nn

tj i IM

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

Sygn. akt V Ca 3836/13

WPŁYNĘŁO

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 marca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Aleksandra Łączyńska - Mendakiewicz
Sędziowie: SSO Waldemar Beczek
SSO Zbigniew Podedwomy
Marta Dziekańska
Protokolant:

po rozpoznaniu w dniu 5 marca 2014 r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy ze skargi Zakładu Ubezpieczeń Społecznych S.A. w Warszawie

przeciwko Ingrifo Sp. z o.o. Sp. komandytowej w Warszawie

z udziałem Biura Informatyczno - Wdrożeniowego "KONCEPT" Sp. z o.o. w Krakowie,

IBM Polska Sp. z o.o. w Warszawie, Qumak S.A. w Warszawie, Devoteam S.A. w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 29 października 2013 r., sygn. akt KIO 2424/13

orzeka:

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1. w ten sposób, że nadaje mu następującą treść: „uwzględnia odwołanie w tym tylko zakresie, że nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności zapewniających rzeczywistą konkurencję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III pkt. 2.3 ppkt.

I. 1 a b i ppkt. 1.2 c, w ten sposób, że po wyrazach „BMC Software" dopisanie wyrazów „lub oprogramowania równoważnego" oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez dopisanie w rozdziale IV pkt I ppkt a i b oraz 2.2 c po wyrazach „firmy BMC Software" wyrazów „lub oprogramowania równoważnego", a w pozostałej części odwołanie oddala;

II. oddala skargę w pozostałej części; - -

-i '■ r? ’

\v- - ■ > . ...

III. znosi wzajemnie pomiędzy stronąnti-koszty postępowania wywołane .skargą. f&ujZSy

'■ > ' Za zgodność

' SEKRETARZ SĄDOWY

Anna

Sygn. akt V Ca 3836/13

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 października 2013 roku, nr ogłoszenia 2013/S 196-339038, postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę licencji wraz z opieką serwisową oraz usługi wsparcia dla Systemu Monitorowania Usługi IT w ZUS".

Przedmiot zamówienia stanowiło świadczenie w okresie trzech lat od podpisania umowy usług wsparcia dla posiadanego przez zamawiającego Systemu Monitorowania Usług opartego na oprogramowaniu BMC Software oraz dostawa oprogramowania z licencjami na czas nieokreślony i opieką serwisową. W ramach zamówienia Wykonawca został zobowiązany m. in. do udzielenia licencji / sublicencji oraz dostarczenia Zamawiającemu oprogramowania BMC Software lub równoważnego. Termin realizacji zamówienia określony został na 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy, w tym w terminie do 7 dni kalendarzowych od zawarcia umowy Wykonawca miał dostarczyć Zamawiającemu oprogramowanie BMC Software, w przypadku gdy oferta Wykonawcy obejmuje oprogramowanie BMC Software oraz udzielić licencji / sublicencji w zakresie określonym umową. W przypadku gdy oferta Wykonawcy obejmuje oprogramowanie równorzędne Wykonawca miał dostarczyć Zamawiającemu oprogramowanie objęte ofertą Wykonawcy, i w terminie 21 dni kalendarzowych od zawarcia umowy przeprowadzić wdrożenie tego oprogramowania w pełnym zakresie integracji z SMU opisanej w Załączniku nr 5 do SIWZ oraz udzielić licencji / sublicencji w zakresie określonym umową. Jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykonywanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu do składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, polegającej na wykonaniu co najmniej trzech usług w tym m.in. minimum jednej usługi polegającej na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu monitorowania, zasobów infrastruktury techniczno - systemowej w zakresie monitorowania zdarzeń i stanu usług, przy czym przy realizacji tej usługi Zamawiający wymagał korzystania z oprogramowania firmy BMC Software; minimum jednej usługi polegającej na integracji monitorowania środowisk MainFrame, Unix, Windows, przy czym przy realizacji tej usługi Zamawiający wymagał korzystania z oprogramowania firmy BMC Software. Od Wykonawcy wymagano również m.in.

dysponowania minimum czterema osobami posiadającymi doświadczenie w zakresie wdrażania systemu monitorowania zasobów infrastruktury techniczno - systemowej, które uczestniczyły we wdrożeniu minimum 1 ww. systemu opartego na oprogramowaniu firmy BMC Software, ze wskazaniem podmiotu, na rzecz którego usługa ta została wykonana. Zamawiający dopuścił nadto możliwość składania ofert równoważnych.

Jednym z oferentów był Ingrifo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie. Ww. wykonawca złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w związku z opisem sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dokonanych w pkt I ppkt 2.1. a i b oraz ppkt 2.2c ogłoszenia o zamówieniu (oraz Rozdziale IV pkt. I ppkt. 2.1 a i b oraz ppkt. 2.2c SIWZ); art. 22 ust. 4 PZP poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób wadliwy w szczególności nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia; art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu realizacji zamówienia w sposób niezgodny z jego dyspozycją, w tym w

szczególności naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców; art. 29 ust. 3 PZP poprzez brak określenia parametrów równoważności przedmiotu zamówienia; naruszenie art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez wadliwe określenie i opisanie przedmiotu zamówienia; art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3 PZP oraz art. 484 § 2 k.c., art. 491 § 2 k.c. i art. 494 k.c. poprzez wadliwe określenie i opisanie postanowień wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ; art. 42 ust. 1 PZP poprzez nieudostępnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w części opisującej sposób dokonania oceny spełnienia warunków udziału dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a także w części opisującej termin realizacji zamówienia, w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Wyrokiem z dnia 29 października 2013 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności zapewniających rzeczywistą konkurencję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy w sposób umożliwiający zaoferowanie przedmiotu zamówienia w zakresie oprogramowania oraz usługi serwisu równoważnego do oprogramowania BMC Software.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający stawiając warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszył wskazane przez odwołującego przepisy w ten sposób, że ograniczył możliwość realnego konkurowania wykonawców innych niż ci, którzy brali udział w zaprojektowaniu i wdrażaniu systemu monitorowania zasobów z zastosowaniem oprogramowania firmy BMC Software, analogicznie w odniesieniu do obowiązku dysponowania osobami z doświadczeniem z pracą na oprogramowaniu firmy BMC Software. Jeżeli zatem zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych, to tym bardziej sam warunek, opis sposobu dokonywania oceny jego spełniania powinien również dopuszczać możliwość wykazania się doświadczeniem czy dysponowaniem osobami w rozwiązaniach równoważnych. W konsekwencji dochodzi do sytuacji, w której wykonawcy mając obowiązek wykazania się doświadczeniem i osobami przy użyciu określonego oprogramowania BMC Software, już przy realizacji przedmiotu umowy mogą stosować oprogramowanie równoważne. Tym samym zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej podpisze umowę z wykonawcą, który mając doświadczenie przy realizacji innych usług z użyciem oprogramowania BMC Software, wdrażał będzie oprogramowanie zupełnie inne, a zamawiający nie będzie miał możliwości zweryfikowania doświadczenia tego wykonawcy w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, iż sam fakt, że zamawiający posiada wieloletnie doświadczenie w pracy z oprogramowaniem BMC Software, jak też okoliczność, że została na ten cel wydatkowana określona, znaczna wartość pieniężna, nie może stanowić podstawy do uznania, że w tym określonym przypadku może zostać wyłączona zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający dopuszczając zaoferowanie rozwiązania równoważnego powinien bowiem zagwarantować taki czas jego realizacji, aby wykonawcy oferujący takie rozwiązanie mogli faktycznie i rzetelnie przygotować się do realizacji zamówienia, unikając sankcji za nieterminowe wykonanie zamówienia. Z uwagi na powyższe KIO nakazała zamawiającemu wprowadzenie do wskazanych punktów specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy terminu realnego - dla rozwiązania równoważnego, który umożliwi odwołującemu i przystępującym realizację przedmiotu zamówienia (wdrożenia systemu), w terminach faktycznie wynikających z zakresu prac przewidzianych w OPZ, jak też terminu, który nie byłby jedynie korzystny dla dotychczasowego wykonawcy usługi, który z oczywistych względów pozostaje na pozycji uprzywilejowanej, ale nie wyłącznej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający uchybił także dokonaniu opisu cech równoważności. Analizując opis zamieszczony w SIWZ podkreślono, iż wskazanie przez zamawiającego szczegółowego opisu SMU wraz z opisem zastosowanego rozwiązania wychodzącego od celu powstania, poprzez zakres, architekturę rozwiązania, opisując przepływ i zasady informacji oraz funkcjonalności poszczególnych elementów nie stanowi o opisie równoważności. Opis powyższy dotyczy bowiem szczegółowego opisania przedmiotu posiadania, przedmiotu, który zamawiający już posiada. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w żadnym innym dokumencie nie podał jaka np. istotna cecha określonego parametru, która jest dla zamawiającego istotnie ważna, może być osiągnięta w odmienny sposób - w sposób, który nie determinuje użycia oprogramowania BMC Software.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż opisane przez zamawiającego parametry ograniczają możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego. Zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie polega na ograniczaniu możliwości oferowania jednego produktu przez wielu dostawców. Istotą zachowania tej zasady jest bowiem dopuszczenie do obrotu - realizacji zamówienia publicznego, tylu różnych produktów, które realizować będą cel założony przez zamawiającego. KIO nie widzi również przeszkód w możliwości zaoferowania całego oprogramowania innego (zastępczego) do oprogramowania referencyjnego, posiadanego przez zamawiającego, przy zachowaniu określonych funkcjonalności. Tryb przetargu nieograniczonego świadczy o chęci zamawiającego, aby postępowanie było prowadzone w trybie najbardziej konkurencyjnym. Brzmienie ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, w tym wzoru umowy, ogranicza konkurencję tylko do podmiotów będących autoryzowanymi biznes partnerami producenta oprogramowania już użytkowanego przez zamawiającego. Zamawiający naraża się na monopol jednego producenta, który ma cechę narażającą zamawiającego na zarzut niegospodarnego wydatkowania środków publicznych.

Od powyższego wyroku skargę wniósł Zamawiający zaskarżając go w całości, zarzucając mu:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez błędne zastosowanie i niezasadne uznanie, że skarżący dopuścił się naruszenia ww. przepisu poprzez niezachowanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w związku z opisem sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dokonanych w pkt I ppkt 2.1. a i b oraz ppkt 2.2c ogłoszenia o zamówieniu (oraz Rozdziale IV pkt. I ppkt. 2.1 a i b oraz ppkt. 2.2c SIWZ);

2) naruszenie art. 22 ust. 4 PZP poprzez błędne zastosowanie i niezasadne uznanie, że skarżący dopuścił się naruszenia ww. przepisu poprzez sporządzenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób wadliwy w szczególności nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia;

3) naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez błędne zastosowanie i niezasadne uznanie, że skarżący dopuścił się naruszenia ww. przepisu poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu realizacji zamówienia w sposób niezgodny z jego dyspozycją, w tym w szczególności naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;

4) naruszenie art. 29 ust. 3 PZP poprzez błędne zastosowanie i niezasadne uznanie, że skarżący dopuścił się naruszenia ww. przepisu poprzez brak określenia parametrów równoważności przedmiotu zamówienia;

5) naruszenie art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez błędne zastosowanie i niezasadne uznanie, że skarżący dopuścił się naruszenia ww. przepisu poprzez wadliwe określenie i opisanie przedmiotu zamówienia;

6) naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3 PZP oraz art. 484 § 2 k.c., art. 491 § 2 k.c. i art. 494 k.c. poprzez błędne zastosowanie i niezasadne uznanie, że skarżący dopuścił się naruszenia ww. przepisów poprzez wadliwe określenie i opisanie postanowień wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ;

7) naruszenie art. 191 ust. 2 PZP poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu;

8) naruszenie art. 190 ust. 7 PZP poprzez ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału polegające na przyjęciu, że możliwość zrealizowania usługi przez kilka podmiotów mających siedziby na terenie Unii Europejskiej stanowi ograniczenie konkurencji;

9) naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP poprzez nieprawidłowe zastosowanie ww. przepisu, a w konsekwencji nieprawidłowe sformułowanie sentencji wyroku, co uniemożliwia wykonanie wyroku przez zamawiającego;

10) naruszenie art. 36 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 83 ust. 1 PZP poprzez faktyczne

„wymuszenie" na zamawiającym dopuszczenia możliwości składania przez wykonawców ofert wariantowych.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania przeciwnika skargi jako oczywiście bezzasadnego, jak również o zasądzenie kosztów postępowania skargowego oraz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zamawiającego w przeważającej części zasługiwała na uwzględnienie.

Wskazać bowiem należy, iż za niezasadny Sąd Okręgowy uznał jedynie podniesiony przez zamawiającego zarzut błędnej oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą wymogów, jakie winien spełnić podmiot ubiegający się o udział w postępowaniu przetargowym, jako kreowanych wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców, jak również uczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza zajęła bowiem trafne stanowisko, wskazując, iż uchybienia w podstawowych założeniach warunkujących ubieganie się o zamówienie przejawiają się w sporządzeniu opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

W analizowanej sprawie zamawiający naruszył tę zasadę przez celową eliminację większości wykonawców i doprowadzenie do sytuacji, w której zaledwie kilkoro z nich miałoby realne szanse wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym. Wyraz naruszenia obowiązku zachowania przez zamawiającego - Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, zasad uczciwej konkurencji oraz równości stanowiło nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia dokonanie opisu sposobu oceny spełnienia warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP. Warunek wykazania przez wykonawców: „minimum jednej usługi polegającej na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu monitorowania, zasobów infrastruktury techniczno — systemowej w zakresie monitorowania zdarzeń i stanu usług, przy czym przy realizacji tej usługi korzystanie z oprogramowania firmy BMC Software; minimum jednej usługi polegającej na integracji monitorowania środowisk MainFrame, Unix, Windows, przy czym przy realizacji tej usługi korzystanie z oprogramowania firmy BMC Software", „minimum czterema osobami posiadającymi doświadczenie w zakresie wdrażania systemu monitorowania zasobów infrastruktury techniczno - systemowej, które uczestniczyły we wdrożeniu minimum 1 w. systemu opartego na oprogramowaniu firmy BMC Software, ze wskazaniem podmiotu, na rzecz którego usługa ta została wykonana" stanowi niczym nieuzasadnione ograniczenie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia jedynie do tych wykonawców, którzy projektowali i wdrażali system monitorowania oparty wyłącznie na oprogramowaniu firmy BMC Software. Wymagania te ukształtowane zostały więc na szczególnie wysokim, wręcz wygórowanym poziomie, nieuzasadnionym przedmiotem zamówienia, ograniczając możliwość spełnienia warunku udziału w postępowaniu jedynie przez zamówienia realizowane w oparciu o oprogramowanie BMC Software. Tym samym opis warunków wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym uniemożliwia ubieganie się o udzielenie niniejszego zamówienia wykonawcom posiadającym duże doświadczenie we wdrożeniach zbliżonych do wyspecyfikowanego w opisie przedmiotu zamówienia oraz niezbędny potencjał do należytego wykonania zamówienia. Treść ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III pkt 2.3 ppkt. 1 .lab i ppkt 1.2c oraz w rozdziale IV pkt I ppkt a i b oraz 2.2c SIWZ nie powoduje wyłącznie redukcji możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia do podmiotów, które mają doświadczenie w projektowaniu systemów monitorowania w oparciu o oprogramowanie BMC oraz które dysponują odpowiednimi zasobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia, ale przede wszystkim ogranicza zdrową konkurencję. Nie można bowiem z góry zakładać, o czym pośrednio świadczy dokumentacja przetargowa sporządzona przez zamawiającego, że do udziału w zamówieniu zostaną dopuszczeni m.in. wykonawcy, którzy nie dają rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia. Opis sposobu dokonania oceny warunków udziału w postępowaniu nie jest tu adekwatny do osiągnięcia celu. Skoro więc zamawiający w opisie przedmiotu dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych, to tym samym warunki oceny potencjalnych oferentów powinny również dopuszczać możliwość wykazania się określonym doświadczeniem, czy dysponowaniem osobami w rozwiązaniach równoważnych.

Z tych przyczyn Sąd Okręgowy zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nadając mu następujące brzmienie: „uwzględnia odwołanie w tym tylko zakresie, że nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności zapewniających rzeczywistą konkurencję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu w sekcji III pkt. 2.3 ppkt. 1.1 a b i ppkt. 1.2 c w ten sposób, że po wyrazach „BCM Software" dopisanie wyrazów „lub oprogramowania równoważnego"' oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez dopisanie w rozdziale Iv pkt I ppkt a i b oraz 2.2 c po wyrazach „firmy BMC Software" wyrazów „lub oprogramowania równoważnego", oddalając odwołanie w pozostałej części".

Treść powyższego wyroku jednoznacznie wskazuje, iż pozostałe zarzuty podniesione przez zamawiającego okazały się zasadne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestionowanego przez skarżącego przed Krajową Izbą Odwoławczą opisu przedmiotu zamówienia, wskazać należy, iż co prawda to na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisania standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży, jednakże należy przy tym zauważyć, iż czynność ta stanowi nie tylko obowiązek, ale przede wszystkim uprawnienie zamawiającego, które kształtuje zgodnie ze swoją wolą. Tym samym precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia pozostaje w gestii samego zamawiającego, który jedynie nie może opisać go tak, aby ograniczyć konkurencję lub równe traktowanie wykonawców. Przedmiot zamówienia jest więc suwerenną decyzją Zamawiającego, a jedynie jego opis podlega wymogom zakreślonym w ustawie Prawo zamówień publicznych. Błędny jest więc pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, że Zamawiający miał obowiązek w ramach prowadzonego postępowania dopuścić możliwość budowy nowego systemu od podstaw. Rozważania w tym zakresie nie odpowiadają regulacjom ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sąd Okręgowy stwierdził, że zamawiający oczekuje dostawy oprogramowania BMC Software lub równorzędnego celem uzupełnienia już funkcjonującego systemu, nie może prowadzić do wniosku, jakoby powodowało ono brak zachowania podstawowych zasad uczciwej konkurencji. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do wymagań stawianych przez zamawiającego, podmiotowi ubiegającemu się o udział w postępowaniu przetargowym przysługuje prawo wystąpienia z zapytaniem, celem uzyskania szczegółowych informacji dotyczących interesujących go kwestii równorzędności zamówienia. Tym samym nie można zasadnie podnosić, iż opis przedmiotu zamówienia wskazany przez zamawiającego ogranicza konkurencję, albowiem nie zostało to wykazane w toku postępowania przez Krajową Izbą Odwoławczą, która nie prowadziła w tym zakresie postępowania dowodowego, jak i przed Sądem. Krajowa izba Odwoławcza całkowicie bezpodstawnie przyjęła więc jakoby opisane przez zamawiającego parametry ograniczały możliwość zaoferowania rozwiązania równorzędnego. Ustalenie, czy rzeczywiście doszło do wykluczenia możliwości zaoferowania oprogramowania innego, równorzędnego oprogramowaniu BMC Software, bez dysponowania wiadomościami specjalnymi nie było możliwe na obecnym etapie postępowania. Tym samym nie można przyjąć, jakoby w sposób powyżej wskazany zamawiający ograniczył produkty, mogące zrealizować cel przez niego podany.

Reasumując, będący przedmiotem analizy przez Sąd Okręgowy opis przedmiotu zamówienia nie ogranicza konkurencji tylko do podmiotów będących autoryzowanymi biznes partnerami producenta oprogramowania już użytkowanego przez zamawiającego, nie naraża go na monopol jednego producenta i nie można stawiać zarzutu niegospodarnego wydatkowania środków publicznych. Jedynie na marginesie wskazać należy, iż zarówno Krajowa Izba Odwoławcza, jak i Sąd nie są organami nadzoru nad działalnością Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i do ich kompetencji nie należy kontrola wydatkowania środków, którymi zamawiający dysponuje. Tym samym Sąd Okręgowy oddalił wnioski dowodowe zgłoszone przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza również niezasadnie uznała za tralhy zarzut odwołującego w przedmiocie braku opisu wymogów oprogramowania równorzędnego w SIWZ, Podkreślić bowiem należy, iż co prawda zamawiający wskazał jedynie na dopuszczalność składania ofert równorzędnych, nie precyzując na czym ta równorzędność miałaby polegać, jednakże, jak już o tym powyżej była mowa, w takim przypadku podmiotowi ubiegającemu się o udział w postępowaniu przetargowym zamawiający dał możliwość wystąpienia z zapytaniem mającym na celu ustalenie cech żądanej równorzędności. Nadto wskazać należy, iż odwołujący nie wykazał, jakoby brak sprecyzowanego opisu przedmiotowych wymogów mógł doprowadzić do ograniczenia zdrowej konkurencji. Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający w SIWZ opisał jedynie system dotychczas użytkowany, a jeżeli taki opis nie jest wystarczający dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym to może on wystąpić z

zapytaniem, celem uzyskania informacji na temat znaczenia „równorzędności" dla strony zamawiającej. Nie można bowiem uznać, iż w rozpatrywanej sytuacji to na zamawiającym z urzędu spoczywa obowiązek sprecyzowania na czym ta równorzędność miałaby polegać. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła błędne stanowisko, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy również i w tym zakresie. Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający ma obowiązek wskazania cech i parametrów przedmiotu zamówienia. Wskazując jednakże na dopuszczenie składania ofert równorzędnych, obowiązek taki nie wynika z przepisów prawa, które statuują jedynie możliwość wystąpienia z zapytaniem, celem ustalenia warunków równorzędnych. Tym samym nie można uznać, iż dana oferta nie spełnia wymogu równorzędności, jeżeli z powodu braku danych nie można wykazać, czy jest ona równorzędna, czy też nie. Tylko przy wskazaniu zakresu równorzędności jest możliwe stwierdzenie, że złożona oferta zawiera rozwiązania równorzędne, i w konsekwencji podjęcie

przez zamawiającego decyzji o uznaniu oferty za ważną albo jej odrzuceniu. Tym samym podnoszony przez odwołującego zarzut miałby rację bytu jedynie w sytuacji uprzedniego wystąpienia przez niego z zapytaniem o wskazanie cech równorzędności, otrzymaniem doprecyzowanego zakresu dopuszczalnej równorzędności ofert, a następnie jego oceną zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

W wyroku z dnia 5 stycznia 2012 r., KIO 2734/11, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że "(...) pomimo, że w ustawie nie wyartykułowano wprost przepisu nakazującego zamawiającemu opisanie sposobu potwierdzania równoważności oferowanych rozwiązań, to jednak wobec obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisania przedmiotu zamówienia oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych (art. 29 ust. 1 i 3, art. 30 ust. 4 PZP), opisania sposobu przygotowania ofert, a także sposobu ich oceny (art. 36 ust. 1 pkt 10 i 13 PZP), należy przyjąć na podstawie zarówno doktryny, jak i ugruntowanego orzecznictwa w tej materii, że zamawiający by mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne, spełniają wymóg równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, musi je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w SIWZ".

Krajowa Izba Odwoławcza również niezasadnie przyjęła jakoby termin 30 dni na wdrożenie zaoferowanego systemu równorzędnego nie był wystarczający i zapis taki w dalszym ciągu dyskryminował wykonawców chcących zaoferować rozwiązania równorzędne. Skarżący nie wykazał bowiem, aby ustalony przez zamawiającego termin nie był terminem realnym dla wprowadzenia rozwiązania równorzędnego. Z tych względów Krajowa Izba Odwoławcza niezasadnie uznała, ażeby termin te jawił się jako niewystarczający i zapis taki w dalszym ciągu dyskryminował wykonawców chcących zaoferować rozwiązania równorzędne. Skarżący nie wykazał także, a to na nim zgodnie z art. 6 k.c. spoczywał ciężar dowodu, ażeby termin dla wykonawców oferujących rozwiązania równorzędne nie mógł potwierdzić zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie i sfinansowania go do czasu dokonania płatności przez zamawiającego. Nie budzi więc wątpliwości Sądu, iż określenie terminu wdrożenia zaoferowanego systemu, różnicującego wykonawców, oparte zostało na obiektywnych i uzasadnionych potrzebach zamawiającego, albowiem odmiennego stanowiska skarżący nie wykazał. Tym samym za zasadny należało uznać jedynie zarzut odwołującego się wskazujący na naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaś pozostałe zarzuty na uwzględnienie nie zasługiwały.

Z tych względów na mocy art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania Sąd Okręgowy rozstrzygnął na

podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

oryginsie właściwe podpisy

Za zgodność sekretarz sądowy

Anna^.

uk