

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **ELTEK VALERE Sp. z o.o., ul. Gorlicka 2, 71 - 042 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku, ul. Biskupia 23, 80-875 Gdańsk,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez usunięcie pkt 2 ppkt j) oraz pkt 7 ppkt 11 z Załącznika nr 3 do SIWZ,
2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku, ul. Biskupia 23, 80-875 Gdańsk** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ELTEK VALERE Sp. z o.o., ul. Gorlicka 2, 71 - 042 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Komendy Wojewódzkiej Policji w Gdańsku, ul. Biskupia 23, 80-875 Gdańsk** na rzecz **ELTEK VALERE Sp. z o.o., ul. Gorlicka 2, 71 - 042 Szczecin** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „dostawa, instalacja i uruchomienie kompletnych siłowni telekomunikacyjnych w następujących lokalizacjach Policji: KMP Gdańsk, KMP Słupsk, KMP Gdynia, KMP Sopot, KPP Bytów, KPP Lębork, KPP Malbork”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 5 kwietnia 2011r. pod pozycją 2011/S 66-106986. Dnia 31 marca 2011 r. zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu publicznym na stronie internetowej.

Wykonawca **ELTEK VALERE Sp. z o.o.** z siedzibą w Szczecinie wniósł odwołanie wobec treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.),

zwanej dalej Pzp, które ma istotny wpływ na wynik postępowania, przez postawienie wykonawcom następujących wymagań:

a) wprowadzenie pkt 2 ppkt j) do Załącznika nr 3 do SIWZ, zgodnie z którym z uwagi na trwający okres gwarancyjny dla centrum nadzoru Telzas WinCN wymagane jest zaświadczenie od producenta - Telzas Sp. z o.o. oprogramowania WinCN o wyrażenie zgody na objęcie nadzorem oferowanych systemów zasilania bez utraty gwarancji na system nadzoru. Oprogramowanie WinCN umożliwia podłączenie kolejnych systemów zasilania;

b) wprowadzenie pkt 7 ppkt 11 do Załącznika nr 3 do SIWZ, zgodnie z którym z uwagi na fakt, iż obecnie eksploatowany system nadzoru WinCN jest w okresie gwarancyjnym wykonawca uzyska zgodę jego producenta - firmy Telzas Sp. z o.o. na ingerencję w system nadzoru WinCN.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu usunięcia pkt 2 ppkt j) oraz pkt 7 ppkt 11 z Załącznika nr 3 do SIWZ oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego. Wyjaśnił, że posiada w swojej ofercie siłownie telekomunikacyjne i jest zainteresowany udzieleniem na jego rzecz zamówienia publicznego stanowiącego przedmiot wyżej opisanego postępowania.

Zamawiający wskazał w siwz (Załącznik nr 3 do SIWZ pkt 2) ppkt j) oraz pkt 7 ppkt 11, iż jednym z warunków, który musi spełnić potencjalny wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest posiadanie zaświadczenia Telzas Sp. z o.o. i zgody Telzas Sp. z o.o. na objęcie nadzorem oferowanych systemów zasilania bez utraty gwarancji na system nadzoru oraz zgody Telzas Sp. z o.o. na ingerencję w system nadzoru WinCN.

3

Odwołujący wyjaśnił, że firma Telzas Sp. z o.o. jest producentem siłowni telekomunikacyjnych stanowiących przedmiot postępowania, a więc jednocześnie jest jednym z potencjalnych wykonawców i konkurentem odwołującego. Odwołujący i Telzas Sp. z o.o. konkurują ubiegając się o udzielenie zamówień na dostawę siłowni telekomunikacyjnych dla Komend Wojewódzkich Policji na terenie całej Polski. Odwołujący wyjaśnił, że był zainteresowany wzięciem udziału w przetargu organizowanym przez KWP Gdańsk, ale z uwagi na postawienie wykonawcom wymogu zakupu od Telzas Sp. z o.o. aktualizacji oprogramowania i wliczenia go w cenę oferty oraz obowiązku przedłużenia gwarancji udzielonej przez Telzas Sp. z o.o., odwołujący zrezygnował z udziału w przetargu. W ocenie odwołującego, stawianie wykonawcom wymogów, jak w przedmiotowym postępowaniu, narusza zasadę równości i uczciwej konkurencji.

Powołując się na orzecznictwo KIO odwołujący wskazał, że swoboda zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców. W sytuacji określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o zamówienie publiczne. (patrz wyrok ZA z dnia 13 maja 2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-948/05, wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 2/09).

Zamawiający, stawiając wykonawcom wymóg uzyskania zgody od innego wykonawcy na wykonanie przedmiotu zamówienia, w sposób jednoznaczny i nieuzasadniony stawia firmę Telzas Sp. z o.o. w uprzywilejowanej pozycji. Zdaniem odwołującego, to zamawiający, jako właściciel centrum nadzoru WinCN i strona umowy gwarancyjnej, powinien przed organizacją przetargu uzyskać zgodę Telzas Sp. z o.o. na objęcie nadzorem kolejnych systemów zasilania, które zakupi od dowolnej firmy spełniającej wymagania.

Odwołujący wyjaśnił także, że od 10 marca 2011 r. trwa korespondencja między odwołującym a Telzas Sp. z o.o. o udzielenie stosownej zgody na potrzeby postępowania w Radomiu. Na tej podstawie odwołujący wywodzi, że Telzas Sp. z o.o. utrudnia wydanie zgody, aby skutecznie uniemożliwić konkurentowi złożenie oferty. Odwołujący nie jest w stanie wyegzekwować od Telzas Sp. z o.o. wydania stosownego zaświadczenia, a Telzas Sp. z o.o. nie ma obowiązku, żeby je wydać. (pismo odwołującego z dnia 10.03.2011 r., pismo Telzas Sp. z o.o. z dnia 17.03.2011 r. pismo odwołującego z dnia 18.03.2011 r. pismo Telzas Sp. z o.o. z dnia 04.04.2011 r. pismo odwołującego z dnia 06.04.2011 r.).

Odwołujący wskazał na marginesie, że zamawiający dysponuje innym równoważnym do WinCN systemem nadzoru - TelWin. W przypadku dopuszczenia możliwości podłączenia siłowni telekomunikacyjnych do jednego z dwóch dostępnych zamawiającemu systemów

zamawiający nie musiałby stawiać wykonawcom wymogu uzyskania zgody producenta systemu WinCN.

W dniu 18 kwietnia 2011 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie posiada w użyciu innego systemu zarządzania porównywalnego do WinCN, zatem w interesie zamawiającego jest, aby wyspecyfikowane siłownie pracowały pod kontrolą tegoż systemu. Wyjaśnił, że systemy nadzoru firm ELTEK i Telzas były użytkowane w latach 2006-2010, jednak z uwagi na wysoką awaryjność systemu TelWin oferowanego przez ELTEK, w postępowaniu przetargowym 162/2010 wybrano system WinCN, jako główny system nadzoru nad siłowniami zamawiającego i dokonano włączenia do niego wszystkich eksploatowanych przez zamawiającego siłowni, w tym firmy ELTEK. Zamawiający wskazał, że przedmiotowe zadanie ma charakter rozbudowy istniejącego już i spójnego systemu zasilania. W interesie zamawiającego leży więc, aby był to system jednorodny i pracujący pod kontrolą jednolitego systemu nadzoru, który jest już zainstalowany i funkcjonuje bezawaryjnie od 2006 r., nadzorując pracę 80 siłowni (w tym 15 firmy ELTEK). Wskazał, że gwarancja producenta trwa do dnia 13 grudnia 2013 r. w związku z czym w interesie zamawiającego jest, aby tej gwarancji nie utracił, poprzez włączenie dodatkowych siłowni.

W ocenie zamawiającego, nie ma on obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewnić możliwość zrealizowania zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży i w odniesieniu do wszystkich produktów oferowanych na rynku. Zamawiający jest bowiem uprawniony, działając w granicach określonych przepisami, w szczególności art. 25 ust. 1 pkt 2, art. 29 w zw. z art. 7 Pzp, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia, jak również do wskazania, w jaki sposób będzie weryfikował, czy oferowany produkt spełnia postawione przez niego wymagania, a także warunków stawianych w postępowaniu wykonawcom. Nieuprawnione jest więc żądanie wykreślenia z siwz zapisów wskazanych w odwołaniu, gdyż godzi to w bezpieczeństwo energetyczne zamawiającego i naraża go na dodatkowe koszty związane z usuwaniem potencjalnych awarii w przyszłości.

Zamawiający oświadczył, że nie może brać odpowiedzialności za wzajemne relacje potencjalnych wykonawców co do sprzedaży czy też szeroko rozumianej wymiany myśli technicznej, wpływającej na przedstawienie oferty dotyczącej przedłużenia gwarancji producenta.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania, jako wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wyjaśnił, że posiada w swojej ofercie siłownie telekomunikacyjne będące przedmiotem zamówienia i jest zainteresowany udzieleniem na jego rzecz zamówienia publicznego.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba ustaliła, że do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający załączył załącznik nr 3, w którym opisał przedmiot zamówienia. W pkt 2 „Wymagania zamawiającego” (ppkt j) zamawiający podał, że „Z uwagi na trwający okres gwarancyjny dla centrum nadzoru TELZAS WinCN, wymagane jest zaświadczenie od producenta - Tezas Sp. z o.o., oprogramowania WinCN o wyrażeniu zgody na objecie nadzorem oferowanych systemów zasilania bez utraty gwarancji na system nadzoru. Oprogramowanie WinCN umożliwia podłączenie kolejnych systemów zasilania.” Ponadto, w postanowieniu zawartym w pkt 7 „Gwarancja i serwis” (ppkt 11) wskazano, że „Z uwagi na fakt, iż obecnie eksploatowany system nadzoru WinCN jest w okresie gwarancyjnym wykonawca uzyska zgodę jego producenta – firmy TELZAS sp. z o.o. na ingerencję w system nadzoru WinCN.”

Zamawiający nie przeczył twierdzeniu odwołującego, iż firma Telzas Sp. z o.o. (producent systemu WinCN) jest jednym z wykonawców, którzy są zainteresowani udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Według wyjaśnienia zamawiającego, na rynku krajowym funkcjonują trzy podmioty, które oferują siłownie telekomunikacyjne, będące przedmiotem zamówienia, w tym firma Telzas Sp. z o.o. oraz odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że spełnienie wymagań zamawiającego dotyczących przedstawienia w ofercie zaświadczenia określonego w pkt 2 ppkt j) oraz zgody firmy Telzas Sp. z o.o., o której mowa w pkt 7 ppkt 11 załącznika nr 3 do siwz, przez wykonawców konkurujących na rynku z firmą Telzas Sp. z o.o. może być znacznie utrudnione. Podmiot ten, ubiegając się bowiem o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie jest zainteresowany umożliwieniem ubiegania się o to zamówienie innym podmiotom z nim konkurującym. Potwierdzają to przedłożone przez odwołującego do akt sprawy pisma 6

stanowiące korespondencję odwołującego z Telzas Sp. z o.o. w sprawie uzyskania wymaganych dokumentów. Jak wyjaśnił odwołujący, od 10 marca 2011 r. trwa korespondencja między odwołującym, a Telzas Sp. z o.o., w przedmiocie prośby o udzielenie stosownej zgody na potrzeby postępowania w Radomiu (pismo odwołującego z dnia 10.03.2011 r., pismo Telzas Sp. z o.o. z dnia 17.03.2011 r. pismo odwołującego z dnia 18.03.2011 r. pismo Telzas Sp. z o.o. z dnia 04.04.2011 r. pismo odwołującego z dnia 06.04.2011 r.).

Co prawda pisma te były kierowane w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez innego zamawiającego, tj. Komendę Wojewódzką Policji w Radomiu, jednak postępowanie to dotyczyło tego samego przedmiotu zamówienia, jak i wymaganie w zakresie przedłożenia zaświadczenia i zgody firmy Telzas Sp. z o.o. było identyczne. Z pism powyższych wynika, że firma Telzas Sp. z o.o. obwarowała wydanie ww. dokumentów szeregiem warunków dotyczących udzielenia szczegółowych informacji na temat przedmiotu oferty, które stanowią w znacznej części tajemnicę handlową chronioną przez przedsiębiorców.

W ocenie Izby, żądanie powyższych informacji przez Telzas Sp. z o.o. jest wynikiem uprzywilejowanej w tym postępowaniu pozycji tego wykonawcy, który po pierwsze, ubiegając się o zamówienie, sam nie musi uzyskiwać wymaganego zaświadczenia i zgody od innego podmiotu, a po drugie, może stwarzać innym wykonawcom różne nieuzasadnione utrudnienia i przeszkody w pozyskaniu ww. dokumentów.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, iż pismo z dnia 13 kwietnia 2011 r. firmy Telzas Sp. z o.o. skierowane do odwołującego dowodzi, iż istnieje możliwość uzyskania wymaganej zgody i zaświadczenia. Treść ww. pisma jest niejednoznaczna - wykonawca uzależnia bowiem udzielenie zgody na objęcie nadzorem oferowanych przez odwołującego systemów zasilania bez utraty gwarancji na system nadzoru WinCN od „wykonania niezbędnych prac przez firmę Telzas Sp. z o.o. na zasadach określonych w ofercie na wykonanie prac, która zostanie przygotowana po uzyskaniu odpowiedzi na zadane pytania w pismach [...] z dnia 04.04.2011 r. oraz nr [...] z dnia 08.04.2011 r.”. Zatem Telzas Sp. z o.o. oferuje wydanie zgody, jednak po przyjęciu przez odwołującego oferty na wykonanie, nieokreślonych na tym etapie prac, na rzecz odwołującego, które zapewne będą wiązać się ze stosowną odpłatnością. W ocenie Izby, treść powyższego pisma potwierdza, wbrew stanowisku zamawiającego, że Telzas Sp. z o.o. wykorzystując swoją przewagę nad odwołującym może postawić odwołującemu warunki niemożliwe do spełnienia lub których spełnienie może narazić odwołującego na poniesienie nieuzasadnionych kosztów. Odwołujący nie ma bowiem jakichkolwiek środków prawnych, aby wyegzekwować od Telzas

Sp. z o.o. wydanie stosownych dokumentów, a Telzas Sp. z o.o. nie ma także obowiązku, żeby je wydać.

Zgodnie z art. 7 ust 1 Pzp zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Rozwinięciem tej zasady jest przepis art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Podkreślić

przy tym należy, że zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, przez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, jest wystarczające do uznania, że norma określona w art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 Pzp została naruszona.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że zamawiający stawiając wymagania zawarte w pkt 2 ppkt j) i w pkt 7 ppkt 11 załącznika nr 3 do siwz naruszył przepisy art. 29 ust. 2 oraz w art. 7 ust. 1 Pzp, które to naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Wymaganie przedłożenia przez wykonawców zaświadczenia i zgody Telzas Sp. z o.o. na objęcie nadzorem oferowanych systemów zasilania bez utraty gwarancji na system nadzoru WinCN oraz zgody Telzas Sp. z o.o. na ingerencję w system nadzoru WinCN, stawia zdecydowanie w uprzywilejowanej pozycji potencjalnego wykonawcę – firmę Telzas Sp. z o.o., która jest producentem siłowni telekomunikacyjnych stanowiących przedmiot tego postępowania i konkuruje z odwołującym w powyższym zakresie. Tym samym omawiany wymóg zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu narusza zasadę równości i uczciwej konkurencji. Z naruszeniem art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp mamy bowiem niewątpliwie do czynienia w sytuacji, gdy zamawiający określa w siwz wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ich spełnienie jest uzależnione wyłącznie od woli innego podmiotu (innego wykonawcy), a nie od czynników obiektywnych, co stawia zarazem tego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych, a jednocześnie ogranicza możliwość uzyskania zamówienia przez innych wykonawców. Wskazać należy, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający ma możliwość uwzględnienia swoich uzasadnionych i obiektywnych potrzeb, jednak prawo to nie może być wyrażone w sposób, który prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców.

Izba nie neguje potrzeby zamawiającego co do zapewnienia, aby systemy zasilania, dostarczone w ramach przedmiotu zamówienia, nie spowodowały utraty przez zamawiającego gwarancji na system nadzoru WinCN, do którego siłownie zostaną włączone. Potrzeba ta powinna zostać uwzględniona w opisie przedmiotu zamówienia, jednak to zamawiający, będąc stroną umowy gwarancyjnej na system nadzoru WinCN zawartej z

8

Telzas Sp. z o.o. (umowa nr 162/11/1376/2010 z dnia 15 października 2011 r.) powinien uzyskać zgodę firmy Telzas Sp. z o.o. na objęcie nadzorem kolejnych systemów zasilania, które stanowią przedmiot zamówienia. Dostarczone siłownie telekomunikacyjne, muszą zatem posiadać takie cechy (parametry), które umożliwią włączenie ich do systemu WinCN bez utraty gwarancji. W związku z powyższym zamawiający, zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – stosownie do brzmienia art. 29 ust. 1 Pzp, powinien uzgodnić z gwarantem, jakie warunki techniczne musi spełniać przedmiot zamówienia (niezależnie od konkretnego typu siłowni lub producenta), aby trwająca gwarancja została zachowana oraz włączyć je do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz. Zamawiający nie może bowiem przekazać firmie Telzas Sp. z o.o. kompetencji do weryfikowania zgodności ofert z wymaganiem zamawiającego w powyższym zakresie, co de facto uczynił w przedmiotowym postępowaniu wymagając zaświadczenia i zgody firmy Telzas jak w pkt 2 ppkt j) i w pkt 7 ppkt 11 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do siwz).

Na marginesie tylko Izba wskazuje, że jak ustalono w toku postępowania, zarówno siłownie telekomunikacyjne firmy Telzas Sp. z o.o. jak i firmy ELTEK są aktualnie objęte funkcjonującym u zamawiającego systemem nadzoru WinCN. Jak wyjaśnił sam zamawiający, użytkowany system nadzoru funkcjonuje bezawaryjnie od 2006 r. nadzorując prace 80 siłowni, w tym 15 firmy ELTEK., co potwierdza, że wymóg uzyskania od firmy Telzas Sp. z o.o. i przedłożenia zamawiającemu omówionych powyżej dokumentów, mógłby stać się jedyną barierą w złożeniu oferty przez odwołującego lub przez innych potencjalnych wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, orzekając jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

9

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....