

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 22 stycznia 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 18 grudnia 2015 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego: **Gmina Rząśnik, ul. Jesionowa 3, 07-205 Rząśnik**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 grudnia 2015 r. (znak: UZP/DKUE/KD/26/2015) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na roboty budowlane pn. **„Budowa sieci szerokopasmowej w ramach realizacji projektu pn. Stop wykluczeniu cyfrowemu w gminie Rząśnik”**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie:	Grzegorz Matejczuk
	Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli z dnia 9 grudnia 2015 r. - nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego: Gminę Rząśnik w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia 11 971 274,44 zł (2 833 504,90 euro), na roboty budowlane pn. *„Budowa sieci szerokopasmowej w ramach realizacji projektu pn. Stop wykluczeniu cyfrowemu w gminie Rząśnik”*, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem Urzędu” lub „Kontrolującym”, wskazał w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 grudnia 2015 r., zwanej dalej „Informacją o wyniku kontroli”, stwierdzone naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”, oznaczając je jako pkt 1-5.

Zamawiający: Gmina Rząśnik wniosła zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie stwierdzonych naruszeń wskazanych w pkt 1-3 Informacji o wyniku kontroli (pismo z dnia 18 grudnia 2015 r.).

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń, podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, wyrażone w Informacji o wyniku kontroli w pkt 1-3 oraz przedstawił zastrzeżenia Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania w tym zakresie, zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp.

Stan faktyczny sprawy w zakresie podlegającym opiniowaniu, przedstawiający stanowiska: Kontrolującego i Zamawiającego, jest następujący.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej; Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

A. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

1. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiot zamówienia obejmował realizację zadania pn. *„Budowa sieci szerokopasmowej w ramach realizacji dwóch komplementarnych i spójnych projektów pn. Stop wykluczeniu cyfrowemu w gminie Rząśnik.”*

Zamawiający opisał w SIWZ, że zastrzega możliwość wezwania Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby Zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania: -1 szt. próbki wykonanego przez Wykonawcę raportu z pomiarów CD i PMD; -1 szt. urządzenia Stacja bazowa systemu LTE; -1 szt. urządzenia Core systemu LTE; -3 szt. urządzenia CPE LTE; -1 szt. Systemu centralnego logowania i monitorowania zdarzeń systemowych obejmującego

pełny zakres funkcjonalny wymagany w SIWZ. Dołączone do oferty oprogramowanie demonstracyjne musi umożliwić samodzielną weryfikację zadeklarowanych funkcjonalności przy wykorzystaniu elementów istniejącej sieci, które Wykonawca przeznaczy do testów prowadzonych przez Zamawiającego, gdzie Zamawiający będzie miał podgląd minimum 300 urządzeń aktywnych (demonstracyjnych lub rzeczywistych), w tym minimum: •1 Core LTE; •2 Stacje bazowe LTE; •2 Przełączniki dostępowe; •1 Przełącznik agregujący; •250 Terminali CPE LTE; •4 Punkty dostępowe Hotspot; •2 Serwery sieciowe.

Instalacja demonstracyjna powinna mieć formę dysku wirtualnego i musi być dostarczona w postaci płyty dvd lub nośnika typu „pendrive” bądź jako instalacja samodzielna. Program testów stanowi integralny załącznik do SIWZ. Powyższy wymóg ma na celu wykazanie spełnienia wymagań określonych w PFU oraz wykazanych w załączniku nr 9 do SIWZ.

Zamawiający dokonał wyboru jedynej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm z ceną 14 100 000,22 zł (pismo z dnia 29.05.2014 r.).

Prezes Urzędu zwrócił się do Zamawiającego o ustosunkowanie się do zarzutów podniesionych we wniosku o przeprowadzenie kontroli w sprawie przedstawionego opisu w SIWZ.

Zamawiający złożył wyjaśnienia (...).

Prezes Urzędu zwrócił się, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, o sporządzenie opinii przez biegłego.

W opinii oraz w uzupełnieniu do opinii, przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania w zakresie wymagania nw. urządzeń: -1 szt. próbki wykonanego przez Wykonawcę raportu z pomiarów CD i PMD; -1 szt. urządzenia Stacja bazowa systemu LTE; -1 szt. urządzenia Core systemu LTE; -3 szt. urządzenia CPE LTE - biegły przedstawił stanowisko:

„(...) Zamawiający powinien zażądać przedstawienia nazwy modelu i specyfikacji technicznej urządzenia, które wykonawca zamierza dostarczyć w ramach projektu. Taka dokumentacja jest wystarczająca do zorientowania się czy dane urządzenie spełnia wymagania Zamawiającego. (...) Zamawiający ma prawo żądać demonstracji testowej zamawianego systemu. Jednak powinno to być połączone z dostawą sprzętu, a nie przed podpisaniem umowy kiedy to firma musi zainwestować duże fundusze w sprzęt co do którego nie ma pewności, że go sprzeda.”

W zakresie wymagania nw. urządzenia: -1 szt. Systemu centralnego logowania i monitorowania zdarzeń systemowych obejmującego pełny zakres funkcjonalny wymagany w SIWZ, dołączone do oferty oprogramowanie demonstracyjne musi umożliwić samodzielną weryfikację zadeklarowanych funkcjonalności przy wykorzystaniu elementów istniejącej sieci, które Wykonawca przeznaczy do testów prowadzonych przez Zamawiającego, gdzie Zamawiający będzie miał podgląd minimum 300 urządzeń aktywnych (demonstracyjnych lub

rzeczywistych), w tym minimum: 1 Core LTE; 2 Stacje bazowe LTE; 2 Przełączniki dostępowe; 1 Przełącznik agregujący; 250 Terminali CPE LTE; 4 Punkty dostępowe Hotspot; 2 Serwery sieciowe (...), biegły wskazał:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca już przed przystąpieniem do przetargu posiadał gotową aplikację, która będzie posiadała wszystkie funkcjonalności gotowego produktu. Podejście takie jest niewłaściwe, gdyż wymaga od potencjalnego Wykonawcy jednorazowego wytworzenia produktu, co do którego nie ma pewności że zostanie sprzedany. Aplikacja taka zazwyczaj powstaje lub jeżeli już istnieje to jest parametryzowana i dostrajana na potrzeby danego odbiorcy. Podsumowując, wymóg ten może powodować, że małe firmy, które bardzo często budują zespół do wykonania danego projektu, nie będą w stanie sprostać zadaniu.”

Ponadto biegły wskazał: *„czas przeznaczony na dostawę urządzeń jest zbyt krótki i może powodować, że małe firmy, które nie mają rozbudowanych kontaktów z dystrybutorami urządzeń i sprzętu oraz nie dysponują funduszami na ewentualne kaucje, nie będą w stanie sprostać wymaganiu. (...) Z doświadczenia własnego, wykonawcy ekspertyzy, w branży telekomunikacyjnej wynika, że: -wykonawcy nie posiadają tzw. magazynu urządzeń, do którego mogą sięgać w dowolnym momencie, jest to m.in. związane z bardzo różnymi wymaganiami klientów oraz dużym wachlarzem dostępnych urządzeń i możliwości ich modyfikacji (modułowość); -urządzenia, o których mowa w SIWZ oraz PFU są kosztowne i przechowywanie ich na wypadek montażu u klienta jest nieuzasadnione; -każdy wykonawca działający w branży telekomunikacyjnej ma wypracowane ścieżki dostaw sprzętu pozwalające na realizację podjętych zobowiązań. Wobec powyższego żądanie dostarczenia sprzętu celem wyłącznie udowodnienia, że potencjalny wykonawca ma taką możliwość jest nieuzasadnione i może być zastąpione referencjami i doświadczeniem we wdrażaniu tego typu inwestycji. W celu umożliwienia udziału w postępowaniu firm o różnej wielkości czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Termin ten pozwoli na zgromadzenie i skonfigurowanie urządzeń oraz oprogramowania lub w opcji symulacji komputerowej przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego. Termin trzydniowy jest nierealny do przygotowania wersji pokazowej systemu natomiast termin siedmiodniowy znacząco utrudni udział mniejszych wykonawców w przetargu.”*

W związku z powyższym organ kontrolujący ocenił: opis przedmiotu jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W ustawie Pzp ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania

przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowane potrzeby, jednakże każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

W pierwszej kolejności Kontrolujący podkreślił, że zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest przestrzegać zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co potwierdza treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Naruszeniem przepisu jest już możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, nie zaś wyłącznie jej realne utrudnienie.

Żądanie od wykonawców dostarczenia określonego sprzętu i określenie terminu jego dostawy do siedziby zamawiającego, wchodzi w zakres opisu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji, opisując przedmiot zamówienia, w tym również możliwość żądania dostarczenia w określonym terminie „pokazowych urządzeń”, zamawiający nie może w sposób nieuzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia oraz swoimi obiektywnymi potrzebami ograniczać kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Określenie przez zamawiającego w postępowaniu niemożliwego do dotrzymania terminu dostarczenia sprzętu, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją danego typu zamówień, może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny i prawny, a w szczególności treść opinii biegłego, Prezes Urzędu stwierdził, że w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia przez wprowadzenie możliwości wezwania wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, do dostarczenia na własny koszt do siedziby Zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania. Z opinii biegłego wynika, że w celu umożliwienia udziału w postępowaniu firmom o różnej wielkości, czas przygotowania wersji pokazowej systemu powinien wynosić ok. 14 dni. Termin 14 dni jest realny, ponieważ umożliwia wykonawcom zgromadzenie i skonfigurowanie urządzenia oraz oprogramowanie lub w opcji symulacji komputerowej pozwala na przygotowanie informatycznego środowiska wirtualnego. Zatem termin 3 dni na dostarczenie określonego sprzętu był terminem nierealnym, mogącym utrudnić wykonawcom udział w postępowaniu. Powyższe może potwierdzać może fakt, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta.

Kontrolujący stwierdził, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasadą nakazującą zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia dzieli się na: 1. Zaprojektowanie i budowę sieci światłowodowej o łącznej długości min. 68 km; 2. Zaprojektowanie i wybudowanie wież/masztów oraz innych niezbędnych konstrukcji wsporczych; 3. Adaptację pomieszczenia na serwerownię wraz z instalacją niezbędnych urządzeń sieciowych dla Głównego Węzła Dystrybucyjnego (GWD) i Centrum Zarządzania Siecią (CZS); 4. Wykonanie węzłów dostępowych, które stanowią będą podstawową infrastrukturę teleinformatyczną zapewniającą dostęp do Internetu dla uczestników projektu; 5. Zakup i instalację jednostek abonenckich dla 350 uczestników projektu (gospodarstwa domowe).

Ponadto, Zamawiający wskazał w SIWZ, że przedmiot zamówienia dzieli się na trzy etapy: -I Etap - Budowa infrastruktury sieciowej; -II Etap - Dostawa sprzętu; -III Etap - Usługi serwisowe oraz wsparcia technicznego.

W punkcie 6.8 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Zamawiający dokonał opisu minimalnych wymagań, jakim musi odpowiadać stacja do zarządzania, wskazując jednocześnie, że komputer przenośny będzie wykorzystywany dla potrzeb zarządzania siecią szerokopasmową.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ustawy Pzp, Prezes Urzędu wystąpił do biegłego o opinię w tej kwestii, a w szczególności o odpowiedź na pytanie, czy dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia na wykonanie sieci szerokopasmowej jest prawidłowy, tj. nie zawarto w opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, lub nie zawarto innych opisów w specyfikacji technicznej, które były nieuzasadnione w świetle należytego wykonania przedmiotu zamówienia i utrudniały uczciwą konkurencję.

W sporządzonej ekspertyzie biegły wskazał: „(...) W zakresie analizy parametrów przedmiotu zamówienia: -sieć szkieletowa; -cyfrowe linie radiowe; -sieć dostępowa; -doposażenie serwerowni - opis przedmiotu zamówienia z wyjątkiem „stacji do zarządzania” jest ogólny i nie wskazuje na konkretnego producenta czy dostawcę. Specyfikacja techniczna urządzenia „stacji do zarządzania” wskazuje, że producentem komputera powinna być firma DELL.” W uzupełnieniu opinii biegły wskazał strony (105 - 114) PFU oraz komentarze, które

łącznie wskazują na producenta sprzętu tj. firmę DELL: - tabela: Lp.; Numer wiersza w tabeli;
Komentarz biegłego:

1. 9 (Klawiatura) -komentarz: *Dwaj producenci oferują tego typu klawiatury (Samsung i DELL)*
2. 14 (Wirtualizacja) -komentarz: *Wielopoziomowe konfigurowanie wsparcia dla technologii wirtualizacji*
3. 15 (BIOS) -komentarz: *Liczba opcji i zaawansowane możliwości konfiguracji zainstalowanego sprzętu*
4. 13 (Obudowa) -komentarz: *Typowa konfiguracja dla wersji biznesowej komputera przenośnego firmy DELL*
5. 19 (Diagnostyka) -komentarz: *System diagnostyczny stosowany tylko w produktach firmy DELL.*

Oceniając powyższe Kontrolujący wskazał: wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Ponadto nie można dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w tym przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć zatem charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt).

Mając na uwadze powyży stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego, Kontrolujący stwierdził, że zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia, ponieważ w zakresie stacji do zarządzania opisy PFU wskazywały na konkretnego producenta - firmę DELL. W konsekwencji, jedynie wykonawcy oferujący sprzęt komputerowy danego producenta mogli spełnić wymagania. Zatem opisy PFU dotyczące ww. urządzenia naruszały art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiący, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby ograniczyć wolną konkurencję oraz zasadę określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

3. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, wymagał wykazania się dysponowaniem osobą wskazaną do pełnienia funkcji Architekta sieciowego (1 osoba), która posiada:

- znajomość metodyki TOGAF lub równoważnej, potwierdzona aktualnym na dzień składania ofert certyfikatem TOGAF 9 Certified lub równoważnym,
- nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie projektowania (tworzenia) architektury systemów informatycznych zgromadzone w ciągu ostatnich 5 lat,
- nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie posługiwania się językiem UML oraz BPML/BPMN zgromadzone w ciągu ostatnich 5 lat,
- nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie projektowania architektury - Enterprise Architecture (EA) w tym: systemów zorientowanych na usługi (SOA) oraz systemów w architekturze wielowarstwowej, o wysokiej wydajności, niezawodności i wykorzystujących bazy danych, zgromadzone w ciągu ostatnich 5 lat,
- w ciągu ostatnich 3 lat był odpowiedzialny w co najmniej 2 projektach za zaprojektowanie architektury IT systemu obejmującego swym zakresem budowę architektury systemów informatycznych; wartość co najmniej jednego z tych projektów była nie mniejsza niż 3.000.000 PLN brutto (słownie: trzy miliony złotych).

Kierownika telekomunikacyjnego światłowodowego posiadającego:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, linii i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz
- wiedzę i doświadczenie potwierdzone kierowaniem co najmniej dwoma (2) robotami budowlanymi o długości 45 km każda.

Zamawiający udzielał odpowiedzi na zapytania wykonawców. Jeden z wykonawców zwrócił się z prośbą o wykreślenie wymogu w zakresie doświadczenia wymaganego dla osoby wskazanej na stanowisko architekta sieciowego, tj. „(...) w ciągu ostatnich 3 lat był odpowiedzialny w co najmniej 2 projektach za zaprojektowanie architektury IT systemu obejmującego swym zakresem budowę architektury systemów informatycznych; wartość co najmniej jednego z tych projektów była nie mniejsza niż 3 000 000,00 PLN brutto (...).”

Zamawiający dokonał zmiany w punkcie Architekt sieciowy na:

Architekt sieciowy - min. 1 osoba posiadająca:

- znajomość metodyki TOGAF lub równoważnej,
- nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie projektowania (tworzenia) architektury systemów informatycznych zgromadzone w ciągu ostatnich 5 lat,
- nie mniej niż 6 miesięczne doświadczenie w zakresie projektowania architektury wielowarstwowej, o wysokiej wydajności,
- w ciągu ostatnich 3 lat był odpowiedzialny w co najmniej 2 projektach za zaprojektowanie architektury IT systemu obejmującego swym zakresem budowę architektury systemów informatycznych; wartość co najmniej jednego z tych projektów była nie mniejsza niż 3.000.000 PLN brutto (słownie: trzy miliony złotych).

Ponadto na pytanie, czy wyraża zgodę na usunięcie opisu w punkcie kierownik telekomunikacyjny światłowodowy, tj. (...) o długości min. 45 km każda, Zamawiający wyraził zgodę na usunięcie ww. opisu.

Odpowiedzi na pytania faktycznie zmieniały treść SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego, którym mieli dysponować wykonawcy. Z przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania wynika, że modyfikacja dotycząca sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie została zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu (modyfikacja ogłoszenia o zamówieniu z dnia 29.04.2014 r. dotyczyła jedynie przesunięcia terminu składania i otwarcia ofert).

Pismem z dnia 06.11.2014 r. Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, jaki jest ostateczny opis warunku udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą wskazaną do pełnienia funkcji kierownika telekomunikacji światłowodowej, ponadto, czy udzielając odpowiedzi na pytanie wykonawcy, Zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Pismem z dnia 13.11.2014 r. zamawiający udzielił wyjaśnień: *„(...) warunek udziału w tym zakresie uzyskał ostateczne brzmienie: min. 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, linii i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.”*

Załączył ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 29.04.2014 r. nr 144054-2014.

Ogłoszenie zmieniało jedynie termin składania i otwarcia ofert. Zamawiający nie dokonał w ogłoszeniu modyfikacji opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą wskazaną do pełnienia funkcji architekta sieciowego oraz kierownika telekomunikacji światłowodowej.

Zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zmiana treści SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzi do zmiany treści ogłoszenia. Zatem przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zmiany ogłoszenia o zamówieniu w przypadku zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Brak modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego wykonawcy, stanowi naruszenie przepisu art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

Zastrzeżenia zamawiającego.

Zamawiający - Gmina Rząśnik zgłosiła następujące zastrzeżenia.

Ad 1. Interpretacja biegłego jest mylna i subiektywna, gdyż odnosi się do osobistych doświadczeń i w żaden sposób nie jest udokumentowana. Bez podania żadnego racjonalnego powodu biegły przyjmuje, że właściwym byłoby przeprowadzenie prezentacji produktów zamiast dostarczenia próbek, podczas gdy dopuszczalne są obie formy. Dostarczenie próbki wiązało się z dostarczeniem po 1 egz. podstawowych urządzeń sieciowych wraz z oprogramowaniem służącym do zarządzania siecią i to wbrew temu, co twierdzi biegły nie było mowy o „gotowej aplikacji”, bo wymagano możliwości podglądu 300 abonentów, a nie 700 jak przewidziano w toku realizacji zamówienia. Oznacza to, że sprawność aplikacji ograniczono o ponad 50%, podczas gdy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1395/14 (LEX nr 1499145) stwierdziła, że: *„nie można akceptować stanowiska, że wykonanie próbki wiąże się z realizacją zamówienia na etapie składania ofert. Natomiast żądanie zamawiającego przedstawienia próbki na etapie składania ofert jest elementem potwierdzenia przez oferenta umiejętności wykonania zamówienia, ale nie w rozmiarach i w zakresie wynikającym z SIWZ.”*

Dla sprawy oznacza to 2 rzeczy:

1. żądanie próbki przed podpisaniem umowy jest dopuszczalne przez prawo i nie stanowi jego naruszenia,
2. Zamawiający prawidłowo ograniczył zakres do kilku kluczowych urządzeń oraz oprogramowania o ograniczonej funkcjonalności.

Odnosząc się do kwestii zasadności żądania próbek, Zamawiający zauważył, że nie należy pomijać tego, że sama demonstracja urządzeń, która zostałaby wykonana przez oddelegowanego przez Wykonawcę specjalistę nie może być uznana za prawidłową metodą weryfikacji ze względu na fakt, że zgodnie z zawartą umową o dofinansowanie nr POIG.08.03.00-14-151/12-00 i POIG.08.03.00-14-024/12-00, Gmina Rząśnik ma obowiązek administrować i zarządzać wybudowaną siecią przez nie mniej niż 60 miesięcy, a tym samym Gmina Rząśnik miała uzasadnioną potrzebę, aby jej funkcjonariusze samodzielnie i osobiście mieli możliwość przetestowania oferowane urządzenia i/lub programy, a nie polegali jedynie na prezentacji wyspecjalizowanych i wyćwiczonych inżynierów Wykonawcy, którzy po wykonaniu prezentacji nie będą uczestniczyli w procesie zarządzania 700

abonentami podłączonymi do sieci. Próbką systemu nie może być utożsamiana z jego prezentacją. Nie oznacza to jednak, że taka prezentacja nie może być przeprowadzona na podstawie przedłożonej przez wykonawcę wraz z ofertą próbki.

Zamawiający potwierdził, że jest świadom, że UZP w swojej opinii pisze „(...) biorąc pod uwagę konsekwencje ekonomiczne i finansowe, na jakie mogą zostać narażeni wykonawcy w związku z koniecznością złożenia próbek oferowanych towarów, w szczególności w przypadku dóbr charakteryzujących się znaczną wartością, zasadnym wydaje się rozważenie możliwości rezygnacji z żądania próbek na rzecz przeprowadzenia przez wykonawcę prezentacji oferowanych towarów”, ale mając na uwadze powyższe Zamawiający nie wymagał, aby Wykonawca był właścicielem dostarczonych próbek, a z wiedzy Zamawiającego - popartej oświadczeniami producentów sprzętu telekomunikacyjnego (załącznik 1, 2 i 3) - wynika, że powszechną praktyką jest wypożyczenie urządzeń do testów. Należy także dodać, że oprogramowanie do zarządzania jest najczęściej dostarczane przez producenta wraz z urządzeniem, a bez niego te urządzenia zwyczajnie nie działają. Gdy urządzenia nie są wyposażone w stosowne oprogramowanie to niemożliwe jest ani przeprowadzenie ich testu, ani prezentacji co jest uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwrócił szczególną uwagę, że wskazany opis dot. wymogu dostarczenia próbek przed podpisaniem umowy z Wykonawcą, wg wiedzy Zamawiającego co najmniej dwukrotnie stanowił przedmiot arbitrażu w KIO i co najmniej dwukrotnie Izba go oddaliła, np. w sprawie o sygn. akt KIO 2690/13, gdzie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lubiewo odwołanie złożył wykonawca firma FUO Sp. z o.o. (przy udziale przystępujących po stronie Odwołującego wykonawców Asseco Poland S.A. oraz Teleoptics Sp. z o.o.) oraz w dniu 15 maja 2014 r., kiedy zostało ogłoszone postanowienie w sprawie odwołania wykonawcy Łączpol Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Cekcyn (sygn. akt KIO 898/14). Obie te firmy skarżyły możliwość wzywiania Wykonawców do dostarczenia próbek przed faktycznym podpisaniem umowy z Zamawiającym publicznym i w obydwu przypadkach KIO nie podtrzymała zarzutu nie zamieszczając jednocześnie w orzeczeniach żadnych komentarzy na temat rzekomego ograniczenia konkurencji w wyniku żądania próbek.

Gmina Rząśnik zgłosiła także zastrzeżenie, że przytoczony przez biegłego termin 14 dni na dostawę próbek jest niczym nieuzasadniony i nie wiadomo z czego wynika. Biegły pominął w swojej opinii szereg istotnych kwestii, np. to, że już od dnia publikacji ogłoszenia w BZP Wykonawcy uzyskują wiedzę jakie trzeba spełnić warunki w postępowaniu, a więc od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w BZP Wykonawcy mają realną możliwość kontaktowania się z Producentami w celu:

1. potwierdzenia spełnienia wymogów SIWZ przez poszczególne produkty,

2. dokonania wyceny urządzeń stanowiących elementy ich ostatecznej oferty,
3. sporządzenia zestawów demonstracyjnych/próbek (o ile wymagane).

Oznacza to, że Wykonawcy, w przypadku robót budowlanych, mają co najmniej 14 dni na zabezpieczenie wymaganych materiałów potrzebnych do prawidłowego ubiegania się o zamówienie publiczne oraz dodatkowy czas np. na nadanie przesyłki do siedziby Zamawiającego po dokonaniu wezwania. Jednocześnie biegły pomija fakt, że wiedzę o tym jakie konkretne produkty mogą być przedmiotem weryfikacji próbek, Wykonawca potwierdza przez wypełnienie załącznika nr 9 do SIWZ z listą oferowanych urządzeń, w którym podane muszą być konkretne nazwy producentów i modeli. Oznacza to, że szykując ofertę i wiedząc jakie produkty zostaną zaoferowane, Wykonawca ma dość czasu, aby ustalić z Producentem i/lub dystrybutorem kwestię rezerwacji próbki na czas postępowania.

Zastrzeżenia budzi także pominięcie oczywistej sprzeczności, że zwracając uwagę na to, że małe i średnie firmy mogą mieć rzekomo utrudniony dostęp do zamówienia, biegły kompletnie zbagatelizował fakt, że Liderem Konsorcjum, które złożyło wygrywającą ofertę jest firma z sektora MSP, co przeczy teoretycznym rozważaniom poczynionym na podstawie jego osobistego doświadczenia i prowadzi do kolejnego wniosku będącego w zgodzie z dotychczasowym orzecznictwem KIO, że *„sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum (...)”* (wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07).

Rozważania biegłego z niewiadomych przyczyn pomijają fakt, że *„warunki służą weryfikacji wykonawców z punktu widzenia posiadanych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego i ekonomicznego, w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu jedynie tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Z jednej więc strony, zamawiającemu przysługuje uprawnienie do sformułowania warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś strony, na zamawiającym ciąży obowiązek określenia ich w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania konkretnego zamówienia. Powyższe wymaga od zamawiającego uwzględnienia warunków zamówienia, w szczególności jego przedmiotu, wielkości, stopnia skomplikowania. Uczynione rozważania pozwalają na wysunięcie wniosku, iż nie wszystkie podmioty posiadające uprawnienia do prowadzenia określonego rodzaju działalności, zamawiający ma obowiązek dopuścić do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”* (wyrok KIO z dnia 15 września 2010 r. - KIO/UZP 1927/10).

Gmina Rzańnik na poparcie swojego stanowiska odwołuje się dodatkowo do wyroku KIO z dnia 3 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 950/09), w którym skład orzekający słusznie zauważył,

że: „należy zgodzić się z zamawiającym, iż formułując warunki udziału w postępowaniu, ma obowiązek uwzględnić charakter przedmiotu zamówienia i osiągnięcie celu gospodarczego przedsięwzięcia tak, aby w wyniku realizacji zamówienia uzyskać produkt wysokiej jakości.” Celowe zaniżanie wymogów przetargu po to by mogła je spełnić firma (która nie złożyła oferty) niewątpliwie szkodziłoby dobrze rozumianym interesom Zamawiającego i odbyłoby się kosztem szkody dla mieszkańców Gminy Rząśnik stojąc w opozycji do zasady efektywności wydatkowania środków publicznych, dlatego stanowisko biegłego należy uznać nie tylko za subiektywne (bo wysnute na podstawie osobistego doświadczenia, a nie wykładni prawa i/lub obiektywnych uwarunkowaniach technologicznych), ale i za błędne.

Ad 2. Nieprawdą jest jakoby wskazane przez biegłego funkcjonalności posiadał jedynie komputer marki DELL. Jednocześnie Zamawiający wielokrotnie informował o możliwości dostarczenia produktów równoważnych. Biegły pominął fakt, że aktualnie istnieje na rynku szereg akcesoriów dodatkowych i oprogramowania (w tym OpenSource), które Wykonawcy mogą stosować aby spełnić wymagania SIWZ, gdyż Zamawiający nie zakazał stosowania przejściówek, dostawek, adapterów itp. pochodzących od producentów innych niż producent laptopa. Zastrzeżenia budzą następujące ustalenia biegłego:

1. Klawiatura: na dzień składnia ofert następujący producenci oferowali w swoich laptopach klawiatury spełniające wymogi SIWZ (w szczególności wyposażenie w powłokę antybakteryjną) - np. ACER, DELL, FUJITSU, SAMSUNG, MPC, Gemius - klawiatura antybakteryjna USB,
2. Wirtualizacja: wymogi spełnia każdy laptop wyposażony w chipset obsługujący technologię vPro i posiadająca BIOS UEFI. Wyjaśnia się, że wymóg został postawiony ze względu na planowane zastosowanie jako stacja zarządzająca serwerownią, a nie stacja robocza indywidualnego użytkownika.
3. BIOS: Wymagano urządzenia spełniającego standard UEFI, a jest to powszechnie dostępna i osiągalna dla każdego producenta instrukcja. Jednocześnie zwraca się uwagę na to, że ilość opcji wynika z planowanego zastosowania komputera jako konsoli zarządzania systemem serwerowym co wymaga stosowania znacznie bardziej zaawansowanych technik i konfiguracji niż w przypadku urządzenia dla indywidualnego użytkownika (w tym technik związanych z bezpieczeństwem dostępu i przechowywanych danych oraz możliwością weryfikacji „wstecz” historii użytkownika np. na potrzeby sprawozdawcze UKE i/lub organów ścigania.
4. Obudowa: serwerownia jest pomieszczeniem użytkowym i Zamawiający miał prawo wymagać wzmocnionej obudowy. Sformułowanie „typowa obudowa DELL” jest niejednoznaczne gdyż:

1. „typowa” nie oznacza „dostępna jedynie dla produktów marki DELL” ponadto takie twierdzenie byłoby fałszywe.

2. Obudowy typu „semirugged” i typu „rugged”, a także inne wzmocnienia zawiasów i obudowy są powszechnie stosowane przez wielu producentów (np. Panasonic, DELL, Durabook, Getae).

3. Zamawiający nie wykluczył możliwości wzmocnienia pochodzącego od innego producenta niż producent laptopa, a na rynku jest wielu producentów laptopów, którzy wyposażają swoje urządzenia w metalowe zawiasy i ramki.

4. Wykonawca wcale nie musiał dostarczać produktu „typowego”, gdyż zgodnie z powszechną praktyką mógł zastosować dowolne dostępne na dzień składania ofert rozwiązanie z tzw. karty rozszerzeń oferowanych przez producentów w celu spełnienia indywidualnych potrzeb.

5. System diagnostyczny: system diagnostyczny wyposażony w diody jest uzasadniony potrzebami zamawiającego i dostępny u co najmniej 3 producentów. Patrz. Załącznik 2 i 3.

Ad 3. Zamawiający doprecyzował już istniejący wymóg przez jego złagodzenie wydłużając przy tym termin składania ofert. Zamawiający spełnił dyspozycję art. 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., bo zamieścił ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w BZP oraz treść wyjaśnień i korektę SIWZ na stronie internetowej, dzięki czemu umożliwił wszystkim Wykonawcom zapoznanie się z treścią warunków udziału w przetargu. *„Co istotne, nie każda modyfikacja SIWZ musi prowadzić do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Możliwe są takie zmiany dokumentu SIWZ, które nie skutkują koniecznością umieszczenia dodatkowych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu.”*

Przepis ustawy stanowi: *„Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający (...)”*.

Zmiana wprowadzona przez Zamawiającego nie prowadziła do zmiany ogłoszenia w tym względzie. Taka sama treść ogłoszenia i opisów SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu i dokumentów potwierdzenia nie jest już dawno wymagana zgodnie uchwałami KIO. Zamawiający wskazał uchwały: nr 108/10; 103/10; KIO/KU 1/11; KIO/KU 35/11; KIO/KU 47/11 oraz wyrok z 3 kwietnia 2014 r., KIO 604/14.

Zamawiający załączył 3 oświadczenia:

1. z dnia 17.12.2015 r., autoryzowany dystrybutor firmy HUAWEI - oświadcza o stałym dysponowaniu wieloma urządzeniami ze specjalnym przeznaczeniem do prezentacji i testów poza firmą oraz o możliwości dostarczenia urządzeń w dowolne miejsce w Polsce w terminie nie krótszym niż 3 dni;

2. Przedstawiciel z dnia 14.12.2015 r. - producent oferowanych w postępowaniu urządzeń Netbridge, oświadcza o wyposażeniu linii produktowych (...) do testów wszystkim zainteresowanym podmiotom;
3. dnia 18.12.2015 r. - oświadcza o użyczeniu przykładowych urządzeń do prezentacji i testów w siedzibie zamawiającego, również o możliwości zachowania 3 dniowego terminu na zrealizowanie przesyłki kurierskiej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń, przedstawiając następujące uzasadnienie.

Ad 1. W pierwszej kolejności, w odniesieniu do naruszenia ustawy Pzp wskazanego w pkt 1 i 2 Informacji o wyniku kontroli, Kontrolujący ponownie wskazał, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też, zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, że zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę (art. 29 ust. 2). Przy czym dla naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczająca jest możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, niekoniecznie zaś realne jej utrudnienie.

Mając na uwadze treść zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego sądowego z zakresu informatyki o odniesienie się do zastrzeżeń Zamawiającego w zakresie zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję. W opinii uzupełniającej biegły stwierdził: „*W zakresie podniesionych zastrzeżeń biegły nie zmienia swojej opinii, przedstawionej we wnioskach końcowych oraz tabeli 16 (str. 67). Zamawiający nie żąda wyłącznie przedstawienia próbek, żądanie dotyczy systemu w małej skali działającego i skonfigurowanego według potrzeb Zamawiającego (...) Zamawiający zamierza zakupić skomplikowany system składający się z kilku podsystemów, obejmujący duży obszar geograficzny. Urządzenia pracujące w szkieletcie takiego systemu są kosztowne a dostarczenie ich na potrzeby wyłącznie prezentacji wydaje się bezcelowe. Co więcej, zaproponowane testy nie będą miarodajne, gdyż nie odpowiedzą na pytanie, czy w pełni wybudowany i skonfigurowany system będzie działał zgodnie z przyjętymi założeniami.*

Uściślając, wyniki testów na tzw. „próbce” systemu mogą być pozytywne, natomiast wyniki testów na systemie rzeczywistym mogą być negatywne. Reasumując „próbka” nie pozwoli na stwierdzenie, czy Wykonawca jest w stanie wykonać inwestycję. Dlatego szczególną uwagę w opinii zwrócono na referencje Wykonawcy oraz prezentację produktów, które będą wykorzystane do wybudowania systemu; prezentacja taka może uwzględniać symulację pracy węzłów sieci wykonaną z użyciem odpowiedniego oprogramowania.”

Podsumowując biegły wskazał, że:

- a) „Opisany w SIWZ system sieci szerokopasmowe jest skomplikowany, ponieważ zawiera elementy z różnych dziedzin techniki i inżynierii,*
- b) Zamawiający żądając tzw. „próbki” systemu wymusza posiadanie (lub konieczność wypożyczenia) sprzętu o dużej wartości na czas realizacji inwestycji, co może powodować ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców nie dysponujących środkami finansowymi na zabezpieczenie wymaganych urządzeń,*
- c) Zamawiający żądając tzw. „próbki” systemu odnosi się do wąskiego zakresu dotyczącego wyłącznie obszar informatyki, nie stawiając takich oczekiwań w pozostałym zakresie zamówienia (elektryka, inżynieria budowlana, technika radiowa, etc),*
- d) Wymagane do ewentualnego zaprezentowania urządzenia nie mogą służyć do weryfikacji kompetencji wykonawcy we wszystkich aspektach techniki i inżynierii koniecznych do realizacji inwestycji.”*

Pismem z dnia 30.12.2015 r. biegły przekazał poprawione stanowisko w ww. sprawie, w którym wycofał się z komentarza zawartego w tabeli 15, wierszu 1, kolumnie 2 punkcie 2 swojej pierwotnej opinii. Wycofanie się z tego komentarza nie wpływa jednak na podstawowe stwierdzenie biegłego, że termin przewidziany przez Zamawiającego na dostarczenie „próbki” był za krótki. Potwierdził to także w ww. piśmie sam biegły wskazując: *„Pozostaje jednak zastrzeżenie, że narzucony czas na dostawę skonfigurowanego systemu nawet ”w małej skali” jest bardzo krótki.”*

Mając na uwadze stan faktyczny i prawny, a w szczególności uzupełniającą opinię biegłego z dnia 28.12.2015 r., Kontrolujący stwierdził, co następuje.

W odniesieniu do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przywołanego w zastrzeżeniach Kontrolujący wskazał, że wyroki i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wydawane są na tle konkretnego stanu faktycznego sprawy i mogą pełnić jedynie pomocniczą rolę przy interpretacji przepisów o zamówieniach publicznych. Niemniej zauważył, że orzeczenia przywołane przez Zamawiającego o sygn. KIO 2690/13 oraz KIO 898/14 w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie zostały merytorycznie rozpoznane przez Izbę, gdyż opis przedmiotu zamówienia w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp,

nie mieści się w katalogu czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem błędne jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby Krajowa Izba Odwoławcza co najmniej dwukrotnie oddaliła analogiczny zarzut podniesiony w ww. odwołaniach. Czym innym jest odrzucenie odwołania i brak merytorycznego rozpoznania zarzutów, a czym innym oddalenie odwołania po uprzednim zajęciu stanowiska przez Izbę co do istoty sprawy. W przytoczonych orzeczeniach brak stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może być interpretowany w ten sposób, że KIO nie podtrzymała zarzutu naruszenia ww. przepisu. Niemniej wskazał, że sam fakt, że opisy przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości wezwania wykonawcy przed podpisaniem umowy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w określonym terminie od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania były przedmiotem odwołań wnoszonych do Krajowej Izby Odwoławczej może świadczyć o tym, że opisy mogły utrudnić uczciwą konkurencję oraz negatywnie wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Z kolei fragmenty uzasadnień z innych przywołanych orzeczeń odnoszą się albo do innego stanu faktycznego (np. wyrok o sygn. KIO/UZP 1927/10 dotyczy opisu warunku związanego z uprawnieniami do prowadzenia określonego rodzaju działalności, który w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniał) albo zawierają stwierdzenia tak ogólne, że przystają do wszystkich postępowań i, co do istoty, nie są kwestionowane przez Prezesa Urzędu (np. w wyroku KIO/UZP 950/09, w którym wskazano, że ograniczenia wynikające z konieczności prawidłowego opisu warunków udziału w postępowaniu nie mogą stać na przeszkodzie woli zamawiającego uzyskania produktu wysokiej jakości).

Ponadto Kontrolujący podkreślił, że jednym z wymaganych do dostarczenia elementów był „*system centralnego logowania i monitorowania zdarzeń obejmujących pełen zakres funkcjonalny wymagany w siwz*”, którego przygotowanie i zintegrowanie (w rozumieniu: uczynienie kompatybilnym z elementami istniejącej sieci u zamawiającego) miało nastąpić w terminie 3 dni - co jest wymogiem mało wykonalnym. Na powyższe opisy zwrócił także uwagę biegły. Niezasadny jest argument Zamawiającego jakoby złagodzeniu uległ wymóg przygotowania gotowej aplikacji na etapie badania i oceny ofert, gdyż ograniczono wymaganą konfigurację do 300 abonentów zamiast 700 przewidzianych w toku realizacji zamówienia. Podkreślił, że najbardziej złożonym zagadnieniem jest doprowadzenie do prawidłowego i kompatybilnego działania aplikacji w środowisku testowym Zamawiającego, liczba zaś abonentów (300, czy 700) jest kwestią wtórną. Na wykonanie tej kompatybilnej aplikacji wykonawcy mieli zaś 3 dni. W tym miejscu, Kontrolujący zwrócił uwagę, że niezasadny jest też argument, jakoby każdy wykonawca miał tyle samo i jednocześnie wystarczająco dużo czasu na skompletowanie sprzętu i przeprowadzenie testów przy udziale pracowników zamawiającego (co jakoby potwierdzają m.in. pisma

podmiotów załączone do zastrzeżeń). Na etapie składania ofert żaden z wykonawców nie miał pewności, czy zostanie wezwany o skompletowanie niezbędnego sprzętu celem przeprowadzenia prezentacji, a także kiedy zostanie wezwany (od razu w dniu otwarcia ofert, 30 dni po otwarciu, czy może do 90 dni od dnia otwarcia ofert - zamawiający mógł bowiem skorzystać z treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i przesunąć termin związania ofertą).

Na marginesie Kontrolujący zauważył, że skierowanie jedynie do części wykonawców możliwości żądania dostarczenia sprzętu, nie może być rozumiane jako „próbka” w myśl § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Próbka jest rodzajem dokumentu wymaganego od wszystkich wykonawców na potwierdzenie, że dane dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają oczekiwania zamawiającego. Reguły rządzące otrzymywaniem próbek są podobne do tych dotyczących dokumentów podmiotowych (mają potwierdzić konkretną okoliczność i dotyczą bezwarunkowo każdego wykonawcy).

Jednakże istotą stwierzonego naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest termin, w którym wykonawca miał ewentualnie przedłożyć określony sprzęt jako próbkę i potwierdzić sprawność wykonanej aplikacji. Termin ten (3 dniowy) został uznany przez biegłego za nierealny do przygotowania pokazowej wersji systemu (zwłaszcza gdy na podstawie opisu SIWZ nie było wiadomo, czy w ogóle dany wykonawca będzie wezwany do prezentacji oraz w jakim terminie i co się stanie ze sprzętem po prezentacji, a więc nie było wiadomo, czy warto ponosić koszt i wysiłek przygotowania „próbki” oraz jakie będą tego konsekwencje).

W postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, co biorąc pod uwagę wielość firm wykonujących inwestycje będące przedmiotem zamówienia, także może świadczyć o tym, że ww. termin dostarczenia sprzętu do prezentacji utrudniał udział w postępowaniu.

Ponadto dołączone do zastrzeżeń oświadczenia firm z dnia 17.12.2015 r., z dnia 14.12.2015 r. oraz z dnia 18.12.2015 r. nie zawierają treści precyzującej, jakie konkretnie urządzenia i na jakich warunkach mogą być udostępnione w terminie 3 dni. Tymczasem Zamawiający wymagał dostarczenia konkretnego sprzętu, pracującego zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ, jak też biegły w opinii podważył realność terminu dostarczenia tego konkretnego sprzętu. Zatem oświadczenia dołączone do zastrzeżeń Zamawiającego nie stanowią dowodu, że możliwe byłoby dostarczenie próbek żądanych w SIWZ w terminie 3 dni.

Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności stanowisko biegłego, Kontrolujący powtórzył, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję. W związku z powyższym podtrzymał stanowisko o naruszeniu przez

Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania.

Ad 2. Odnosząc się do zastrzeżeń do naruszenia nr 2, Kontrolujący w pierwszej kolejności zauważył, że ustawodawca przez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w tym także przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może być realizowane w sposób bezpośredni lub pośredni, tj. przez wskazanie wprost na określonego producenta lub produkt albo przez takie opisanie parametrów/ wymogów dotyczących zamówienia, które wskazuje na konkretnego producenta lub produkt. Z powyższego wynika, że naruszenie zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp następuje m.in. w przypadku takiego zestawienia przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów. Przy czym dla naruszenia ww. przepisu wystarczająca jest możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, niekoniecznie zaś realne jej utrudnienie.

Odnosząc się do opisu przedmiotu zamówienia w pierwotnej opinii z dnia 31.08.2015 r. biegły wskazał: „(...) Specyfikacja techniczna urządzenia „stacji do zarządzania” wskazuje, że producentem komputera powinna być firma DELL.”

W opinii uzupełniającej dotyczącej zastrzeżeń Zamawiającego biegły stwierdził: „*stanowisko nie ulega zmianie. W specyfikacji nie zapisano, iż obudowa komputera przenośnego powinna być wzmocniona. Ponadto, jak wskazano we wcześniejszych wyjaśnieniach, opis w SIWZ zawiera charakterystyczne elementy produktów firmy DELL.*” Ponadto biegły przesłał dodatkowe stanowisko z 30.12.2015 r., w którym doprecyzował, że „*zastrzeżenia podniesione przez Zamawiającego dzielą poszczególne elementy komputera na różnych producentów przedstawiając, że ci producenci posiadają w swojej ofercie urządzenia lub elementy spełniające wymagania przedstawione w PFU. Natomiast tabela w pkt. 6.8 wiersz 2 opisuje „Komputer przenośny będzie” co oznacza, że mamy do czynienia z kompaktowym przenośnym urządzeniem pochodzącym od jednego producenta (jednej marki). Ponadto w specyfikacji nie zawarto, że ma to być urządzenie typu RUGGED, a jedynie ma mieć wzmocnioną obudowę i metalowe zawiasy. Produkty firmy DELL z serii*

biznesowej posiadają taką obudowę i nie jest to obudowa typu RUGGED. Podsumowując, do oceny przyjęto wszystkie wymagania Zamawiającego, które mają mieć odzwierciedlenie w komputerze przenośnym zbudowanym przez jednego producenta. W wyniku analizy ofert rynkowych stwierdzono, że najbardziej prawdopodobnym dostawcą będzie firma DELL.”

Niezależnie od stanowiska biegłego, Kontrolujący wskazał, że twierdzenie Zamawiającego zawarte w zastrzeżeniach „(...) *aktualnie istnieje na rynku szereg akcesoriów dodatkowych i oprogramowania (w tym OpenSource), które wykonawcy mogą stosować, aby spełnić wymagania SIWZ (...)*”, w świetle okoliczności przedmiotowej sprawy nie ma znaczenia. Zauważył, że informatyka jest dziedziną nauki i techniki, która bardzo szybko się rozwija. Zatem twierdzenie, że aktualnie wykonawcy mogą stosować rozwiązania, które spełniają wymagania SIWZ nie oznacza, że na dzień składania ofert w postępowaniu, tj. na dzień 06.05.2014 r. wykonawcy mogli zaoferować sprzęt innego producenta niż firma DELL, który spełniałby wymagania SIWZ.

Mając na uwadze stan faktyczny i prawny oraz opinię biegłego, Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia, ponieważ w zakresie stacji do zarządzania zapisy PFU wskazywały na konkretnego producenta - firmę DELL, co narusza art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad 3. Odnosząc się do zastrzeżeń w zakresie naruszenia nr 3 w pierwszej kolejności Kontrolujący ponownie przytoczył stan faktyczny zaistniały w postępowaniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednimi osobami: Architekt sieciowy, Kierownik telekomunikacyjny światłowodowy.

Zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ i pismem z dnia 13.11.2014 r. udzielił wyjaśnień, że ostateczne brzmienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą wskazaną do pełnienia funkcji kierownika telekomunikacji światłowodowej jest następujące: „*min. 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, linii i urządzeń dla telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.*”

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający załączył ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 29.04.2014 r. nr 144054 - 2014.

Ogłoszenie zmieniało jedynie termin składania i otwarcia ofert. Zamawiający nie dokonał w ogłoszeniu modyfikacji opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą wskazaną do pełnienia funkcji architekta sieciowego oraz kierownika telekomunikacji światłowodowej.

Odnosząc się w związku z powyższym do zastrzeżeń, Kontrolujący stwierdził, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w stosunku do naruszenia art. 38 ust. 4a pkt

1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Zmiana specyfikacji prowadząca do zmiany ogłoszenia ma miejsce w szczególności w przypadkach, gdy zamawiający dokonuje modyfikacji opisu siwz, który w tożsamej lub zbliżonej postaci występuje także w ogłoszeniu o zamówieniu. Takimi opisami występującymi zarówno w siwz i ogłoszeniu są np. określenie przedmiotu zamówienia, opisy sposobu dokonywania spełniania warunku, kwoty wadium, terminy otwarcia ofert etc. W konsekwencji tak dokonanej zmiany siwz w ogłoszeniu pozostaje opis w wersji pierwotnej, a zatem niezgodny z dokonaną zmianą SIWZ i niezgodny z intencjami zamawiającego. Zatem Kontrolujący nie zgodził się ze stwierdzeniem Zamawiającego, że modyfikacja w zakresie opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego nie prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

W odniesieniu do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przywołanego w zastrzeżeniach Kontrolujący jeszcze raz podkreślił, że wyroki i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wydawane są na tle konkretnego stanu faktycznego sprawy i mogą pełnić jedynie pomocniczą rolę przy interpretacji przepisów o zamówieniach publicznych. Niemniej wskazał, że błędne jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby taka sama treść ogłoszenia i opisów SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu nie była już dawno wymagana zgodnie z uchwałami KIO. Zauważył, że orzeczenia i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej wskazane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach nie dotyczą opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale oświadczeń i dokumentów wymaganych w postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunków. Przywołane przez Zamawiającego uchwały KIO po pierwsze, nie dotyczą tych samych elementów ogłoszenia o zamówieniu, o które chodzi w przedmiotowej sprawie (opis warunków), po drugie, w ww. uchwałach KIO kwestionowała wymóg zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o dokumentach podmiotowych, natomiast nie kwestionowała obowiązku zamieszczania tożsamy pod względem treści informacji w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, tym bardziej zaś nie kwestionowała konieczności zmiany ogłoszenia w przypadku zmiany SIWZ.

Ustawa Pzp dopuszcza możliwość zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przed upływem terminu składania ofert (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp).

Jednakże w sytuacji, gdy zmiana postanowień SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia, zamawiający musi wypełnić obowiązki określone przepisami ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W stanie faktycznym postępowania, zmiana SIWZ prowadziła do zmiany treści ogłoszenia, dotyczyła warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymagań stawianych dla

osób wskazanych do pełnienia funkcji Architekta sieciowego oraz Kierownika telekomunikacyjnego światłowodowego. W świetle powyższego Kontrolujący uznał, że brak publikacji ogłoszenia o zmianie ogłoszenia będącego skutkiem zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która nastąpiła w wyniku odpowiedzi Zamawiającego na postawione pytania, stanowi naruszenie przepisu art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp.

Reasumując, przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym, Kontrolujący podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 09.12.2015 r. i nie uwzględniał zastrzeżeń Zamawiającego do naruszeń nr 1-3. Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli, zostały one przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, opiniując zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej, na podstawie analizy stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, dowodów, w tym opinii biegłego oraz zastrzeżeń zamawiającego, uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 167 ust. 1-3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża w formie uchwały opinię w sprawie nieuwzględnionych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej.

Opinia - w rozumieniu wskazanego przepisu - ma na celu m.in. przedstawienie poglądu na sprawę będącą przedmiotem sporu, z jednej strony ustaleń faktycznych i oceny prawnej organu kontrolującego, z drugiej argumentacji zamawiającego, która ze swej istotny - zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej - powinna zmierzać do zasadnego zakwestionowania i podważenia stanowiska przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli.

Istotne jest, że zgodnie z art. 161 ust. 1 i 2 ustawy Pzp celem kontroli postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzonej przez Prezesa UZP, jest sprawdzenie zgodności postępowania zamawiającego z przepisami ustawy. Kontrola postępowania prowadzona na zasadzie legalności ma wyłącznie na celu formalną zgodność postępowania z przepisami ustawy, bez względu na przyczyny postępowania zamawiającego i skutki wynikające z naruszenia przepisów ustawy. Zatem, opiniowaniu Izby podlegają zastrzeżenia - stanowisko zamawiającego podważające ustalenia faktyczne w toku kontroli doraźnej następczej oraz

ocena prawna tego stanu w kontekście przepisów ustawy Pzp, zgodnie z art. 167 ust. 3.

Przepisy ustawy Pzp dotyczące sposobu przeprowadzania kontroli udzielania zamówień, uprawniają Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, do zasięgnięcia opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności w toku kontroli wymaga wiadomości specjalnych, a więc szczególnej wiedzy specjalistycznej z danej dziedziny, wykraczającej poza zakres, jakim dysponuje ogół osób inteligentnych i ogólnie wykształconych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2015 r., I CR 331/15 niepubl.).

Opinia biegłego wydana na wniosek organu kontrolującego, podobnie jak opinia biegłego w innych procedurach, jest szczególnym rodzajem dowodu w sprawie. Z tytułu rangi biegłego (posiadanie wiadomości specjalnych w konkretnych dziedzinach technicznych, naukowych, itp., rękojmia należytego wykonywania obowiązków oraz powołanie do pełnienia tej funkcji po uprzedniej weryfikacji poprzedzającej wpis na listę biegłych), podważenie dowodu w postaci opinii biegłego wymaga przedstawienia dowodu równorzędnego, a więc opinii innego biegłego, zespołu biegłych, czy opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego.

Polemika ze stanowiskiem biegłego, przedstawiona w zastrzeżeniach nie może odnieść oczekiwanego przez Zamawiającego skutku, została przedstawiona przez Zamawiającego zainteresowanego utrzymaniem *status quo* sprzed kontroli, w zastrzeżeniach nie przedstawiono stanowiska w zakresie wiedzy specjalnej w ocenianym przedmiocie.

Załączone do zastrzeżeń oświadczenia 3 podmiotów, uzyskane i złożone na użytek wykazania w tym postępowaniu możliwości dochowania terminu dostarczenia urządzeń dla przeprowadzenia testów w siedzibie Zamawiającego - są ogólnikowe, nie precyzują urządzeń oraz warunków ich dostarczenia Zamawiającemu we wskazanym terminie 3 dni, również z tych powodów nie mogą stanowić dowodu przeciwstawnego opinii biegłego.

Prezes Urzędu przeprowadził kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia z wykorzystaniem opinii biegłego w zakresie wskazanym w Informacji o wyniku kontroli. Rozpoznał zastrzeżenia Zamawiającego przeprowadzając postępowanie z dalszym udziałem biegłego, potwierdzając ostatecznie, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp: art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 przez nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie możliwości wezwania wykonawcy do dostarczenia do siedziby Zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania określonego sprzętu i oprogramowania; art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 przez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie stacji

do zarządzania - opisy PFU wskazywały na konkretnego producenta -firmę DELL; art. 38 ust. 4a pkt 1 przez brak modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego, którym mieli dysponować wykonawcy.

Zważywszy na treść wskazanych przepisów ustawy Pzp: art. 29 ust. 2: podstawowa zasada opisu przedmiotu zamówienia, art. 38 ust. 4a pkt 1: wymóg aktualizowania ogłoszenia o zamówieniu, będący skutkiem dokonanej zmiany SIWZ oraz art. 7 ust. 1: obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia - Izba podzieliła stanowisko organu kontrolującego, nie znajdując podstaw uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego.

Przedstawiony stan faktyczny w Informacji o wyniku kontroli, zastrzeżeniach Zamawiającego i stanowisku organu kontrolującego w informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń, jest na tyle dokładny, przedstawiający czynności w porządku chronologicznym i niekwestionowany przez strony postępowania kontrolnego, że zbędne jest jego powtórzenie.

Opinia Izby, to w istocie stanowisko w kwestii zasadności zastosowania wskazanych w informacji o stwierdzeniu naruszeń przepisów ustawy, a więc zasadności kwalifikacji prawnej czynności Zamawiającego.

Wskazane w Informacji o wyniku kontroli przepisy ustawy Pzp stanowią: -art. 7 ust. 1. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;* -art. 29 ust. 2. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;* -art. 38 ust. 4a pkt 1 - *Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy o przygotowaniu i prowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji znajduje bezpośrednie przełożenie na treść art. 29 ust. 2 ustawy stanowiącego o zakazie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

1. Odnośnie naruszenia wskazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli, Izba podzieliła stanowisko Kontrolującego, wynikające z merytorycznej oceny biegłego:

- *„Zamawiający nie żąda wyłącznie przedstawienia próbek, żądanie dotyczy systemu w małej skali działającego i skonfigurowanego według potrzeb Zamawiającego (...) Zamawiający zamierza zakupić skomplikowany system składający się z kilku podsystemów, obejmujący duży obszar geograficzny. (...) próbka” nie pozwoli na stwierdzenie, czy Wykonawca jest w stanie wykonać inwestycję.”;*
- Charakter próbki został określony w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, w którym uznano próbkę jako rodzaj dokumentu wymaganego od wszystkich wykonawców na potwierdzenie, że dane dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają oczekiwania zamawiającego (mają potwierdzić konkretną okoliczność i dotyczą bezwarunkowo każdego wykonawcy);
- Istotę stwierdzonego naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi 3 dniowy termin, uznany przez biegłego za nierealny, w którym wykonawca miał przedłożyć określony sprzęt jako próbkę i potwierdzić sprawność wykonanej aplikacji.

Złożenie tylko jednej oferty w realiach niniejszej sprawy, może zostać uznane za okoliczność świadcząca o tym, że przewidziany przez Zamawiającego termin dostarczenia „próbki”, nie znajdujący oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i w specyfice przedmiotowego postępowania, mógł więc utrudniać udział potencjalnych wykonawców w postępowaniu. Jest to wystarczające dla podzielenia trafności wniosków Kontrolującego, zważywszy że zastosowany przepis ustawy Pzp wymaga jedynie uprawdopodobnienia utrudnienia uczciwej konkurencji. Zamawiający nie przedstawił Izbie dowodów, ani argumentacji, która przesądzałaby o konieczności odmiennej (przeciwnej) oceny od tej przyjętej przez Prezesa Urzędu. Z uwagi na ten fakt, w szczególności brak podważenia w sposób rzeczowy i jednoznaczny oceny Kontrolującego, wspartej informacjami wynikającymi z przeprowadzonego dowodu z opinii biegłego, Izba nie miała podstaw do dyskredytowania wniosków przeprowadzonej kontroli i wyprowadzania odmiennej oceny prawnej.

Orzecznictwo, co do opisu przedmiotu zamówienia w takich okolicznościach, jest jednoznaczne, np. w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł: *„Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.*

2. Izba podziela też stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie naruszenia wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli.

Biegły w pierwotnej opinii z dnia 31.08.2015 r. uznał, że „(...) *Specyfikacja techniczna urządzenia „stacji do zarządzania” wskazuje, że producentem komputera powinna być firma DELL.*” W opinii uzupełniającej (po zgłoszeniu zastrzeżeń) oraz w dodatkowym stanowisku z 30.12.2015 r., biegły doprecyzował, że „*do oceny przyjęto wszystkie wymagania Zamawiającego, które mają mieć odzwierciedlenie w komputerze przenośnym zbudowanym przez jednego producenta. W wyniku analizy ofert rynkowych stwierdzono, że najbardziej prawdopodobnym dostawcą będzie firma DELL.*”

Zatem, Izba podzieliła stanowisko Kontrolującego, że Zamawiający sporządził opis przedmiotu zamówienia w zakresie stacji do zarządzania (PFU) w sposób wskazujący na konkretnego producenta - firmę DELL, naruszając tym przepis art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09, wskazał: „*Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji jest naruszony wtedy, gdy w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego dostawcę lub konkretny produkt, działając w ten sposób niezgodnie z obowiązkiem obiektywnego i równego traktowania wszystkich podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne.*”

W wyroku z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11, Sąd Apelacyjny w Warszawie orzekł: „*2. Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 p.z.p. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. (...) Zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 p.z.p. zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. (...) 4. Dyspozycją art. 29 ust. 2 p.z.p. objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję.*”

3. Z opisu zamieszczonego w Informacji o wyniku kontroli (stwierdzone naruszenia - pkt 3), z powtórnego opisu w informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń, wynika w sposób

niewątpliwy, że Zamawiający dokonał zmiany opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w zakresie osób przewidzianych do pełnienia funkcji: Architekta sieciowego i Kierownika telekomunikacyjnego światłowodowego. Ostateczny opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku Zamawiający przedstawił w piśmie z dnia 13.11.2014 r. Przedstawił również ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z 29.04.2014 r. nr 144954 - 2014, które nie zawierało wskazanej zmiany wynikającej z uprzedniej zmiany SIWZ.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający naruszył przepis art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp.

Izba podziela w pełni stanowisko Kontrolującego, w zakresie merytorycznym stwierdzonego naruszenia oraz w przedmiocie przywołanego orzecznictwa Izby i stanowiska przedstawionego w uchwałach.

Zamawiający błędnie utożsamia warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (art. 41 pkt 7 Pzp) z wykazem oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp).

W wyroku z dnia 28 maja 2014 r., sygn. akt II GSK 422/13, Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie orzekł: *„Każda zmiana SIWZ, również ta niestanowiąca zmiany treści ogłoszenia, ale prowadząca ostatecznie do takiej zmiany, powinna być, w przypadku przetargu nieograniczonego adresowanego wszak do wszystkich potencjalnych wykonawców, poddana reżimowi art. 38 ust. 4a p.z.p.”*

Reasumując powyższe, Izba wyraziła opinię jak na wstępie, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....