

Warszawa, dnia 10 października 2014 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

INTARIS Sp. z o.o.

ul. Księcia Ziemowita 53, 03-885 Warszawa

fax: 22 351 28 54

e-mail: biuro@intaris.pl

przedstawiciel Odwołującego: Paweł Krakowiak

Zamawiający:

KOMENDANT STOLECZNY POLICJI

ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa

Adres do korespondencji:

Komenda Stołeczna Policji

Wydział Zamówień Publicznych,

ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa

faks: (22) 60 376 42

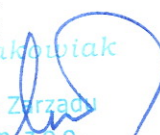
e-mail: anna.kukawka@policja.waw.pl

ODWOŁANIE

w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 134 000 EURO na „DOSTAWY PRZENOŚNYCH ZESTAWÓW KOMPUTEROWYCH” – Nr sprawy: WZP-3233/14/102/Ł (zwane dalej „postępowaniem”).

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą”), w imieniu INTARIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

2. Przedmiotem przeprowadzenia postępowania jest zawarcie umowy ramowej na dostawy przenośnych zestawów komputerowych, zwanych dalej „zestawami”; W okresie obowiązywania umowy ramowej Zamawiający planuje zakup 250 zestawów; Pod pojęciem „zestawu” Zamawiający rozumie przenośny komputer wraz z system


Paweł Krakowiak

operacyjnym, określone w załączniku nr 1 stanowiącym Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawartym w dokumentacji przetargowej umieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego i oprogramowaniami dodatkowymi, o których mowa w pkt 21 powyższego załącznika wraz z torbą na oferowany zestaw.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.09.2014r., numer ogłoszenia 2014/S 187-329780. Zamawiający zamieścił treść SIWZ na stronie internetowej pod adresem:

http://przetargi.policja.waw.pl/portal/zam/153/31274/Postepowanie_w_celu_zawarcia_umowy_ramowej_na_dostawy_przenosnych_zestawow_kompu.html

4. Czynnościom Zamawiającego, polegającym na sporządzeniu treści SIWZ, Odwołujący stawia następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia poprzez taki dobór parametrów, które uniemożliwiają złożenie oferty na sprzęcie innej marki niż Lenovo.

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) dokonał modyfikacji treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,
- b) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący chce złożyć ofertę i ubiegać się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo tj. w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji, dokonałby opisu przedmiotu zamówienia, umożliwiając Odwołującego złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez niezgodny z ustawą opis przedmiotu zamówienia Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej i spełniającej wszystkie wymagania SIWZ oferty. W rezultacie, Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanej powyżej wadliwości SIWZ jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenia prawidłowej oferty, a tym samym uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co może w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania.

7. Zamawiający zamieścił treść SIWZ na ww. stronie internetowej w dniu 30.09.2014 r. Niniejsze odwołanie wnoszone jest w dniu 10.10.2014 r., a zatem z zachowaniem ustawowego dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

8. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie zatem z przepisem art. 180 ust. 1 i 2 ustawy niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.

UZASADNIENIE

Odnosnie zarzutu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, Odwołujący podnosi, co następuje.

Odwołujący kwestionuje niniejszym prawidłowość i zasadność wskazanych poniżej w tabeli (kolumna 2 'Wymagania Załącznik nr 1 do SIWZ') wymagań opisanych przez Zamawiającego, żądając ich modyfikacji w sposób wskazany w ostatniej kolumnie 'Wymaganie sformułowane zgodnie z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust 1 i 2 ustawy'.

Lp.	Wymagania Załącznik nr 1 do SIWZ	Wymaganie sformułowane zgodnie z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust 1 i 2 ustawy
1.	Pkt 9. Wyposażenie multimedialne <i>Wbudowana, zgodna z HD Audio, Dolby Advanced Audio v2, wbudowane głośniki stereo (min. 2x2W), wbudowane dwa mikrofony, kamera min. HD720p pracująca przy niskim oświetleniu z face tracking.</i>	Wnioskowana treść SIWZ <i>Wbudowana, zgodna z HD Audio, Dolby Advanced Audio v2, wbudowane głośniki stereo (min. 2x1W), wbudowane dwa mikrofony, kamera min. HD720p.</i>
2.	Pkt 11. Porty/złącza <i>min.1xUSB 3.0 (z możliwością ładowania baterii urządzeń zewnętrznych poprzez port USB przy wyłączonym komputerze), min.3xUSB2.0, złącze combo słuchawki/mikrofon, 1xExpress Card54/34, VGA, Mini Display Port, RJ-45, czytnik kart multimedialnych (min. SD/SDHC/SDXC/MMC),</i>	Wnioskowana treść SIWZ <i>min.1xUSB 3.0 (z możliwością ładowania baterii urządzeń zewnętrznych poprzez port USB), min.3xUSB2.0, złącze combo słuchawki/mikrofon, 1xExpress Card54/34, VGA, Mini Display Port lub port HDMI wraz z przejściówką Display Port, RJ-45, czytnik kart multimedialnych (min.</i>

Lp.	Wymagania Załącznik nr 1 do SIWZ	Wymaganie sformułowane zgodnie z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust 1 i 2 ustawy
	<i>złącze dokowania umieszczone w dolnej części komputera umożliwiające podłączenie komputera do dedykowanej stacji dokującej (nie replikatora portów podłączanego poprzez port USB)</i>	<i>SD/SDHC/SDXC/MMC), złącze dokowania umieszczone w dolnej części komputera umożliwiające podłączenie komputera do dedykowanej stacji dokującej (nie replikatora portów podłączanego poprzez port USB)</i>
3	Pkt 21. Oprogramowania dodatkowe Oprogramowanie służące do obsługi napędu DVD. Oprogramowanie umożliwiające aktualizacje sterowników oraz podsystemu zabezpieczeń poprzez Internet. Oprogramowanie do wykonania kopii bezpieczeństwa systemu operacyjnego i danych użytkownika na dysku twardym, zewnętrznych dyskach, sieci, CD-ROM-ie oraz ich odtworzenie po ewentualnej awarii systemu operacyjnego bez potrzeby jego reinstalacji. Oprogramowanie w wersji polskiej.	Wnioskowana treść SIWZ Oprogramowanie służące do obsługi napędu DVD. Oprogramowanie do wykonania kopii bezpieczeństwa systemu operacyjnego i danych użytkownika na dysku twardym, zewnętrznych dyskach, sieci, CD-ROM-ie oraz ich odtworzenie po ewentualnej awarii systemu operacyjnego bez potrzeby jego reinstalacji. Oprogramowanie w wersji polskiej.
4	Pkt 23. system operacyjny system operacyjny 32/64bit PL nie wymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu + nośnik – min. opis: system operacyjny 32/64-bit, niewymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu u producenta (...).	Wnioskowana treść SIWZ system operacyjny 64bit PL nie wymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu + nośnik – min. opis: system operacyjny 64-bit, niewymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu u producenta (...).(*)

(*) Konsekwentnie, w Załączniku 6 do SIWZ, w pkt 7 System operacyjny: „system operacyjny 64bit PL nie wymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu + nośnik”

Generalnie opis przedmiotu zamówienia jest zbiorem wielu wymagań minimalnych, które sumarycznie może spełnić wyłącznie jeden produkt jednego producenta, czyli Lenovo ThinkPad L540 produkowany przez firmę Lenovo. Nie istnieje żadne inne dostępne na rynku rozwiązanie, które w całości (łącznie) spełnia wymagania SIWZ odnośnie zawartych w komputerach przenośnych obudowy, płyty głównej, procesora, pamięci operacyjnej, RAM-u, zabezpieczenia dysku twardego, parametrów pamięci masowej, karty graficznej, karty sieciowej, klawiatury, WiFi, Bluetooth-a, napędu optycznego, wymagań dotyczących baterii i zasilania, ergonomii, bezpieczeństwa zdalnego i zarządzania, akcesoriów, Bios-u, warunki gwarancji i wyposażenia, przy tak sformułowanych warunkach wyposażenia multimedialnego, portów/złączy, systemu operacyjnego oraz oprogramowania dodatkowego. Każdy inny porównywalny dostępny na rynku komputer przenośny, np.: Dell E6540, bądź urządzenia producentów takich jak: HP, Asus czy Acer, nie spełniają jednego albo kilku z postawionych przez Zamawiającego wymagań. W odniesieniu do żądania z pkt 21 („Oprogramowanie umożliwiające aktualizacje sterowników oraz podsystemu zabezpieczeń poprzez Internet”) Odwołujący podnosi, że wprost ono wskazuje na produkt Lenovo ThinkPad L540. Zaś żądanie zaoferowania systemu operacyjnego 32/64bit nie uwzględnia postępu technologicznego. Obecnie stosowanymi procesorami w notebookach są wersje 64 bit. System 32 bitowy nie obsługuje w pełni 64 bitowego procesora, jak również źle rozpoznaje rozmiar

pamięci RAM. Dlatego, w celu uzyskania maksymalnej wydajności obecnie w komputerach przenośnych stosuje się system 64 bit. Z uwagi na powyższe, stwierdzić należy, że opis przedmiotu zamówienia zawiera wymagania nie odnoszące się w żaden sposób do możliwości funkcjonalnych czy technicznych samych urządzeń, a jedynie wykluczające złożenie oferty w oparciu o inne produkty niż komputer przenośny Lenovo ThinkPad L540.

Biorąc pod uwagę przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05). Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Powyższe już dawno zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO, np. w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07, gdzie KIO stwierdziła, że: *„Zamawiającemu wolno określić przedmiot w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązanie techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca.”* Również w najnowszym orzecznictwie Izby kwestia powyższa nie budzi wątpliwości. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 694/13: *„(...) nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt określonego producenta, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Zgodnie poglądami doktryny należy podkreślić, że w myśl przepisów Pzp, nie jest konieczne wykazanie, że do naruszenia uczciwej konkurencji faktycznie doszło. Wystarczy jedynie uprawdopodobnienie takiej sytuacji. Istotnym jest, że art. 29 ust. 2 Pzp posługuje się sformułowaniem <<mógłby utrudniać uczciwą konkurencję>>. Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym (wyroku KIO z dnia 30 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1463/08), który nie udowodnił, że sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 2 Pzp.”*

Z powołanych przepisów ustawy wynika jednoznacznie, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający 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 (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, oraz wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05).

Warto w tym miejscu dodać również, że w art. 23 ust. 8 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi wskazano, że: *„Jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, specyfikacje techniczne nie mogą zawierać odniesienia do konkretnej marki ani źródła ani też do żadnego szczególnego procesu, znaku handlowego, patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw albo produktów. Odniesienie takie jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, gdy dostatecznie precyzyjny i zrozumiały opis przedmiotu zamówienia, zgodny z ust. 3 i 4, nie jest możliwy; odniesieniu takiemu towarzyszą słowa <<lub równoważny>>”*. Jak wynika z wyżej przytoczonego przepisu Dyrektywy niedozwolone odniesienia specyfikacji technicznych muszą więc wskazywać na określony produkt, które to wskazanie i odniesienie poprzez właśnie takie sformułowanie parametrów granicznych mogłoby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych produktów lub wykonawców (zob. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO/KD 14/12).

Odnosnie art. 29 ust. 2 ustawy Odwołujący pragnie ponadto zauważyć, że użyty w treści tego przepisu zwrot *„mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”* wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Na powyższe wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Oprócz powołanego powyżej wyroku KIO 694/13 wskazać można w tym zakresie choćby na wyrok KIO z 30 grudnia 2010r., sygn. akt 2729/10, zgodnie z którym: *„treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli skutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie polega wszakże na całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, jak również wszystkich urządzeń, technologii lub rozwiązań poza jednym. Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, iż nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp”*.

W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, co Odwołujący bez wątplenia uczynił. Tym samym zarzut naruszenia ww. artykułu winien zostać uwzględniony, jak bowiem wskazano w wyroku KIO z dnia 22 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1589/13, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Bydgoszczy (sygn. akt II Ca 693/05), „*uprawdopodobnienie naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy należy uznać za wystarczające dla uznania zasadności tych zarzutów*”.

Stanowisko KIO jest w pełni zgodne ze stanowiskiem doktryny. Również bowiem w doktrynie wskazuje się, że sama możliwość utrudnienia konkurencji poprzez niewłaściwe sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia jest niedozwolona. W komentarzach do ustawy Pzp zaznacza się, że „*przy określaniu przedmiotu zamówienia, PrZamPubl wprowadza zakaz określania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę. Zachowaniu uczciwej konkurencji służyć ma właśnie stosowanie obiektywnych cech technicznych i jakościowych. Należy zauważyć, że dla podważenia w drodze środków ochrony prawnej nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia należy wskazać jedynie na możliwość utrudniania w ten sposób uczciwej konkurencji. Wykonawca nie musi natomiast udowodnić, że określenia zawarte w siwz, co do przedmiotu zamówienia, rzeczywiście tę uczciwą konkurencję uniemożliwią*” (patrz: Pieróg Jerzy: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, C.H.Beck, Warszawa 2010, str. 115). Podkreśla się również, że „*[o]pis przedmiotu zamówienia nie powinien więc wskazywać konkretnego wyrobu czy wykonawcy*” (patrz: Płużański Marcin: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, C.H.Beck, Warszawa 2009, str. 318).

W niniejszym postępowaniu nie mamy jednak do czynienia z potencjalnym utrudnieniem uczciwej konkurencji, lecz z kwalifikowaną formą naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – z faktycznym zamknięciem postępowania dla firm innych niż Lenovo. W niniejszym postępowaniu wprowadzenie do treści SIWZ zbioru kwestionowanych powyżej w uzasadnieniu wymagań prowadzi do wniosku, iż jednoczesne spełnienie tych wymagań jest możliwe wyłącznie przy zaoferowaniu jednego produktu jednego producenta - Lenovo. Takie działanie jest zatem niedopuszczalne w świetle przepisów art. 29 ust. 2 ustawy. Postanowienia SIWZ w aktualnym brzmieniu w zasadzie wyłączają jakąkolwiek konkurencję co do oferowanych produktów. Wprowadzenie do treści SIWZ określonego katalogu wymaganych cech nie wydaje się być przy tym podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, a wyłącznie chęcią maksymalnego ograniczenia konkurencji. Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest 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. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi. (tak np. wyrok KIO z 21.09.2010

Wojciech Krzykowiak
Wiceprezes Zarządu
INTARIS Sp. z o.o.

r., sygn. akt KIO 1954/10; podobnie KIO w wyroku z 26.09.2011r. sygn. akt KIO 1995/11). Na powyższe konsekwentnie wskazuje się również w najnowszym orzecznictwie KIO, przykładowo w wyroku z dnia 22 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1589/13: „z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia tzw.: <<neutralnego>> opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy Zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt.”

W podobnym do przedmiotowego stanie faktycznym, Izba orzekła, że wystarczające jest, aby jeden z trzech wykonawców był wyeliminowany z możliwości składania ważnych ofert, aby stwierdzić, iż doszło do ograniczenia dostępu do rynku. W wyroku z dnia 12 października 2010 r., sygn. akt KIO/2093/10, KIO/2094/10, KIO 2045/10, Izba orzekła, że **„[m]ając na uwadze okoliczność, iż na rynku występuje trzech renomowanych producentów sprzętu medycznego, ograniczenie dostępu do zamówienia jednemu z nich stanowi istotne ograniczenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w otwartej procedurze”**. Dalej, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego w zakresie jego uzasadnionych potrzeb warunkujących konieczność ograniczenia dostępu do zamówienia, Izba orzekła, że uzasadnione potrzeby nie występują i uwzględniła odwołanie wykonawcy, wykazującego konieczność dokonania zmian w opisie technicznym sprzętu („[w] sytuacji, gdy kwestionowana wydajność cyklotronu nie jest istotna z punktu widzenia zapewnienia prawidłowej pracy pracowni PET/CT, a jednocześnie przy postulowanej przez odwołującego zmianie możliwe jest wykorzystanie nadwyżki produkcji radiofarmaceutyków na potrzeby innych ośrodków, ustalenie tego parametru jako koniecznego dla ważności składanej oferty, stanowi, w ocenie Izby, o naruszeniu zasady przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji”).

W kontekście formułowania opisu przedmiotu zamówienia, ważne są również wskazówki KIO, która podkreśla, że „[o]ceniając prawidłowość działań zamawiającego w tym zakresie [tj. w zakresie sformułowania opisu przedmiotu zamówienia – przypis Wykonawcy] 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” (patrz: wyrok KIO z dnia 2 września 2010 r., sygn. akt KIO/1795/10). Izba podkreśla również, że „w sytuacji, gdy określone przez zamawiającego wymagania mogą ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający zobowiązany jest wykazać, że są one niezbędne w świetle celu założonego w danym postępowaniu” (patrz: wyrok KIO z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1246/10).

Odwołujący pragnie podkreślić, że wymagania SIWZ nie tylko, że wykluczają jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu, zmuszając wykonawców do zaoferowania jednego konkretnego produktu, to jeszcze nie mają żadnego obiektywnego uzasadnienia. W ocenie Odwołującego ich wprowadzenie ma na celu tylko i wyłącznie

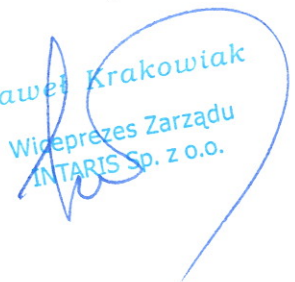
uzyskanie przez Zamawiającego preferowanego przez niego produktu – przenośnego zestawu komputerowego marki Lenovo.

W ocenie Odwołującego opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób tj. tak, jak to zostało wskazane w odwołaniu, umożliwia realizację potrzeb Zamawiającego przy jednoczesnym poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania przetargowego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Twierdzenie to znajduje swoje odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 69/10 cyt: „Zamawiający wskazuje tylko żądany efekt, natomiast nie narzuca wykonawcom sposobu, w jaki mają go osiągnąć”.

Wykonawca podkreśla jednocześnie, że z uwagi na charakter kwestionowanych postanowień SIWZ, z które każdy utrudnia uczciwą konkurencję w skuteczny sposób pozbawiający Wykonawcy dostępu do rynku, tylko pełne uwzględnienie przedstawionego w niniejszym odwołaniu zarzutu i żądania skutkować będzie doprowadzeniem postępowania do zgodności z ustawą. Pozostawienie w SIWZ któregośkolwiek z kwestionowanych postanowień spowoduje, iż dostęp do niniejszego zamówienia w dalszym ciągu będzie utrudniony. Wykonawcy zobowiązani są bowiem do złożenia oferty zgodnej z każdym żądaniem przedstawionym w treści SIWZ, zatem zaniechanie zmiany któregośkolwiek z przedstawionych powyżej wymagań nie otworzy dostępu do tego postępowania wszystkim podmiotom mogącym zaoferować produkt służący osiągnięciu wskazanego przez Zamawiającego celu zamówienia.

Mając na uwadze argumenty przedstawione powyżej, należy uznać, że odwołanie jest w pełni uzasadnione, a zarzuty określone w jego *petitum* zasługują na uwzględnienie.

Z poważaniem,


Paweł Krakowiak
Wiceprezes Zarządu
INTARIS Sp. z o.o.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. kopia aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego.

Potwierdzenie wykonanej operacji

Dane właściciela rachunku

Nazwa właściciela INTARIS SP Z O O.
Adres właściciela UL. KSIĘCIA ZIEMOWITA 53, 03-885 WARSZAWA
Rachunek właściciela 80 1240 1095 1111 0010 2092 8213

Dane kontrahenta/zlecniodawcy

Nazwa Urząd Zamówień Publicznych
Adres ul. Postępu 17a 02-676 Warszawa
Rachunek 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000

Szczegóły operacji

Data waluty 10.10.2014
Data księgowania 10.10.2014 14:11:55
Kwota -15 000,00 PLN
Tytuł operacji Wpis do odwołania na Dostawy przenośnych zestawów komputerowych, nr sp rawy: WZP-3233/14/102/Ł dla Komendy Stołecznej Policji
Typ operacji Obciążenie
Kod operacji 7750
Opis kodu operacji PRZELEW INTERNET M/B
Sygnatura
Referencje banku 0371010608305215
Informacje dodatkowe
Referencje zlecniodawcy
Data wystawienia dokumentu: 10.10.2014 14:14:23

Dokument wygenerowany elektronicznie, nie wymaga pieczęci ani podpisu.

Dokument sporządzony na podstawie art. 7 Ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. Nr 140 z 1997 roku, poz. 939 z późniejszymi zmianami)

