniczne", z którego wynika obowiązek „dołączenia do oferty dokumentów: Dokument potwierdzający gotowość świadczenia wsparcia technicznego w języku polskim na rzecz Zamawiającego i wymaganego serwisu (zawierające: adres strony internetowej serwisu i numer infolinii telefonicznej Certyfikat ISO 9001 podmiotu serwisującego", wskutek czego bez względu na sposób rozstrzygnięcia odwołania w zakresie postanowienia zawartego w załączniku nr 1a do SWZ punkt 7. Sprzętowy firewall typu UTM – 1 szt. wiersz oznaczony l.p. 15 w kolumnie „Wymagane parametry techniczne", wykonawca zobowiązany będzie załączyć do oferty dokument „potwierdzający gotowość świadczenia wsparcia technicznego w języku polskim na rzecz Zamawiającego i wymaganego serwisu" oraz „certyfikat ISO 9001 podmiotu serwisującego"

Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, dlaczego „utrudnia dostęp do zamówienia" postanowienie zawarte w załączniku nr 1a do SWZ punkt 7. Sprzętowy firewall typu UTM – 1 szt. wiersz oznaczony l.p. 15 w kolumnie „Wymagane parametry techniczne" w części obejmującej fragmenty „Do zamawianego sprzętu Wykonawca zapewni usługę wsparcia technicznego świadczoną przez producenta lub Autoryzowanego Partnera Serwisowego Producenta świadczona w języku polskim w zakresie • wsparcie telefoniczne zespołu certyfikowanych inżynierów • pomoc w prawidłowej i zgodnej z wymaganiami producenta rejestracji produktu • doradztwo w zakresie konfiguracji • zdalne wsparcie techniczne", • pomoc w zakładaniu zgłoszeń serwisowych u producenta • pomoc w procesie realizacji naprawy i wymiany w ramach gwarancji producenta (również za granicą) • przygotowanie urządzenia do zdalnej konfiguracji • zdalna konfiguracja urządzenia (połączenia szyfrowane) zgodnie z wymaganiami użytkownika • minimum 10 zdalnych

rekonfiguracja urządzenia w związku ze zmianą środowiska lub wymagań użytkownika Dla zapewnienia wysokiego poziomu usług podmiot serwisujący musi posiadać certyfikat ISO 9001 w zakresie świadczenia usług serwisowych. Zgłoszenia serwisowe będą przyjmowane w języku polskim w trybie 24x7 przez dedykowany serwisowy moduł internetowy oraz infolinię w języku polskim 24x7. Czas reakcji winien być nie dłuższy niż 1 godzina – reakcja w postaci połączenia telefonicznego lub odpowiedzi w portalu serwisowym.”.

Należy stwierdzić, że - jak wielokrotnie wskazywała Izba w swych orzeczeniach - prawem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby jego realizacja zaspokoiła jego uzasadnione potrzeby, nawet jeśli w jakiś sposób określone wymagania mogłyby ograniczać konkurencję, a przedstawienie dowodów podważających twierdzenia zamawiającego w tym zakresie jest obowiązkiem wykonawcy, który wnosi odwołanie, zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2021 r. wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 71/21).

Zamawiający podnosił, że „nie tylko oczekuje dostawy sprzętu ale także usług serwisowych i wsparcia posprzedażowego. Przy systemach związanych z bezpieczeństwem, a tu mamy do czynienia z takim, nie można tylko kupić „czarne pudełko”. Dodatkowo sprzęt brzegowy powinien być najwyższej jakości i spełniać najwyższe standardy stąd wymóg certyfikatu ISO 9001. Jest wielu dostawców sprzętu tego typu wraz z usługami wsparcia i serwisu. Zapis ten w niczym nie narusza zasad uczciwej konkurencji. Dostawcy/oferenci mogą zaoferować takie usługi jako dodatkowe odpłatne bezpośrednio u producenta sprzętu/systemu.”, a Odwołujący twierdzeń tych nie tylko nie kwestionował ani nie wskazywał dowodów je podważających, ale w trakcie rozprawy oświadczył, że się z nimi zgadza.

Biorąc pod uwagę ponadto, że art. 16 pkt 1) i art. 99 Pzp nie zobowiązują zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie ofert wszystkim wykonawcom na rynku (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2022 r. wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 2474/22), w tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła, aby postanowienie zawarte w załączniku nr 1a do SWZ punkt 7. Sprzętowy firewall typu UTM – 1 szt. wiersz oznaczony l.p. 15 w kolumnie „Wymagane parametry techniczne” naruszało art. 16 pkt 1) bądź art. 99 ust. 2 Pzp.

W zakresie, w jakim przedstawiony w odwołaniu zarzut dotyczył postanowienia zawartego w załączniku nr 1a do SWZ punkt 9. Serwer wraz z oprogramowaniem – 2 szt. wiersz oznaczony l.p. 19 w kolumnie „Charakterystyka (wymagania minimalne)” należy uznać za okoliczność nie budzącą wątpliwości, że w zakresie, w jakim określono w nim, iż „Firma serwisująca musi posiadać ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzacje producenta urządzeń – dokumenty potwierdzające należy załączyć do oferty.” postanowienie to uniemożliwia złożenie w Postępowaniu niepodlegającej odrzuceniu oferty wykonawcom, którzy nie są w stanie uzyskać dokumentu potwierdzającego autoryzację Producenta urządzeń.

Zważywszy, że zamawiający podnosił, iż „Serwery, podobnie jak systemy bezpieczeństwa stanowią kluczową i wrażliwą część infrastruktury IT w firmie/organizacji i bardzo ważnym czynnikiem na stabilne i bezawaryjne działanie są także usługi serwisu i wsparcia. Prawie wszyscy producenci rozwiązań serwerowy świadczą usługi szkoleń i autoryzacji dla dystrybutorów swojego sprzętu, co gwarantuje, że dostarczony sprzęt będzie prawidłowo serwisowany i a dane i sprzęt Klienta końcowego niezagrożone. Potwierdzenie autoryzacji producenta gwarantuje Zamawiającemu, iż dostawca i dostarczony sprzęt spełnia wszystkie wymogi funkcjonalne i będzie prawidłowo serwisowany.”, a Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że się z nimi zgadza. Biorąc ponadto pod uwagę, że w odwołaniu nie wskazano, aby złożenie wraz z ofertą dokumentów potwierdzających „posiadanie ISO 9001:2008 na świadczenie usług serwisowych” oraz „autoryzacji producenta urządzeń” było niemożliwe czy choćby znacznie utrudnione, w szczególności przez samego Odwołującego, przedstawione powyżej rozważania dotyczące dopuszczalności opisania przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby jego realizacja zaspokoiła uzasadnione potrzeby Zamawiającego, nawet jeśli w jakiś sposób określone wymagania mogłyby ograniczać konkurencję, oraz że z treści odwołania nie wynika, aby obejmowało ono postanowienie zawarte w załączniku nr 1a do SWZ punkt 9. Serwer wraz z oprogramowaniem – 2 szt. wiersz oznaczony l.p. 19 w kolumnie „Parametr oferowany”, z którego wynika obowiązek dołączenia do oferty certyfikatu ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych oraz dokumentu potwierdzającego, że „Serwis urządzeń będzie realizowany bezpośrednio przez Producenta i/lub we współpracy z Autoryzowanym Partnerem Serwisowym Producenta”, Izba uznała, że ww. postanowienie nie „utrudnia dostępu do zamówienia” w sposób naruszający art. 16 pkt 1) lub art. 99 ust. 2 Pzp.

W zakresie, w jakim przedstawiony w odwołaniu zarzut dotyczył postanowienia zawartego w załączniku nr 1a do SWZ punkt 9. Serwer wraz z oprogramowaniem – 2 szt. wiersz oznaczony l.p. 21 w kolumnie „Charakterystyka (wymagania minimalne)”, jako okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z treścią dokumentów zamówienia w odwołaniu przedstawiono, że wymóg, aby płyta główna musiała być zaprojektowana przez Producenta serwera i oznaczona jego logiem firmowym utrudnia dostęp do zamówienia wykonawcom, „a także wprost narusza Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące udzielania zamówień publicznych na dostawę zestaów komputerowych, gdzie taki zapis jest wymieniony jako niedozwolony”.

O naruszeniu art. 16 pkt 1) lub art. 99 ust. 2 Pzp nie świadczy niezgodność ww. postanowienia z treścią dokumentu „Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych", gdyż dokument ten nie jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego, a jego treść nie zawiera nakazów bądź zakazów, zgodnie z którymi Zamawiający zobowiązany byłby postępować.

W odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających twierdzenie, że ww. wymóg „utrudnia dostęp do rynku", w szczególności Odwołujący nie twierdził, aby uniemożliwiał bądź utrudniał mu on złożenie oferty w Postępowaniu.

Wobec powyższego brak było podstaw do stwierdzenia, że ww. postanowienie narusza art. 16 pkt 1) lub art. 99 ust. 2 Pzp.

W zakresie, w jakim przedstawiony w odwołaniu zarzut dotyczył postanowień zawartych w załączniku nr 1a do SWZ punkt 11. Stacja robocza typu laptop dedykowana do administrowania oprogramowaniem do zarządzania infrastrukturą IT – 1 szt. wiersz oznaczony l.p. 26 w kolumnach „Wymagane minimalne parametry techniczne komputerów" oraz „Parametry" należy stwierdzić, że jak wynika z oświadczenia złożonego przez Odwołującego w trakcie rozprawy, w zakresie postanowienia zawartego w kolumnie „Wymagane minimalne parametry techniczne komputerów" w istocie kwestionuje on jego zgodność z przepisami Pzp w zakresie, w jakim określono w nim, że „Firma serwisująca musi posiadać ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzacje producenta urządzeń – dokumenty potwierdzające należy załączyć do oferty. Wymagane dołączenie do oferty oświadczenia Producenta potwierdzając, że Serwis urządzeń będzie realizowany bezpośrednio przez Producenta i/lub we współpracy z Autoryzowanym Partnerem Serwisowym Producenta.".

Brak było uzasadnienia dla przyjęcia, że powyższy fragment tego postanowienia czy ww. postanowienie zawarte w kolumnie „Parametry" „utrudnia dostęp do zamówienia" wykonawcom, którzy „nie są Producentem urządzenia" bądź „Autoryzowanym partnerem serwisowym producenta" – z ich treści nie wynika wprost, aby wykonawca musiał być „Producentem urządzenia" albo „Autoryzowanym partnerem serwisowym producenta", a w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wyciągnięcie takiego wniosku.

Odwołujący podnosił ponadto, że postanowienia te utrudniają dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy „nie otrzymają dokumentu wystawionego przez Producenta potwierdzającego, że serwis będzie realizowany bezpośrednio przez Producenta i/lub Autoryzowanego Partnera Serwisowego Producenta, mimo że są w stanie taki serwis zrealizować, ponieważ w praktyce producent decyduje o przyznaniu takiego dokumentu i to tylko 1 wybranemu partnerowi, co rażąco narusza uczciwą konkurencję".

Podobnie jak wskazano powyżej - aczkolwiek nie ulega wątpliwości, że wykonawca, który nie będzie dysponował „oświadczeniem Producenta potwierdzającym, że Serwis urządzeń będzie realizowany bezpośrednio przez Producenta i/lub we współpracy z Autoryzowanym Partnerem Serwisowym Producenta" nie będzie mógł złożyć w Postępowaniu niepodlegającej odrzuceniu oferty, to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że wykonawca nie otrzyma (czy może nie otrzymać) takiego dokumentu, mimo że jest „w stanie taki serwis zrealizować, ponieważ w praktyce producent decyduje o przyznaniu takiego dokumentu i to tylko 1 wybranemu partnerowi". Odwołujący nie wykazał ani nawet nie wskazał dowodów dla wykazania powyższego czy choćby tego, że on sam nie może otrzymać rzeczonego dokumentu.

Odwołujący nie wskazał w odwołaniu, dlaczego „utrudnia dostęp do zamówienia" postanowienie zawarte w załączniku nr 1a do SWZ punkt 11. Stacja robocza typu laptop dedykowana do administrowania oprogramowaniem do zarządzania infrastrukturą IT – 1 szt. wiersz oznaczony l.p. 26 w kolumnie „Wymagane minimalne parametry techniczne komputerów" w części obejmującej fragment „Firma serwisująca musi posiadać ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych oraz posiadać autoryzacje producenta urządzeń – dokumenty potwierdzające należy załączyć do oferty." czy postanowienie zawarte w załączniku nr 1a do SWZ punkt 11. Stacja robocza typu laptop dedykowana do administrowania oprogramowaniem do zarządzania infrastrukturą IT – 1 szt. wiersz oznaczony l.p. 26 w kolumnie „Parametry" w części obejmującej fragment „Zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów: Certyfikat ISO 9001 na świadczenie usług serwisowych".

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że postanowienia zawarte w załączniku nr 1a do SWZ punkt 11. Stacja robocza typu laptop dedykowana do administrowania oprogramowaniem do zarządzania infrastrukturą IT – 1 szt. wiersz oznaczony l.p. 26 w kolumnach „Wymagane minimalne parametry techniczne komputerów" oraz „Parametry" utrudnia dostępu do zamówienia" w sposób naruszający art. 16 pkt 1) lub art. 99 ust. 2 Pzp „powodują ograniczenie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców" czy opisują przedmiot zamówienia „w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jego wartości i celów", a w konsekwencji stwierdzenia naruszenia art. 16 pkt 1) bądź art. 99 ust. 2 Pzp.

Przedstawiony w odwołaniu zarzut nie był uzasadniony także w zakresie art. 16 pkt 1) w związku z art. 99 ust. 4 Pzp.

Jak wskazano powyżej, Izba wydając wyrok orzeka w granicach przedstawionych w odwołaniu okoliczności

faktycznych i prawnych, wskazujących na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy.

Odwołujący podnosił, że przepis ten został naruszony „poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję poprzez ustalenie parametrów zamawianego produktu wskazującego konkretnego producenta, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów". W odwołaniu nie wskazano zaś jakichkolwiek okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie tego przepisu, w szczególności które parametry którego „zamawianego produktu" „wskazują konkretnego producenta".

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 2. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 7.500 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (…) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych". § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego".

Zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 7.500 złotych.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez radcę prawnego. Jak wynika ze złożonego na rozprawie spisu kosztów, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składają się poniesione przez niego wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.690 złotych i koszty związane z przejazdem na rozprawę w wysokości 1067,20 złotych, wyliczone według stawki 1,15 zł za 1 przejechany kilometr, określonej w § 2 pkt 1) lit. b) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy.

Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że ww. koszty związane z przejazdem na rozprawę zostały poniesione przez Zamawiającego, ani że powinny być one wyliczane według ww. stawki. W świetle złożonej do akt sprawy faktury wynika, że pełnomocnik Zamawiającego reprezentował go jako osoba prowadząca działalność gospodarczą, a nie jako pracownik. Brak jest zaś uzasadnienia dla uznania, że ww. stawka znajduje zastosowanie do kosztów używania samochodu osobowego przez osobę niebędącą pracownikiem Zamawiającego do jazd innych niż jazdy lokalne.

W tym stanie rzeczy ww. koszty związane z przejazdem na rozprawę w wysokości 1067,20 złotych należało uznać za koszty stanowiące wydatki pełnomocnika w rozumieniu § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia. Mając na uwadze treść tego przepisu, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogły być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. Wobec powyższego do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie i wydatki radcy prawnego reprezentującego Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

Wobec oddalenia odwołania zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia koszty postępowania ponosi Odwołujący, a Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 złotych.

Przewodniczący:……