

WYROK
z dnia 21 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 września 2010 r. przez Telekomunikację Polską SA w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Narodowy Bank Polski w trybie przetargu nieograniczonego na „*Modernizację infrastruktury sieciowej urządzeń aktywnych Cisco*”, przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – NextiraOne sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Telekomunikację Polską SA w Warszawie i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy), uiszczony przez Telekomunikację Polską SA w Warszawie.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „*Modernizację infrastruktury sieciowej urządzeń aktywnych Cisco*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, wynosi 5.592.645,08 zł.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 259246-2010 w dniu 1 września 2010r.

Odwołujący w dniu 10 września 2010r. wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych nieuzasadnionego jego specyfiką, cechami technicznymi i jakościowymi;

2. art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy, poprzez żądanie od wykonawców wykazania się doświadczeniem niezwiązanym oraz nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia;

3. art. 7 ust. 1 ustawy, przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia;

4. art. 7 ust. 1 w zw. z 25 ust. 2 ustawy, przez wymaganie od wykonawców dokumentu, potwierdzającego spełnianie przez oferowane produkty wymagań Zamawiającego, nieprzewidzianego w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy.

5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jednego producenta.

Formułując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o zmianę postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako: modernizację „*istniejącej u Zamawiającego infrastruktury sieciowej urządzeń aktywnych Cisco, w ramach której nastąpi: 1) Dostawa urządzeń produkcji Cisco do rozbudowywanej infrastruktury Zamawiającego opartej na technologii Cisco określonych w Załączniku nr 1 do Siwz lub dostawa urządzeń*”

równoważnych, zintegrowanych z infrastrukturą Zamawiającego. 2) Wykonanie usług instalacyjno-wdrożeniowych urządzeń Cisco lub urządzeń równoważnych objętych przedmiotem dostawy oraz wykonanie i dostarczenie dokumentacji technicznej powykonawczej w formie papierowej i elektronicznej edytowalnej. 3) Świadczenie usług

KIO 1954/10 2

serwisowych w okresie 12 miesięcznej gwarancji jakości' (Roz. III pkt.1 siwz). Zamawiający na skutek udzielenia zamówienia zmierza do uzyskania sprzętu o określonych funkcjonalnościach, tymczasem w opisie przedmiotu odwołuje się do produktów określonego producenta. Zdaniem Odwołującego, przyjmuje się w doktrynie, że celem udzielenia zamówienia jest zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego (tak m. in.: A. Sołtyśńska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s.207), nie zaś nabycie określonej technologii, co potwierdza art. 29 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający może dokonać opisu przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych jedynie w wyjątkowych okolicznościach. „Opisanie przedmiotu zamówienia przez **wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest wyjątkowo dopuszczalne w przypadku łącznego zaistnienia trzech przesłanek (art. 29 ust. 3). Po pierwsze, musi przemawiać za tym specyfika przedmiotu zamówienia. Chodzi tu o sytuację, gdy ogólnie przyjęte jest posługiwanie się w Języku fachowym określonymi nazwami towarowymi, patentami itp. na oznaczenie pewnych produktów lub standardów. Po drugie, zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Dotyczy to przypadków, gdy określona nazwa towarowa (patent itd.) do tego stopnia przyjęła się w języku fachowym, że wyparła z użycia inne ogólnie zrozumiałe określenia, przy czym taki sposób opisu musi być rzeczywiście konieczny, ponieważ posłużenie się samymi cechami technicznymi lub jakościowymi mogłoby być dla niektórych odbiorców niezrozumiałe. Po trzecie wreszcie, wskazaniu określonego znaku towarowego, patentu lub pochodzenia muszą zawsze towarzyszyć wyrazy **lub równoważne**” (tak: G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s.215).**

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie nie została spełniona druga z przesłanek posłużenia się znakiem towarowym w opisie przedmiotu zamówienia – nie jest prawdą że urządzeń sieciowych Cisco nie da się opisać dostatecznie dokładnie za pomocą cech technicznych i jakościowych, na dowód czego przedstawiono specyfikacje techniczne urządzeń: Catalyst 4500, Catalyst 6509, Nexus 7000. Odwołujący podniósł, że redakcja ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia są niezgodne z art. 29 ust. 3 ustawy w związku z tym wniósł o zmianę treści specyfikacji w ten sposób, iż opis przedmiotu zamówienia będzie odnosił się do konkretnych funkcjonalności jakich wymaga Zamawiający, nie zaś konkretnych urządzeń.

Odwołujący dalej podniósł, że Zamawiający w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przewidział następujące wymagania w zakresie doświadczenia: „Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że posiada wiedzę i doświadczenie polegającą na należytych wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

KIO 1954/10 3

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch umów, których przedmiot obejmował rozbudowę (dostawa wraz z wdrożeniem i integracją) **infrastruktury sieciowej Cisco** o urządzenia w oferowanej technologii, o wartości każdej z tych umów nie mniejszej niż 2.000.000,00 (dwa miliony) PLN brutto” (Roz. VIII pkt 1.2 siwz). Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Zdaniem Odwołującego, przedmiotem zamówienia, jest dostawa, wykonanie usług instalacyjno - wdrożeniowych oraz świadczenie usług serwisowych dla urządzeń Cisco **lub równoważnych**. Wymaganie wykazania się doświadczeniem jedynie w zakresie rozbudowy infrastruktury sieciowej opartej o produkty Cisco, stanowi naruszenie zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, gdyż utrudnia możliwość spełnienia warunku posiadania niezbędnego doświadczenia wykonawcom oferującym rozwiązania oparte na produktach równoważnych. Jak przyjęto w doktrynie: „Warunki udziału w postępowaniu, czyli tzw. **warunki podmiotowe**, powinny być związane z przedmiotem zamówienia. Powinny też być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, czyli tak naprawdę do

jego

zakresu lub wartości. Tego rodzaju przepis po nowelizacji z 5.11.2009 r. znalazł się wustawie, ale wcześniej tego rodzaju zasadę wypracowało orzecznictwo i doktryna. Określając warunki udziału wpostępowaniu, należy więc brać pod uwagę nie interesy zamawiającego, lecz, jak częściowo wspomniano wtezie 4, rodzaj zamówienia, jego przedmiot, zakres i wartość, sposób wykonania i sposób płatności przewidziany wprojekcie umowy" (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2010), oraz, że: „Zamawiający nie może określać minimalnych wymagań wykraczających ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu zamawiającego, tj. należytego wykonania zamówienia publicznego. Innymi słowy, sformułowane wymagania nie mogą być nadmierne (czyli takie, że uniemożliwiają ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego wykonania) lub niewystarczające (czyli takie, że umożliwiają ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom niezdolnym do jego wykonania)”(tak: G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 164). Również Krajowa Izba Odwoławcza, przyjęła, że wymagania dotyczące udziału w postępowaniu muszą pozostawać w relacji do jego przedmiotu. Jak orzekła Izba w wyroku z 4 marca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 77/10), zamawiający żądając spełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu, nie narusza zasady wskazanej w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, o ile kryteria ich spełnienia sformułowane są w sposób obiektywny, podyktowany zakresem lub zaawansowaniem technologicznym zamówienia, którego realizacja wymaga od wykonawcy odpowiedniego doświadczenia, wiedzy, potencjału ekonomicznego, technicznego lub finansowego. Podobnie w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1862/09)

KIO 1954/10 4

KIO stwierdziła, że Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, należy stwierdzić, że nieuprawnione jest uwzględnianie przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu jedynie doświadczenia związanego z produktami Cisco, bowiem wykonawca, który zamierza dostarczyć urządzenia równoważne, nie musi posiadać doświadczenia w wykorzystywaniu technologii wskazanego przez Zamawiającego producenta. Stąd wnoszę o zmianę opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu, w ten sposób, że możliwe będzie wykazanie jako doświadczenia realizacji usług w oparciu o technologię inną niż Cisco.

Zarzucał dalej Odwołujący, że Zamawiający wyznaczył zbyt krótki okres czasu na realizację zamówienia. Zgodnie z § 3 pkt 1.1 projektu umowy, wykonawca musi dostarczyć urządzenia w terminie 2 miesięcy od dnia podpisania umowy. Należy zaznaczyć, iż zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką rynkową, w wypadku tak dużych zamówień wykonawcy muszą najpierw zarezerwować sprzęt u producenta, a dopiero po uzyskaniu zamówienia i podpisaniu umowy, zlecają dostawę sprzętu w oparciu o wcześniej dokonaną rezerwację. W przedmiotowym postępowaniu, ze względu na rozmiar przedsięwzięcia, rezerwacja taka musiała by zostać dokonana przed umieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu. Pozwala to stwierdzić, że Zamawiający preferuje wykonawców, którzy o planowanym przetargu dowiedzieli się wcześniej w sposób nieoficjalny.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o modyfikację postanowień umowy, § 3 pkt 1.1 poprzez wydłużenie terminu na wykonanie dostawy urządzeń. Na rozprawie Odwołujący sprecyzował żądanie, że wnosi o wydłużenie wskazanego terminu do czterech miesięcy.

Podniósł Odwołujący, że zgodnie z postanowieniem Roz. III pkt 2 ppkt 4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymaga przedstawienia przez wykonawcę, celem potwierdzenia, że oferta spełnia warunki w zakresie funkcjonalności oferowanego równoważnego oprogramowania zarządzającego, dokumentu (oświadczenia) wystawionego przez producenta równoważnego oprogramowania zarządzającego, w którym potwierdzi zgodność funkcjonalną zaoferowanego oprogramowania równoważnego z oprogramowaniem wymienionym z załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem

KIO 1954/10 5

Odwołującego, Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. 2009 Nr 226 poz. 1817) wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy przewiduje możliwość żądania od wykonawców zaświadczeń na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego, lecz mogą to być jedynie zaświadczenia wydawane przez niezależne podmioty uprawnione do potwierdzania zgodności oferowanych produktów z określonymi normami jakościowymi, a nie przez producenta oferowanego oprogramowania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę wskazanych wyżej postanowień w ten sposób, że wykonawcy oferujący urządzenia równoważne nie będą zobowiązani do przedkładania wystawianego przez producenta dokumentu (oświadczenia) o zgodności oferowanego oprogramowania zarządzającego z software'em firmy Cisco.

Wskazał końcowo Odwołujący, że Zamawiający naruszył wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, bowiem kryteria równoważności, zostały sformułowane w ten sposób, że mogą zostać spełnione jedynie przez produkty Cisco dysponujące charakterystycznymi funkcjonalnościami, stąd należy przyjąć, że opis przedmiotu zamówienia nie tylko poprzez użycie znaków towarowych, lecz również przez kryteria równoważności wskazuje na jednego producenta. Sytuacja taka stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska. Odwołujący sprecyzował żądanie w zakresie wydłużenia terminu realizacji umowy do czterech miesięcy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 1 września 2010r. (data ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania

KIO 1954/10 6

mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy 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) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: skoro odwołanie złożone zostało z zachowaniem wymaganego, dziesięciodniowego terminu od dnia ogłoszenia, to podlega ono rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, uzasadnionego nieprawidłowym umocowaniem pełnomocnika Odwołującego do reprezentowania, to jest faktem, że pełnomocnikom udzielono ogólnych pełnomocnictw wskazujących, że obejmują one min. uprawnienie do wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Z treści wskazanych pełnomocnictw, istotnie, wynika uprawnienie do wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, lecz jednocześnie wyraźnie wskazano, że dotyczy to odwołań rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą. Uznano zatem, że wskazane pełnomocnictwa zawierają upoważnienie udzielone wymienionym w nich osobom do wnoszenia odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa

zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowane w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) sporne postanowienia ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należało uznać, że

KIO 1954/10 7

w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia na wstępie wymagało znaczenie dokumentu jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o zamówienie publiczne. Doniosłość tego dokumentu sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawcy i oferty, w tym wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia, które muszą być spełnione, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w zakresie wyartykułowanym jednoznacznie i precyzyjnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zatem wskazywać na wszystkie istotne elementy i informacje mogące mieć wpływ na cenę i niezbędne wykonawcy do złożenia oferty (art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

1. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi jeden z najbardziej newralgicznych etapów mogących mieć wpływ na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Ten element związany z przygotowaniem postępowania, realizowany na etapie sporządzania dokumentacji (treści ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączników do niej) może i zazwyczaj ma zasadniczy wpływ na kształt postępowania a następnie zasady wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Poza pozytywnymi przesłankami określającymi sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia, wyrażonymi w art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca wprowadził przesłanki negatywne stwierdzając, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy) oraz co do zasady nie można dokonywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeśli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń – wskazaniu takiemu winno wtedy towarzyszyć sformułowanie „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 ustawy). Wskazane przepisy, zawierające pozytywne i negatywne przesłanki, służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia). Określenie w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych negatywnych przesłanek określania opisu przedmiotu zamówienia odnosi się

KIO 1954/10 8

bezpośrednio do zasady gwarantującej ochronę uczciwej konkurencji. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) czytamy, że: „Istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji.

Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Należy podzielić pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, iż zamawiający ma prawo wymagać pewnych

standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt III CA 88/09, lex nr 532694).

Odnosząc powyższe rozważania do dokonanego w analizowanej sprawie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia poprzez wyraźne odniesienie się przez Zamawiającego do znaku towarowego, patentu lub pochodzenia urządzeń stanowiących przedmiot dostawy (urządzenia oznaczono jednoznacznie nazwami nadanymi przez producenta) należało dostrzec, że z treści art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynika, iż opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Gdy cechy przedmiotu zamówienia opisanego za pomocą wskazania znaków towarowych, patentów lub jego pochodzenia za tym przemawiają, poza obowiązkiem wyraźnego podania przez Zamawiającego, że dopuszcza rozwiązania lub urządzenia równoważne, takiemu wskazaniu winno dodatkowo towarzyszyć precyzyjne określenie zakresu oczekiwanej równoważności. Zakres opisu równoważności wyznacza natomiast zestaw niezbędnych właściwości, cech fizycznych oraz funkcjonalności urządzeń, które z punktu widzenia zamawiającego w konkretnych okolicznościach są znaczące. Zastosowanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia za pomocą wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia winno być ograniczone do sytuacji wyjątkowych, kiedy opisanie przedmiotu zamówienia poprzez podanie cech, właściwości i funkcjonalności wymaganego przedmiotu może nie oddać wszystkich istotnych i mających znaczenie dla

KIO 1954/10 9

zamawiającego elementów. Zastosowanie wspomnianej regulacji, zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winno zatem mieć miejsce w sytuacji, gdy specyfika danego zamówienia, cechy zamawianego przedmiotu przemawiają za tym, że jego opis będzie efektywniejszy i bardziej adekwatnie odda charakterystykę przedmiotu, gdy nastąpi odesłanie do znaku towarowego, patentu lub pochodzenia. Chodzi tu zatem o aspekt efektywnego opisu – dającego wykonawcom możliwość odczytania intencji i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, które ten ujął w takie właśnie zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Posłużenie się zatem odesłaniem do znaku towarowego, patentu, pochodzenia, nazwy własnej producenta nadanej pewnego rodzaju przedmiotom czy oznaczenia używanego przez tego producenta jest uprawnione w warunkach, gdy skuteczność takiego opisu lub oznaczenia będzie wyższa aniżeli w razie jego dokonania poprzez opis cech funkcjonalnych, technicznych czy jakościowych. Chodzi tu zatem o takie sytuacje, gdy typowy opis, dokonany poprzez charakterystykę i opis cech funkcjonalnych, technicznych i jakościowych może nie oddać lub oddać nie w pełni uzasadnione specyfiką zamówienia potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w analizowanym postępowaniu wykazał, że przedmiot zamówienia jest na tyle specyficzny, że najbardziej odpowiednim sposobem jego opisu jest skorzystanie z regulacji zawartej w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie bez znaczenia jest w tym miejscu, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę urządzeń Cisco do rozbudowywanej infrastruktury opartej na technologii Cisco lub urządzeń równoważnych, zintegrowanych z infrastrukturą Cisco a także wykonanie usług instalacyjno – wdrożeniowych urządzeń Cisco lub równoważnych wraz z usługą serwisową. Przedmiot zamówienia – co wynika także z jego nazwy nadanej przez Zamawiającego obejmuje modernizację oraz rozbudowę już funkcjonującej u Zamawiającego sieci, która opiera się na technologii i urządzeniach produkcji Cisco. Modernizacja zaś z natury obejmuje swym zakresem elementy przywrócenia stanu zniszczonego, uszkodzonego lub technologicznie nieprzydatnego do wymaganej użyteczności, co z oczywistych względów wiąże się z koniecznością wkomponowania w tę już istniejącą infrastrukturę elementów idealnie pasujących do aktualnie funkcjonujących urządzeń i rozwiązań. Podobnie rozbudowa rzeczono systemu musi się odbywać w sposób pozwalający w sposób niezakłócony i zintegrowany z już istniejącym systemem wprowadzić do niego nowe elementy, w przeciwnym bowiem wypadku zachodzi ryzyko, że nie będzie możliwe zagregowanie elementów istniejącej infrastruktury z tymi, które powstaną w wyniku rozbudowy bądź nastąpi istotne zmniejszenie użyteczności całej sieci. W kontekście powyższego należy uznać, że te okoliczności determinują wyższy stopień szczegółowości i dokładności opisu zamawianych urządzeń, które w tej

KIO 1954/10 10

konkretnej sytuacji nie mają w sposób samoistny, rozłączny w odniesieniu do istniejącej sieci Zamawiającego realizować ich przeznaczenia gospodarczego, a przeciwnie – ich zadanie polega na wbudowaniu do istniejącej infrastruktury jako części składowych, lub w miejsce dotychczas istniejących. Zamawiający na rozprawie wykazał bowiem, iż sieć podlegająca modernizacji i rozbudowie na podstawie niniejszego postępowania jest u użytkownika od ok. 1992r. i od tamtej pory rozwijana; postępowanie obejmuje dostawę przełączników obsługujących serwery, ponieważ wobec uzyskania dwóch nowych budynków rozwinięta musi być także sieć – ma powstać nowa serwerownia (serwery zostaną zakupione w innym postępowaniu lub przeniesione z obecnej serwerowni). Zamawiający podał, że postępowanie obejmuje przełączniki, szuflady do tych przełączników (karty); jeśli chodzi o zakres tego przedmiotu zamówienia to rozbudowa i modernizacja stanowi ok. 1/3 obecnego stanu sieci i jej infrastruktury a także, że spośród wymienionych w załączniku nr 1 do SMW i nr 2 do projektu umowy elementów mniej więcej połowa obejmuje przełączniki i tyleż samo szuflady do tych przełączników; a także że rzeczony szuflady w około połowie mają być przeznaczone do już posiadanej infrastruktury, zaś pozostała ich część będzie przyłączona do zakupowanych w niniejszym postępowaniu przełączników. Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego obrazują skalę planowanego przedsięwzięcia modernizacji i rozbudowy sieci Zamawiającego w zestawieniu z aktualnie posiadanym stanem tej sieci. Wyjaśnienia te także uzasadniają zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu opisu przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest poprzez wskazanie na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie przedmiotu.

W przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z bezpośrednim wskazaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Zamawiający w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia tytułowanym „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” wyszczególnił urządzenia, jakie mają służyć do modernizacji i rozbudowy istniejącej infrastruktury sieciowej urządzeń aktywnych Cisco wraz z niezbędnym oprogramowaniem wskazując zarazem, że przedmiotem zamówienia mogą być także urządzenia równoważne. W załączniku A do formularza ofertowego stanowiącym Specyfikację materiałowo – cenową, który mieli wypełnić i złożyć wykonawcy ubiegający się o zamówienie Zamawiający wymienił wszystkie urządzenia, określając je konsekwentnie oznaczeniami nadanymi przez ich producentów, pozostawiając jednocześnie możliwość wskazania w ich miejsce urządzeń równoważnych, które należało w takim wypadku oznaczyć ich własnym symbolem oraz opisem urządzenia.

Zamawiający, w dalszej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowo podał rozumienie równoważności dla wymaganych urządzeń: w pkt 2 ppkt 2.1 załącznika nr 1 do

KIO 1954/10 11

specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiącego Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wskazał ogólne zasady równoważności dla wszystkich przedmiotów, podlegających dostawie w niniejszym postępowaniu a następnie w pkt 3 – 13 szczegółowo opisał zakres wymaganej równoważności dla poszczególnych urządzeń. Powyższe prowadzi do konkluzji, iż Zamawiający w sposób uprawniony opisał przedmiot zamówienia posługując się regulacją zawartą w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym – wbrew postawionym przez Odwołującego zarzutom nie naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 powołanej ustawy.

2. Oceniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy poprzez żądanie od wykonawców wykazania się doświadczeniem niezwiązanym oraz nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia należało uznać że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Oceniając kwestionowane w odwołaniu zapisy ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należało uznać, iż w świetle przepisów ustawy dotyczących warunków udziału w postępowaniu, kwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, należy uznać za dopuszczalne, a zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia oraz w sposób utrudniający konkurencję i uniemożliwiający należyte ustalenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, nie znalazły potwierdzenia. Kwestionowany zapis przewiduje, że „Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że posiada wiedzę i doświadczenie polegającą na należyłym wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwóch umów, których przedmiot obejmował rozbudowę (dostawa wraz z wdrożeniem i integracją) infrastruktury sieciowej Cisco o urządzenia woferowanej technologii, o wartości każdej z tych umów nie mniejszej niż 2.000.000,00 (dwa

miliony) PLN brutto". Dostrzeżenia na gruncie przytoczonego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu wymaga, że postawienie podmiotowych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest każdorazowo w pewnym stopniu ograniczeniem wolnej konkurencji, tj. ograniczeniem swobodnego „stanu idealnego” jakim jest powszechna, nieograniczona równość i dostępność zamówień dla wszystkich wykonawców. W związku z powyższym, każde tego typu ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, skądinąd konieczne i uzasadnione w kontekście interesów Zamawiającego związanych z uzyskaniem właściwego wykonania zamówienia, podlega rygorom i ograniczeniom sformułowanym w ustawie, jak również nałożonym przez zamawiającego w granicach ustawy oraz charakteru i celu konkretnego zamówienia. Zamawiający jest zatem uprawniony, aby opisać

KIO 1954/10 12

przedmiot zamówienia stosownie do swoich uzasadnionych potrzeb, wynikających z jego sytuacji oraz specyfiki przedmiotu zamówienia, nawet jeśli w konsekwencji niektórzy wykonawcy działający na danym rynku nie będą mogli złożyć nie podlegającej odrzuceniu oferty, bowiem nie będą w stanie sprostać oczekiwaniom i wymaganiom postawionym przez zamawiającego. Granicą, która określa ramy swobody zamawiającego w tym zakresie, jest zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia musi być jednoznaczny, wyczerpujący, dokonany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jednakże nie może być dokonany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Podkreślenia zatem wymaga, iż zamawiający nie ma obowiązku takiego formułowania wymogów, aby zapewnić możliwość zrealizowania zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 wykonawcom w postępowaniu. Oceniając prawidłowość działań zamawiającego w tym zakresie niezbędne jest uwzględnienie branży, której dotyczy przedmiot zamówienia, charakterystyki danego rynku, potrzeb zamawiającego oraz przyjętych, powszechnie akceptowanych praktyk, w aspekcie realnej możliwości spełnienia postawionych wymagań przez przeciętnego wykonawcę. Postępowanie ma zatem charakter dyskryminacyjny tylko wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny, stwarzając korzystniejszą pozycję dla poszczególnych podmiotów. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Zamawiający wykazał że jego uzasadnione potrzeby wymagają względnie szczegółowo sprecyzowanego przedmiotu, bowiem przedmiotem zamówienia jest modernizacja i rozbudowa obecnie funkcjonującej sieci, opartej na infrastrukturze sieciowej Cisco. Zamawiający wykazał, że wskazana sieć, użytkowana u Niego od lat dziewięćdziesiątych (około 1992r.) i ustawicznie rozbudowywana wykorzystuje urządzenia i elementy firmy Cisco. W tym kontekście wymaganie przez Zamawiającego wykazania się doświadczeniem polegającym na należyтым wykonaniu co najmniej dwóch umów, których przedmiot obejmował rozbudowę (dostawa wraz z wdrożeniem i integracją) **infrastruktury sieciowej Cisco** o urządzenia w oferowanej technologii nie może być uznane za wymaganie nadmierne i nieuzasadnione charakterem i zakresem zamówienia. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga okoliczność, że analizowane postanowienie

KIO 1954/10 13

specyfikacji oraz ogłoszenia odnosi się do doświadczenia w zakresie określonych prac wdrożeniowych i integracyjnych wykonywanych w środowisku infrastruktury sieciowej Cisco, niezależnie od tego, jakie urządzenia były do niej dostosowywane i instalowane. W tym zakresie wskazane wymaganie wydaje się w pełni proporcjonalnym i odpowiadającym przedmiotowi analizowanego zamówienia: Zamawiający Narodowy Bank Polski dopuścił bowiem zaoferowanie dostawy odpowiednich urządzeń Cisco lub urządzeń równoważnych innego producenta wraz ze stosowanym oprogramowaniem dla tych urządzeń. Przedmiotem zamówienia ma jednak być także wykonanie usług instalacyjno – wdrożeniowych dostarczonych urządzeń i ewentualnie oprogramowania (jeśli i ono zostanie dostarczone w celu przystosowania urządzeń równoważnych do niezakłóconego funkcjonowania w infrastrukturze sieciowej Zamawiającego) a

także wykonanie i dostarczenie dokumentacji technicznej i powykonawczej oraz usługi serwisowe. Skoro zatem prace wdrożeniowe i instalacyjne mają być dokonywane w środowisku funkcjonującym aktualnie u Zamawiającego i środowisko to bazuje na technologii Cisco, to zasadnym jest wymaganie wykazania się odpowiednim doświadczeniem w zakresie modernizacji sieci wykorzystującej wskazaną technologię urządzeniami przez siebie oferowanymi, jako że od znajomości tej technologii, uwarunkowań z nią związanych zależy powodzenie realizacji zamówienia, to jest modernizacji i rozbudowy sieci Zamawiającego. Nie wydaje się bowiem wystarczającym posiadanie doświadczenia w zakresie tylko dostawy lub nawet prac instalacyjnych i montażowych w zakresie oferowanej przez wykonawców technologii w oderwaniu od uwarunkowań technologicznych funkcjonujących u Zamawiającego. Wdrożenie i instalacja urządzeń, a być może – zależnie od rodzaju zaoferowanego rozwiązania także oprogramowania jest procesem, którego przedmiot z jednej strony obejmuje wbudowywane urządzenia – z drugiej zaś – skierowanym wobec posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury, opartej w tej konkretnej sytuacji o rozwiązanie Cisco. Jeśli Zamawiający dysponuje u siebie infrastrukturą opartą na technologii i urządzeniach Cisco, to w świetle przedmiotu zamówienia obejmującego wkomponowanie (instalację, wdrożenie) do tej infrastruktury dalszych, zaoferowanych przez wykonawców urządzeń w celu modernizacji i rozbudowy tej sieci wymaga znajomości nie tylko oferowanej przez wykonawcę technologii ale także technologii Zamawiającego, w którą przecież mają ingerować prace objęte przedmiotem niniejszego postępowania.

Tym samym należało uznać, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy, poprzez żądanie od wykonawców wykazania się doświadczeniem niezwiązanym oraz nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Jak wykazano wyżej, przedmiot zamówienia

KIO 1954/10 14

obejmuje prace wdrożeniowe i instalacyjne w odniesieniu do infrastruktury funkcjonującej u Zamawiającego w technologii Cisco, co czyniło uprawnionym stawianie przez Zamawiającego odpowiedniego wymogu wykazania się doświadczeniem w tej właśnie technologii.

3. Poddając ocenie zarzut odwołania ustalenia przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia dostrzeżenia wymagało, że wskazany termin, ustalony na dwa miesiące od dnia podpisania umowy nie może być uznany za nierealny i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga podstawowa kwestia, że zapis stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia projektu umowy (§ 3 pkt 1.1), przewiduje, iż wykonawca musi dostarczyć urządzenia w terminie 2 miesięcy od dnia podpisania umowy. Na rozprawie Odwołujący sprecyzował żądanie w powyższym zakresie, wskazując, że wnosi o wydłużenie wskazanego terminu do czterech miesięcy. Nie podzielono stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką rynkową, w wypadku tak dużych zamówień wykonawcy muszą najpierw zarezerwować sprzęt u producenta, a dopiero po uzyskaniu zamówienia i podpisaniu umowy, zlecają dostawę sprzętu w oparciu o wcześniej dokonaną rezerwację, która to rezerwacja - ze względu na rozmiar przedsięwzięcia - musiała by zostać dokonana przed umieszczeniem ogłoszenia o zamówieniu, co zdaniem Odwołującego prowadzi do wniosku, że Zamawiający preferuje wykonawców, którzy o planowanym przetargu dowiedzieli się wcześniej w sposób nieoficjalny. Podkreślenia w odniesieniu do analizowanej kwestii wymagało, że wykonawca przystępujący w niniejszym postępowaniu po stronie Zamawiającego – NextiraOne spółka z o.o. w Warszawie w zgłoszonym przystąpieniu wskazał wyraźnie, że kwestia terminu wykonania umowy jest dla niego neutralną – co nakazuje wnioskować, że dla innych wykonawców, których swego rodzaju reprezentantem jest Przystępujący nie stanowi problemu uzyskanie (zarezerwowanie) odpowiedniej ilości urządzeń na potrzeby wykonania niniejszego zamówienia. Tym samym konkluzja Odwołującego co do niewystarczającego terminu na wykonanie przedmiotowego zamówienia w terminie 2 miesięcy wydaje się nieuzasadnioną.

Warto w tym miejscu dostrzec, że dwumiesięczny termin na realizację zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu z branży informatyki lub telekomunikacji jest w praktyce uznawany za wystarczający na realizację tego rodzaju zamówień. Dla porównania, przytoczenia w tym miejscu wymaga pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2010r. w sprawie o sygn. KIO 1795/10, w odniesieniu do dostawy relatywnie

KIO 1954/10 15

dużej ilości serwerów, wraz z ich instalacją w jednostkach terenowych zamawiającego (156 sztuk serwerów i 71 szaf serwerowych wraz z instalacją we wskazanych miejscach - ponad 150 lokalizacji, w tym 87 gmin wiejskich), gdzie uznano w odniesieniu do kwestionowanych w tym postępowaniu zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących terminu dostawy, że termin 60 - dniowy na dostawę wraz z instalacją dużej ilości znacznie bardziej wyspecjalizowanego sprzętu (serwery) zdaje się być terminem wystarczającym i zabezpieczającym interesy wykonawców realizujących zamówienie.

W ten sposób argumentując, należało uznać, że nie potwierdziły się stawiane przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia.

4. Odnosząc się do zarzutu wyartykułowanego w odwołaniu, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wymaganie od wykonawców dokumentu, potwierdzającego spełnianie przez oferowane produkty wymagań Zamawiającego, nieprzewidzianego w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 powołanej ustawy, należało dostrzec, że zarzut dotyczy postanowienia Roz. III pkt 2 ppkt 4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie Zamawiający wymaga przedstawienia przez wykonawcę, celem potwierdzenia, że oferta spełnia warunki w zakresie funkcjonalności oferowanego równoważnego oprogramowania zarządzającego, dokumentu (oświadczenia) wystawionego przez producenta równoważnego oprogramowania zarządzającego, w którym potwierdzi zgodność funkcjonalną zaoferowanego oprogramowania równoważnego z oprogramowaniem wymienionym z załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący argumentując, że Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. 2009 Nr 226 poz. 1817) wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy przewiduje możliwość żądania od wykonawców zaświadczeń na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego, lecz mogą to być jedynie zaświadczenia wydawane przez niezależne podmioty uprawnione do potwierdzania zgodności oferowanych produktów z określonymi normami jakościowymi, a nie przez producenta oferowanego oprogramowania, zdaje się nie dostrzegać pozostałych przepisów przytoczonego rozporządzenia. Uszło bowiem uwadze Odwołującego pełne brzmienie zapisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 Nr 226 poz. 1817) wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy,

KIO 1954/10 16

usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii; opisu urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz środków stosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy, w celu potwierdzenia zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanego zamówienia; zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym; zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich; zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji (§ 5 ust. 1 rozporządzenia).

Nie sposób zatem odmówić prawdziwości twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym powołane wyżej rozporządzenie przewiduje możliwość żądania od wykonawców zaświadczeń na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego, i że mogą to być zaświadczenia wydawane przez niezależne podmioty uprawnione do potwierdzania zgodności oferowanych produktów z określonymi normami jakościowymi, a nie przez producenta oferowanego oprogramowania, tyle tylko, że wskazana możliwość żądania przez zamawiającego opisanego zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do potwierdzania zgodności oferowanych produktów z określonymi normami jakościowymi, jest przykładowa zaś samo

rozporządzenie dopuszcza otwarty katalog dokumentów mających służyć potwierdzeniu, że oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego. Wynika to wprost z zapisu § 5 ust. 1 powołanego rozporządzenia.

Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia w zakresie brzmienia analizowanego zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia 7 ust. 1 w zw. z 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz żądanie zmiany wskazanych wyżej postanowień w ten sposób, że wykonawcy oferujący urządzenia równoważne nie będą zobowiązani do przedkładania

KIO 1954/10 17

wystawianego przez producenta dokumentu (oświadczenia) o zgodności oferowanego oprogramowania zarządzającego z software'em firmy Cisco.

Tak argumentując, Krajowa Izba Odwoławcza, nie dopatrując się naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, oddaliła odwołanie. Wyjaśniając sporne w niniejszym postępowaniu kwestie, w granicach wyznaczonych treścią odwołania nie uwzględniono wniosków dowodowych Odwołującego. Wnioskowane dowody – z pisemnych oświadczeń czterech przedstawicieli trzech podmiotów funkcjonujących na krajowym rynku dostawców z zakresu telekomunikacji (Juniper Networks sp. z o.o. w Warszawie, Alcatel – Lucent Polska sp.; z o.o. w Warszawie oraz Huawei Polska sp. z o.o. w Warszawie) a także z korespondencji elektronicznej (maila) Odwołującego z przedstawicielem jednego z dostawców (Alcatel – Lucent Polska s p. z o.o. w Warszawie) nie mogły zostać uwzględnione jako nie nadające się do wykazania tezy dowodowej, mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia zagadnienia spornego w sprawie. Sporną w niniejszym postępowaniu była kwestia zgodności kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przeprowadzenie dowodów w kształcie i treści wnioskowanej przez Odwołującego stanowiłoby zatem przeprowadzenie ich na okoliczności prawne, których ocena pozostaje w gestii Krajowej Izby Odwoławczej. Zwrócić warto uwagę na brzmienie oświadczeń przedstawicieli firm z sektora telekomunikacyjnego, które stanowią tylko i wyłącznie subiektywną ocenę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a która podlega badaniu w tym postępowaniu: „szczegółowa analiza specyfikacji istotnych warunków zamówienia opublikowanego przez NBP projektu pod nazwą „Modernizacja infrastruktury sieciowej urządzeń aktywnych Cisco w NBP” wykazuje, że żadne urządzenie firmy Juniper Networks nie jest w stanie sprostać wymaganiom przedstawionym i zawartym w SIWZ. Specyfikacja jest precyzyjnym opisem parametrów technicznych urządzeń Cisco Systems wymienionych w specyfikacji”, „(...) Opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jednoznacznie wskazuje na produkty i urządzenia firmy Cisco Systems a oferowana przez nią możliwość składania ofert równoważnych jest tylko pozorna”, „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (...) wskazuje ściśle określone produkty Cisco Systems. Narzuca tym samym system porównawczy, którego i nie mogą spełnić rozwiązania innych producentów, co czyni niesprawiedliwym i przeczy zasadom uczciwej konkurencji”, „(...) przedmiot zamówienia jest tak skonstruowany, iż faktycznie wskazuje tylko na jednego producenta (Cisco). Wyżej wymienione zarzuty powodują że opis SIWZ narusza wymogi konkurencyjności (...)”. Podobnie należało odmówić waloru dowodu wydrukowi z korespondencji prowadzonej przez Odwołującego z przedstawicielem Lucent – Alcatel Polska s p. z o.o. Uwzględniono także, że opinia w odniesieniu do specyfikacji istotnych

KIO 1954/10 18

warunków zamówienia zaprezentowana we wskazanych oświadczeniach stanowi jednostkową ocenę kilku zaledwie podmiotów, z szerokiego rynku potencjalnych dostawców, w ramach którego należy uwzględniać przecież ogół dostawców zarówno krajowych jak i działających na szerszym rynku, obejmującym obszar Unii Europejskiej oraz inne kraje. Już choćby krajowy rynek obejmuje znaczną liczbę potencjalnych wykonawców: tylko część z nich zrzeszona jest w izbie gospodarczej - Polskiej Izbie Informatyki i Telekomunikacji, działającej na podstawie ustawy o izbach gospodarczych, której członkami są podmioty gospodarcze prowadzące działalność gospodarczą w sektorze teleinformatyki - telekomunikacji i informatyki, do której należy ponad 150 firm.

Jako przeciwwstawne wskazanym opiniom należało uznać stanowisko Przystępującego – NextiraOne Spółka z o.o. w Warszawie. Niezależnie od tego, przyznając wskazanym

oświadczeniom oraz korespondencji Odwołującego z przedstawicielem jednej z firm brak waloru dowodowego, uznając że nie mogą one służyć wykazaniu okoliczności (faktów), skoro z ich treści wyraźnie wynika, że stanowią one ocenę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawarte w nich rozważania i wnioski uczyniono elementem własnego stanowiska Odwołującego, które uwzględniono przy ocenie analizowanych w sprawie zagadnień.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:

KIO 1954/10 19