

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 18 października 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 30 września 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie
ul. Mickiewicza 30
30-059 Kraków**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 08 września 2016 r. w przedmiocie zamówienia na: dostarczenie platformy informatycznej wykorzystującej technologię chmury obliczeniowej w ramach projektu Małopolska Chmura Edukacyjna finansowanego z Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego, Oś priorytetowa: Warunki dla rozwoju społeczeństwa opartego na wiedzy, Działanie 1.2 Rozwój społeczeństwa informacyjnego

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Agata Mikołajczyk
 Izabela Niedziałek - Bujak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 08 września 2016 r. przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia pn. dostarczenie platformy informatycznej wykorzystującej technologię chmury obliczeniowej w ramach projektu Małopolska Chmura Edukacyjna finansowanego z Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego, Oś priorytetowa: Warunki dla rozwoju społeczeństwa opartego na wiedzy, Działanie 1.2 Rozwój społeczeństwa informacyjnego.

Zgodnie z treścią pkt III.2.3)3 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 20.09.2013 r., zamieszczonego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 183 - 315419 oraz pkt 5.1.4 a) - e) SIWZ, zamawiający opisując sposób oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia żądał od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia należytego wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie):

a) co najmniej jednego zamówienia na kwotę minimum 1.500.000,00 zł, polegającego na dostawie sprzętu sieciowego, serwerowego i wideokonferencyjnego

i

b) co najmniej jednego zamówienia polegającego na dostawie, montażu i integracji zestawów multimedialnych (np. tablice interaktywne, projektory multimedialne, przełączniki źródeł sygnału), w co najmniej 10 lokalizacjach, z dostawą przynajmniej jednego zestawu do każdej lokalizacji, o wartości co najmniej 410 000,00 zł

i

c) co najmniej jednego zamówienia polegającego na dostawie serwerów typu blade wraz z oprogramowaniem do wirtualizacji o wartości co najmniej 500 000,00 zł

i

d) co najmniej jednego zamówienia polegającego na dostawie sprzętu z zakresu technologii wideokonferencji na kwotę co najmniej 300 000,00 zł

i

e) co najmniej jednego zamówienia polegającego na dostawie sprzętu sieciowego Wi-Fi, obejmującego co najmniej 10 punktów dostępowych wraz z kontrolerem; z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie. Zamawiający doprecyzował, że uzna warunek za spełniony również wówczas, gdy wykonawca wykaże, że nabył doświadczenie opisane w pkt a), b), c), d), e) w ramach 1,2,3,4 albo maksimum 5 realizacji, jeżeli zakres tej/tych realizacji obejmował łącznie doświadczenie opisane w pkt a), b), c), d), e).

W trakcie prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego, zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych przy piśmie z dnia 12.02.2016 r. wskazał na przesłanki, jakimi kierował się dokonując ww. opisu sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający podniósł, iż „przedmiotem zamówienia było dostarczenie platformy informatycznej wykorzystującej technologię chmury obliczeniowej dla realizacji usług komunikacyjnych oraz stanowiącej bazę do budowy systemów merytorycznych i treści edukacyjnych w ramach projektu Małopolska Chmura Edukacyjna. W ramach zamówienia wybrany wykonawca zobowiązany był dostarczyć do 21 lokalizacji (21 placówek edukacyjnych - szkoły ponadgimnazjalne) oraz 6 uczelni wyższych (AGH, UJ, PK, UR, UEK, UP) komponenty sprzętowe wraz z niezbędnymi elementami montażowymi i połączeniowymi oraz oprogramowaniem wraz z licencjami oraz komponentami niezbędnymi do jego prawidłowego działania, zainstalować je, a następnie dokonać integracji wstępnej zainstalowanych elementów w system informatyczny oparty o technologię chmury obliczeniowej. Integrację funkcjonalną pozostawiono po stronie zamawiającego. Przedmiotem zamówienia był jeden system oparty na technologii chmury obliczeniowej, zbudowany z różnych komponentów znajdujących się w 31 lokalizacjach. (...)

Określając warunek w taki sposób zamawiający chciał mieć możliwość wyboru wykonawcy, który wykonał co najmniej 1 zamówienie oparte na technicznych rozwiązaniach charakterystycznych dla produktów chmury obliczeniowej. Użyte w opisie warunku słowo "integracja" było dla zamawiającego kluczowe oznaczało scalanie odrębnych elementów tj. zestawów multimedialnych znajdujących się w różnych lokalizacjach w funkcjonalną całość.

Doświadczenie polegające na wykonaniu jednego zamówienia obejmującego dostawę, montaż i integrację zestawów multimedialnych w co najmniej 10 lokalizacjach stanowi w ocenie zamawiającego pewne minimum, pokazuje bowiem doświadczenie wykonawcy w budowie systemów informatycznych średniej wielkości. W świetle złożoności zadania (budowa systemu z elementów znajdujących się w 31 lokalizacjach), takie wymaganie jest całkowicie uzasadnione. Tak opisanego warunku nie można utożsamiać z zamówieniami obejmującymi dostawę i instalację czy montaż zestawów multimedialnych bez ich integracji, w takim bowiem przypadku dostarczone zestawy multimedialne funkcjonują jako odrębne elementy."

Powyższe zdaniem zamawiającego przesądza o tym, że przedmiotowy warunek „...jest związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a jego celem było zapewnienie możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia."

W związku z faktem, iż dla oceny prawidłowości opisu niniejszego warunku niezbędna była specjalistyczna wiedza, w trakcie prowadzonej procedury kontrolnej powołany został biegły.

W ramach sporządzonej opinii biegły poproszony został o udzielenie odpowiedzi na pytania: „czy warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia oraz opis sposobu jego spełniania jest związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz czy nie ogranicza konkurencji? Innymi słowy, czy wykonawca nie posiadający wymaganego przez zamawiającego doświadczenia polegającego na dostawie, montażu i integracji zestawów multimedialnych do 10 lokalizacji, również byłby w stanie prawidłowo wykonać przedmiot zamówienia w ustalonym przez zamawiającego terminie?”

Biegły odpowiadając na powyższe wskazał, iż „w ocenie sporządzającego opinię pytanie *de facto* składa się z czterech pytań (z których trzy dotyczą całego pkt. 5.1 ppkt 4 SIWI, natomiast ostatnie dotyczy już wyłącznie pkt. 5.1 ppkt 4 lit b) SIWI) dotyczących różnych okoliczności zawartych w treści pkt. 5.1 ppkt 4 SIWZ, które po rozdzieleniu można zapisać następująco:

(1) Czy opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia jest związany z przedmiotem zamówienia?”

Odpowiadając na powyższe pytanie biegły stwierdził, iż wymogi określone w pkt. 5.1 ppkt 4 lit. a) - e) SIWZ są związane z przedmiotem zamówienia.

(2) Czy opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia?

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że: „zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność, o której mowa w powyższym przepisie oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Prawo zamawiającego w tym zakresie powinno ograniczać się do ustalenia poziomu niezbędnego, zapewniającego że wykonawca, który spełni opisane przez niego warunki udziału w postępowaniu, wykona zamówienie w sposób określony w SIWZ. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być adekwatny do celu, jaki zamierza osiągnąć zamawiający. Tym celem jest zaś wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców i przez to uniemożliwiać ubieganie się o uzyskanie zamówienia wykonawcom, którzy byliby w stanie należycie je wykonać.”

W niniejszym postępowaniu zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu przez wskazanie pięciu dostaw, realizacją których mieli wykazać się wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że w opinii biegły powołany do oceny m. in. powyższego warunku wskazał co prawda, że opis warunku jest związany z przedmiotem zamówienia, niemniej jednak stwierdził w sposób jednoznaczny, że opis warunku jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wszystkich pięciu wymaganych dostaw. Nieproporcjonalność polegała na określeniu zbędnych lub zbyt wygórowanych wymogów:

- w zakresie wartości zamówienia w stosunku do wartości zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem (pkt. 5.1 ppkt4 lit. a)-d) SIWZ),
- w zakresie ilości lokalizacji w stosunku do zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem (pkt. 5.1 ppkt4 lit. b) SIWZ),
- w zakresie ilości punktów dostępowych w stosunku do zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem (pkt. 5.1 ppkt4 lit. e) SIWZ).

Jak wskazał dalej, wprowadzenie wymogu wartości zrealizowanych dostaw było zbędne, gdyż wartość zrealizowanych zamówień nie ma istotnego znaczenia dla zdolności realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku, gdy wykonawca dysponuje doświadczeniem polegającym na realizacji zadania obejmującego wszystkie elementy techniczne składające się na przedmiot zamówienia. Efektem powyższego opisu mogło być zatem wyeliminowanie z udziału w postępowaniu potencjalnych wykonawców zdolnych obiektywnie od strony technicznej do realizacji przedmiotu zamówienia.

Z kolei w odniesieniu do wymogu wykonania zadania obejmującego 10 lokalizacji i 10 punktów dostępowych, biegły stwierdził jednoznacznie, że zrealizowane zamówienie o ilości punktów dostępowych większej niż jeden w sposób wystarczający gwarantuje należyłą realizację przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe uznać należy, iż tak sformułowany opis warunku wiedzy i doświadczenia, odnoszący się aż do 10 lokalizacji lub punktów dostępowych, stanowił barierę dla potencjalnych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że: „Potwierdzeniem nieprawidłowego opisanego warunku wiedzy i doświadczenia może być okoliczność, iż w kontrolowanym postępowaniu do zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta. W dodatku wykonawca, który ją złożył - SOLIDEX S.A. wykazał samodzielnie spełnienie warunku w zakresie określonym w pkt. 5.1 ppkt 4 lit. a),c),d),e) SIWZ, natomiast w zakresie określonym w pkt. 5.1 ppkt 4 lit. b) SIWZ (zamówienie polegające na dostawie, montażu i integracji zestawów multimedialnych, w co najmniej 10 lokalizacjach, z dostawą przynajmniej jednego zestawu do każdej lokalizacji, o wartości co najmniej 410.000,00 zł) polegał na potencjale podmiotu trzeciego. Ustawa Pzp dopuszcza wykazywanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w sposób

łączy przez wykonawców składających ofertę w formie konsorcjum, jak również możliwe jest powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego. Jednakże nie uzasadnia to formułowania warunku w taki sposób, że żaden wykonawca samodzielnie nie jest w stanie go spełnić, przez co konieczne staje się łączenie potencjałów. Stanowi to naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Mając na uwadze powyższe ustalenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że sformułowany w postępowaniu opis warunku wiedzy i doświadczenia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i stanowi nieuzasadnioną barierę utrudniającą dostęp do ubiegania się o uzyskanie zamówienia przez wykonawców obiektywnie zdolnych do jego realizacji. Wymogi postawione przez zamawiającego w znaczący sposób przekraczają poziom wystarczający do wykazania posiadania doświadczenia niezbędnego do należytej realizacji zamówienia. Z powyższych względów Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zamawiający opisał warunek wiedzy i doświadczenia z naruszeniem art. 22 ust. 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie platformy informatycznej wykorzystującej technologię chmury obliczeniowej w ramach projektu Małopolska Chmura Edukacyjna (MChE).

Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określony został załączniku nr 5 do SIWZ - *Opis istotnych warunków zamówienia*, który wskazuje na wymagane elementy infrastruktury technicznej, które należało dostarczyć w ramach realizacji przedmiotu zamówienia do 31 lokalizacji na terenie Województwa Małopolskiego.

W ramach niniejszego załącznika dokonano opisu elementów, które składają się na przedmiot zamówienia, tj.: Sekcja A Infrastruktura w szkołach obejmująca:

- Urządzenie A1 - Terminal wideokonferencyjny do sali multimedialnej
- Urządzenie A2 - Tablica interaktywna
- Urządzenie A3 - Zestaw Projektor z dwoma głośnikami,
- Urządzenie A4 - Terminal roboczy do obsługi Sali multimedialnej,
- Urządzenie A5 - Terminal wideokonferencyjny osobisty,
- Urządzenie A6 - Terminal wideokonferencyjny mobilny,
- Urządzenie A7 - Router dostępowy,
- Urządzenie A8 - Przełącznik dostępowy,
- Urządzenie A9 - Kontroler sieci bezprzewodowej,
- Urządzenie A10 - Bezprzewodowy punkt dostępowy wewnętrzny,
- Urządzenie A11 - Bezprzewodowy punkt dostępowy zewnętrzny z anteną, Sekcja B Infrastruktura na uczelni obejmująca:

- Urządzenie B1 - Terminal wideokonferencyjny do sali multimedialnej,
- Urządzenie B2 - Monitor LCD,
- Urządzenie B3 - Tablica interaktywna,
- Urządzenie B4 - Zestaw Projektor z dwoma głośnikami,
- Urządzenie B5 - Terminal roboczy do obsługi Sali multimedialnej,
- Urządzenie B6 - Terminal wideokonferencyjny osobisty,
- Urządzenie B7 - Terminal wideokonferencyjny mobilny, Sekcja C Infrastruktura Centrum

Przetwarzania Danych obejmująca:

- Urządzenie C1 - Brama Video,
- Urządzenie C2 - Mostek video HH,
- Urządzenie C3 - System zarządzania terminalami Wideokonferencyjnymi,
- Urządzenie C4 - System nagrywania Video,

Urządzenie C5 - System zarządzania połączeniami,

Urządzenie C6 - System obsługi pracy grupowej,

Urządzenie C7 - Portal Edukacyjny,

Urządzenia C8 - Narzędzia komunikacyjne,

Urządzenie C8A - Komunikator multimedialny,

Urządzenie C8B - Komunikator tekstowy,

Urządzenie C9 - Firewall zewnętrzny,

Urządzenie C10 - Router dostępowy,

Urządzenie C11- Przełącznik rdzeniowy,

Urządzenie C12 - Kontroler punktów bezprzewodowych,

Urządzenie C13 - Firewall CPD,

Urządzenie C14 - Przełączniki CPD,

Urządzenie C15 - Serwery z oprogramowaniem wirtualizacyjnym,

Urządzenie C16 - Serwer plików,

Urządzenie C17 - System zarządzania tożsamością,

Urządzenie C18 - System kontroli treści,

Urządzenie C19 - System zarządzania elementami bezpieczeństwa,

Urządzenie C20 - System zarządzania infrastrukturą,

Urządzenie C21 - System zarządzania wirtualizacją,

Urządzenie C22 - Szafa teleinformatyczna;

W pkt 3.1 SIWZ zamawiający wskazał, iż: „W odniesieniu do norm, certyfikatów, wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuszcza normy, certyfikaty równoważne. Dopuszcza się zastosowanie przez Wykonawcę rozwiązań równoważnych w stosunku do przedstawionych w dokumentacji postępowania, w tym równoważnych zamienników materiałów pod warunkiem, że ich parametry techniczne, użytkowe, eksploatacyjne są co

najmniej takie same jak parametry wymienionych w dokumentacji przetargowej. W przypadku oferowania produktów równoważnych, udowodnienie równoważności leży po stronie Wykonawcy. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego."

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołał w trakcie procedury kontrolnej biegłego w związku z faktem, iż dla oceny, czy opis przedmiot zamówienia dokonany został w sposób prawidłowy niezbędna jest specjalistyczna wiedza. Biegły został poproszony o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

- 1) Czy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, tj. czy ustalone parametry/wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie były nadmierne, a jeśli tak, to które i dlaczego?
- 2) Czy parametry techniczne dotyczące urządzeń składających się na całość przedmiotu zamówienia oraz wymogi dotyczące oprogramowania wskazują na produkty konkretnych firm?
- 3) Jeżeli opis przedmiotu zamówienia wskazywał na produkty konkretnych firm, czy stosownie do zapisów SIWZ istniała możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych w stosunku do przedstawionych w dokumentacji przetargowej?

Odpowiadając na pytanie: *„czy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, tj. czy ustalone parametry/wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie były nadmierne, a jeśli tak, to które i dlaczego?”* biegły udzielił odpowiedzi twierdzącej wskazując, że: *„zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, niektóre wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia były nadmierne.”*

Biegły w treści sporządzonej opinii zakwestionował opisy nw. urządzeń: A). Pkt. 2.2 - Sekcja A - Infrastruktura w szkołach.

a) Urządzenie A1 - Terminal wideo konferencyjny do sali multimedialnej - *„Łączne zestawienie parametrów powoduje zawężenie wyników wyszukiwania urządzeń do pochodzących od firmy Cisco. W szczególności do parametrów tych należy zaliczyć:*

- *wykaz złączy,*
- *łączny wykaz obsługiwanych protokołów,*
- *funkcjonalności interfejsów sieciowych,*
- *obsługiwane rozdzielczość”.*

Jak wskazał dalej biegły:

„Wobec planowanego wykorzystania urządzeń część z wymaganych parametrów można uznać za zbędne, a ich pominięcie w wykazie nie spowoduje niezgodności rozwiązania z zamierzonym przeznaczeniem, a nawet pomniejszenia komfortu pracy. Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że poszczególne lokalizacje mają zostać zintegrowane, część protokołów, rozdzielczości, funkcjonalności interfejsów sieciowych itp. nie będzie nigdy wykorzystywana. W ocenie sporządzającego opinię wykaz wymaganych parametrów został przepisany ze specyfikacji istniejącego urządzenia. Ostatecznie w ocenie sporządzającego opinię opis należy uznać za ograniczający uczciwą konkurencję.

b) Urządzenie A2 - Tablica interaktywna IS.A2.01 [efektywna powierzchnia tablicy (...), na której można dokonywać notatek, sterować pracą komputera i wyświetlać obraz z projektora 188 cmx117,2 cm (przekątna 87 cali - 221 cm)] - *Wobec braku określenia, czy parametr dotyczy minimum czy maksimum - co w sposób domniemany oznacza konieczność dokładnego spełnienia wymogu, wymóg należy uznać za bezwzględnie ograniczający ilość możliwych do zaoferowania urządzeń. W ocenie sporządzającego opinię, parametr powinien zostać określone poprzez wskazanie zakresu wymiarów granicznych. Część parametrów, jak np.: ISA2.18, IS.A2.23, IS.A2.31, IS.A2.32, i inne, w ocenie sporządzającego opinię zostały opisane w sposób zbyt precyzyjny, co w konsekwencji prowadzi do utrudnienia łącznego ich spełnienia. Dla części z tych parametrów sporządzający opinię nie znajduje uzasadnienia w przeznaczeniu przedmiotu zamówienia.*

Wskazane wyżej parametry łącznie powodują zawężenie wyników wyszukiwania urządzeń do produktów firmy Smart Technologies.

W ocenie sporządzającego opinię wykaz wymaganych parametrów został przepisany ze specyfikacji istniejącego urządzenia.

Ostatecznie w ocenie sporządzającego opinię opis należy uznać za ograniczający uczciwą konkurencję.

c) Urządzenie A5 - Terminal wideokonferencyjny osobisty - *„Łączne zestawienie parametrów powoduje zawężenie wyników wyszukiwania urządzeń do pochodzących od firmy Cisco. W szczególności do parametrów tych należy zaliczyć:*

- wykaz złączy,*
- łączny wykaz obsługiwanych protokołów,*
- funkcjonalności interfejsów sieciowych,*
- obsługiwane rozdzielczości.*

Wobec planowanego wykorzystania urządzeń część z wymaganych parametrów można uznać za zbędne, a ich pominięcie w wykazie nie spowoduje niezgodności rozwiązania z zamierzonym przeznaczeniem, a nawet pomniejszenia komfortu pracy. Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że poszczególne lokalizacje mają zostać zintegrowane, część protokołów, rozdzielczości, funkcjonalności interfejsów sieciowych itp. nie będzie nigdy wykorzystywana.

W ocenie sporządzającego opinię wykaz wymaganych parametrów został przepisany ze specyfikacji istniejącego urządzenia.

Ostatecznie w ocenie sporządzającego opinię opis należy uznać za ograniczający uczciwą konkurencję.

d) Urządzenie A6 - Terminal wideokonferencyjny mobilny - „Łączne zestawienie parametrów powoduje zawężenie wyników wyszukiwania urządzeń do pochodzących od firmy Cisco. W szczególności do parametrów tych należy zaliczyć:

- wykaz złączy,
- łączny wykaz obsługiwanych protokołów,
- funkcjonalności interfejsów sieciowych,
- obsługiwane rozdzielczości.

Wobec planowanego wykorzystania urządzeń część z wymaganych parametrów można uznać za zbędne, a ich pominięcie w wykazie nie spowoduje niezgodności rozwiązania z zamierzonym przeznaczeniem, a nawet pomniejszenia komfortu pracy. Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że poszczególne lokalizacje mają zostać zintegrowane, część protokołów, rozdzielczości, funkcjonalności interfejsów sieciowych itp. nie będzie nigdy wykorzystywana. W ocenie sporządzającego opinię wykaz wymaganych parametrów został przepisany ze specyfikacji istniejącego urządzenia.

Ostatecznie w ocenie sporządzającego opinię opis należy uznać za ograniczający uczciwą konkurencję.

B). Pkt. 2.3. Sekcja B - Infrastruktura na uczelni.

a) Urządzenie B1 - Terminal wideokonferencyjny do sali multimedialnej - „Łączne zestawienie parametrów powoduje zawężenie wyników wyszukiwania urządzeń do pochodzących od firmy Cisco. W szczególności do parametrów tych należy zaliczyć:

- wykaz złączy,
- łączny wykaz obsługiwanych protokołów,
- funkcjonalności interfejsów sieciowych,
- obsługiwane rozdzielczości.

Wobec planowanego wykorzystania urządzeń część z wymaganych parametrów można uznać za zbędne, a ich pominięcie w wykazie nie spowoduje niezgodności rozwiązania z zamierzonym przeznaczeniem, a nawet pomniejszenia komfortu pracy. Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że poszczególne lokalizacje mają zostać zintegrowane, część protokołów, rozdzielczości, funkcjonalności interfejsów sieciowych itp. nie będzie nigdy wykorzystywana. W ocenie sporządzającego opinię wykaz wymaganych parametrów został przepisany ze specyfikacji istniejącego urządzenia.

Ostatecznie w ocenie sporządzającego opinię opis należy uznać za ograniczający uczciwą konkurencję.

b) Urządzenie B3 - Tablica interaktywna - IS.B3.01 [efektywna powierzchnia tablicy (...), na której można dokonywać notatek, sterować pracą komputera i wyświetlać obraz z projektora 188 cmx117,2 cm (przekątna 87 cali - 221 cm)] - „Wobec braku określenia, czy parametr dotyczy minimum czy maksimum - co w sposób domniemany oznacza konieczność dokładnego spełnienia wymogu, wymóg należy uznać za bezwzględnie ograniczający ilość możliwych do zaoferowania urządzeń. W ocenie sporządzającego opinię, parametr powinien zostać określone poprzez wskazanie zakresu wymiarów granicznych.

Część parametrów, jak np.: IS.B3.18, IS.B3.23, IS.B3.31, IS.B3.32, i inne, w ocenie sporządzającego opinię zostały opisane w sposób zbyt precyzyjny, co w konsekwencji prowadzi do utrudnienia łącznego ich spełnienia. Dla części z tych parametrów sporządzający opinię nie znajduje uzasadnienia w przeznaczeniu przedmiotu zamówienia. Wskazane wyżej parametry łącznie powodują zawężenie wyników wyszukiwania urządzeń do produktów firmy Smart Technologies.

W ocenie sporządzającego opinię wykaz wymaganych parametrów został przepisany ze specyfikacji istniejącego urządzenia. Ostatecznie w ocenie sporządzającego opinię opis należy uznać za ograniczający uczciwą konkurencję.”

c) Urządzenie B6 - Terminal wideokonferencyjny osobisty - „Łączne zestawienie parametrów powoduje zawężenie wyników wyszukiwania urządzeń do pochodzących od firmy Cisco. W szczególności do parametrów tych należy zaliczyć:

- wykaz złączy,
- łączny wykaz obsługiwanych protokołów,
- funkcjonalności interfejsów sieciowych,
- obsługiwane rozdzielczości.

Wobec planowanego wykorzystania urządzeń część z wymaganych parametrów można uznać za zbędne, a ich pominięcie w wykazie nie spowoduje niezgodności rozwiązania z zamierzonym przeznaczeniem, a nawet pomniejszenia komfortu pracy. Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że poszczególne lokalizacje mają zostać zintegrowane, część protokołów, rozdzielczości, funkcjonalności interfejsów sieciowych itp. nie będzie nigdy wykorzystywana. W ocenie sporządzającego opinię wykaz wymaganych parametrów został przepisany ze specyfikacji istniejącego urządzenia.

Ostatecznie w ocenie sporządzającego opinię opis należy uznać za ograniczający uczciwą konkurencję.

d) Urządzenie B7 - Terminal wideokonferencyjny mobilny - „Łączne zestawienie parametrów powoduje zawężenie wyników wyszukiwania urządzeń do pochodzących od firmy Cisco. W szczególności do parametrów tych należy zaliczyć:

- wykaz złączy,
- łączny wykaz obsługiwanych protokołów,

- funkcjonalności interfejsów sieciowych,
- obsługiwane rozdzielczości.

Wobec planowanego wykorzystania urządzeń część z wymaganych parametrów można uznać za zbędne, a ich pominięcie w wykazie nie spowoduje niezgodności rozwiązania z zamierzonym przeznaczeniem, a nawet pomniejszenia komfortu pracy. Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że poszczególne lokalizacje mają zostać zintegrowane, część protokołów, rozdzielczości, funkcjonalności interfejsów sieciowych itp. nie będzie nigdy wykorzystywana.

W ocenie sporządzającego opinię wykaz wymaganych parametrów został przepisany ze specyfikacji istniejącego urządzenia.

Ostatecznie w ocenie sporządzającego opinię opis należy uznać za ograniczający uczciwą konkurencję."

W podsumowaniu swojego stanowiska, w odpowiedzi na pytanie „Czy parametry techniczne dotyczące urządzeń składających się na całość przedmiotu zamówienia oraz wymogi dotyczące oprogramowania wskazują na produkty konkretnych firm?”, biegły wskazał, iż: „A. Urządzenia A1, B1

Parametry techniczne dotyczące urządzeń łącznie wskazują na produkty firmy Cisco. Urządzenia A5, B6

Parametry techniczne dotyczące urządzeń łącznie wskazują na produkty firmy Cisco. Urządzenia A6, B7

Parametry techniczne dotyczące urządzeń łącznie wskazują na produkty firmy Cisco. B, Urządzenia A2, B3

Parametry techniczne dotyczące urządzeń łącznie wskazują na produkty firmy Smart Technologies."

Odpowiadając na pytanie – „Jeżeli opis przedmiotu zamówienia wskazywał na produkty konkretnych firm, czy stosownie do zapisów SIWZ istniała możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych w stosunku do przedstawionych w dokumentacji przetargowej?”- biegły nawiązując do odpowiedzi na ww. pytania podniósł, iż „niektóre z parametrów urządzeń zawężyły wyniki wyszukiwania urządzeń do produktów konkretnych firm, a tym samym uniemożliwiły zaoferowanie rozwiązań równoważnych. (...) Rozwiązania równoważne wg (...) definicji [pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia 3.1 SIWZ] mogą ewentualnie posiadać cechy (parametry bądź funkcjonalności) wykraczające ponad wymagane. (...). Zawężenie wyników wyszukiwania dla wskazanych wymaganych parametrów powoduje uniemożliwienie zaoferowania urządzenia równoważnego".

Prezes Urzędu zamówień Publicznych podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił Zamawiającemu

możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Jak wyjaśnił Prezes Urzędu zamówień Publicznych, naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć 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). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto, zdaniem Prezesa UZP, naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. 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.

Dokonując analizy poszczególnych elementów (urządzeń) składających się na przedmiot zamówienia biegły wskazał, iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że parametry określone dla ośmiu pozycji (A1, A2, A5, A6, B1, B3, B6, B7) wskazywały na produkty konkretnych firm (Cisco, Smart Technologies). Biegły podał przy tym konkretne wymogi (parametry) zawarte w SIWZ, które ze względu na swoją szczegółowość wskazywały na produkty tych firm, jak też wymogi, które wykluczały możliwość złożenia oferty z urządzeniami innych firm. Biegły podniósł, iż parametry ww. urządzeń zostały wprost przepisane ze specyfikacji urządzeń wskazanych powyżej producentów. Ponadto przy tak szczegółowym opisie ww. parametrów, w praktyce niemożliwe było zaoferowanie produktów równoważnych. Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu zamówień Publicznych uznał, że zawarcie w SIWZ ogólnej klauzuli o dopuszczeniu urządzeń równoważnych było w tym zakresie jedynie formalnym dopełnieniem obowiązków ustawowych, natomiast nie miało rzeczywistego znaczenia dla wykonawców.

W oparciu o powyższe, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogła pochodzić wyłącznie od firmy Cisco oraz Smart Technologies, co oznacza, że w konsekwencji ograniczony został

krąg podmiotów mogących złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty.

Tym samym, w ocenie Prezesa UZP Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli. W jego ocenie twierdzenia powołanego biegłego są wewnątrznie niespójne. Jak wskazał Zamawiający, biegły we wszystkich przypadkach stwierdził, że spełnienie wymagań pozwala uznać, że „wykonawca dysponuje źródłem i możliwościami dostarczenia sprzętu”. Równocześnie biegły uznał, że parametry przypisane przez Zamawiającego do sprzętu nie znajdują uzasadnienia, nie niosą informacji dla Zamawiającego i nie gwarantują jego zdolności. Zdaniem Zamawiającego właśnie okoliczność, że wykonawca dysponuje źródłem i możliwościami dostarczenia określonego sprzętu, jest celem przedmiotowego warunku. Tak więc nawet w świetle opinii biegłego, nie jest prawdziwa teza, iż przedmiotowe warunki są dla Zamawiającego nieprzydatne. Przeciwnie - skoro wykazują one posiadanie źródła oraz możliwości dostarczenia sprzętu, to są przydatne dla oceny zdolności Wykonawców do wykonania zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę na brak jakiegokolwiek uzasadnienia tez biegłego. Wskazał, iż nie wiadomo, na jakich źródłach, materiałach czy informacjach biegły oparł swoją ocenę, która w kolejnych punktach sprowadza się do tezy, że postawienie wymagań, by wykonane przez Wykonawców zamówienia referencyjne posiadały zdefiniowane przez Zamawiającego parametry (wartość, liczba lokalizacji oraz punktów dostępowych), jest nadmiarowe.

Zamawiający podkreślił, że kwestionowane przez biegłego parametry wartościowe (ad. 1-4) zostały przewidziane na poziomie znacząco niższym, niż wartość samego przedmiotu zamówienia oraz jego odpowiednich części. Jak argumentował dalej Zamawiający, podobnie sytuacja wygląda w odniesieniu do wymagań w zakresie innych parametrów, to jest liczby lokalizacji oraz punktów dostępowych. Wymaganie, by Wykonawca wykazał dostawę do co najmniej 10 lokalizacji (pkt 2) jest adekwatne do przedmiotu zamówienia, który obejmował dostawę wraz z usługami towarzyszącymi, realizowaną w 31 lokalizacjach. Wymaganie, by Wykonawca wykazał dostawę sprzętu obejmującego co najmniej 10 pkt dostępowych także odpowiada swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, w ramach którego Zamawiający wymagał dostawę 231 punktów dostępowych (oraz 21 kontrolerów). W konkluzji Zamawiający stwierdził, że biorąc pod uwagę kryterium czysto liczbowe, z pewnością

postawione przez Zamawiającego wymagania nie mogą zostać uznane za nadmierne.

Zamawiający nie zgodził się z tezą prezentowaną przez biegłego, iż wartość zamówienia nie ma znaczenia dla oceny doświadczenia Wykonawcy, a w konsekwencji dla oceny jego zdolności do wykonania zamówienia. Jak wskazał: „Po pierwsze, wartość zamówienia jest prostym, ale jednoznacznym miernikiem jego jakości. Zamówienie na sprzęt danego rodzaju (np. na przywołany w przedmiotowych warunkach sprzęt sieciowy czy multimedialny), o wartości 1.000.000 zł. posiada zupełnie inną specyfikę, niż zamówienie na taki sam sprzęt, ale o np. 10 - krotnie mniejszej wartości. Jest oczywiste, że zamówienie większe wymaga większych zdolności operacyjnych i logistycznych, zarówno w zakresie samej dostawy, jak i usług instalacji, konfiguracji i serwisowania sprzętu. Po drugie, gdyby tezy biegłego uznać za prawidłowe, to oznaczałoby, że postawienie kryterium wartości zrealizowanych zamówień w ramach opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest co do zasady niedopuszczalne. Skoro bowiem powinien wystarczyć sam opis parametrów technicznych, to Zamawiający nigdy nie powinni wymagać wykazania jakichkolwiek wartości, ponieważ zawsze będzie to wymaganie nieproporcjonalne. Teza ta jest jednak całkowicie nieuzasadniona zarówno na gruncie przepisów Ustawy Pzp, jak i powszechnej praktyki rynkowej w zakresie kształtowania warunków udziału w postępowaniu w obszarze wiedzy i doświadczenia. Nie można też pominąć faktu, iż obowiązujące w stanie prawnym właściwym dla kontrolowanego postępowania rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wprost zezwala w § 1 ust. 1 pkt 3 na żądanie wskazania wartości zamówień, na które Wykonawca powołuje się w celu wykazania doświadczenia. Już sam ustawodawca założył więc, że parametr wartości zamówienia ma istotne znaczenie dla oceny zdolności wykonawców”.

Podobnie, zdaniem Zamawiającego, wygląda sytuacja w zakresie innych parametrów. Liczba lokalizacji, w których realizowana jest dostawa, jest wyznacznikiem nie tylko zdolności organizacyjnych i logistycznych Wykonawcy, ale też możliwości wykonania przez niego czynności instalacyjnych i konfiguracyjnych w skończonym czasie, w rozproszonej infrastrukturze, oraz świadczenia usług utrzymaniowych w wielu lokalizacjach.

Zamawiający wskazał także, że biegły nie przedstawił jakiegokolwiek analizy rynku czy kręgu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, które zostały wykluczone z postępowania poprzez omawiane wymagania.

Podsumowując swoje stanowisko Zamawiający wskazał, iż „Prezes Urzędu stwierdzając naruszenia w obszarze postawionego warunku wiedzy i doświadczenia polegał w całości na opinii biegłego, która po pierwsze - w przeważającej części nie dotyczy kwestii technicznych, po drugie - nie zawiera (w części udostępnionej Zamawiającemu) jakiegokolwiek uzasadnienia arbitralnych tez, a po trzecie - jest błędna, tzn. obejmuje nieprawdziwe wnioski

i tezy (np. w przedmiocie braku zależności między zdolnością wykonawców a parametrami zamówień referencyjnych). Prezes Urzędu, zdaniem Zamawiającego, dokonał błędnej oceny postawionego przez Zamawiającego warunku, nie tylko dzieląc w całości zdanie biegłego, lecz także nie odnosząc się w żaden sposób do przyczyn postawienia poszczególnych wymagań oraz do kwestii ochrony uzasadnionych interesów Zamawiającego.

Wnosząc zastrzeżenia do naruszania wskazanego w pkt 2.2 Informacji o wyniku kontroli, na wstępie Zamawiający wskazał, iż „...celem Zamawiającego nie było wskazanie na konkretne rozwiązanie czy produkt, lecz zapewnienie należytej jakości przedmiotu zamówienia oraz możliwości jego prawidłowej eksploatacji do celów, dla których był przeznaczony. Nie jest też prawdą, że poszczególne wymagania wskazują na konkretne produkty, a dopuszczona przez Zamawiającego równowaga miała wyłącznie charakter formalny.”

Ponadto Zamawiający wskazał, iż „...nie jest prawdziwą tezę, iż opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do tego urządzenia powoduje konieczność dostarczenia urządzeń Cisco oraz Smart Technologies, bez możliwości dostarczenia rozwiązań równoważnych. Zgodnie z powszechnie dostępną dokumentacją producentów rozwiązań, poza dostarczonymi w ramach zamówienia wymagania SIWZ spełniają także m.in. poniższe rozwiązania:
Urządzenie A1 - Terminal wideokonferencyjny do sali multimedialnej:

- Huawei TE40
- Polycom HDX 8000
- Urządzenia A2, B3 - Tablica interaktywna:
 - Promethean ActiveBoard 500 PRO 87"
- Urządzenia A5, B6 - Terminal wideokonferencyjny osobisty:
 - Huawei DP300 o Polycom HDX 4000
 - Avaya Scopia XT Executive 240 Desktop System
- Urządzenie A6 - Terminal wideokonferencyjny mobilny:
 - Huawei TE60 z osprzętem (stelaż, głośniki, monitor, punkt dostępowy)
 - Polycom HDX 9000
- Urządzenie B1 - Terminal wideokonferencyjny do sali multimedialnej:
 - Huawei TE60
 - Polycom HDX 9000
- Urządzenie B7 - Terminal wideokonferencyjny mobilny:
 - Huawei TE60 z osprzętem (stelaż, głośniki, monitor, punkt dostępowy)
 - Polycom HDX 9000".

Jak wskazał dalej Zamawiający, w opinii biegłego, na podstawie której oparto ustalenia kontroli, „brak jest wskazania konkretnych zapisów („które”) powodujących jego zdaniem

utrudnienie konkurencji, jak też uzasadnienia („dlaczego”). Biegły stwierdził jedynie ogólnie, że do parametrów ograniczających konkurencję („powodujących zawężenie wyników wyszukiwania do urządzeń Cisco”) należy zaliczyć: „wykaz złączy”, „łączny wykaz obsługiwanych protokołów”, „funkcjonalności interfejsów sieciowych” oraz „obsługiwane rozdzielczości”. „Biorąc pod uwagę, iż w każdej z tych grup wyizolować można kilka lub kilkanaście ustalonych wymogów, nie można określić, czy opinia biegłego odnosi się do generalnie wykorzystania któregośkolwiek z nich, wszystkich w ogólności itp.”.

W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający szczegółowo odniósł się do poszczególnych parametrów urządzeń, które zostały w opinii biegłego wskazane jako zawężające wyniki wyszukiwania urządzeń do pochodzących od konkretnych firm, tj.:

- wykaz złączy,
- łączny wykaz obsługiwanych protokołów,
- funkcjonalności interfejsów sieciowych,
- obsługiwane rozdzielczości.

Przykładowo w odniesieniu do pozycji A1 Zamawiający wskazał, że „wymagany zestaw wejść i wyjść jest jak najbardziej zgodny z jego planowanym i typowym wykorzystaniem, bowiem:

- Wejścia wideo - do terminala dołączona jest kamera cyfrowa (złącze HDMI) oraz komputer PC (złącze DVI), wykorzystując dostępne złącza (w szkole, w przeciwieństwie do uczelni, ew. dodatkowe źródło sygnału wideo jest wykorzystywane zamiennie z komputerem PC),
- Wyjścia wideo - do terminala będzie dołączony jest projektor dla tablicy interaktywnej, drugie wyjście przeznaczone jest dla dodatkowego wyświetlacza (który - jako pokazały wnioski z wdrożenia przedmiotowego projektu pilotażowego - okazał się bardzo potrzebny),
- Wejścia audio - do terminala dołączony jest mikrofon (jedno ze złączy mikrofonowych), komputer PC (złącze MiniJack, typowe dla zdecydowanej większości platform PC) oraz kamera (wspólne złącze HDMI z sygnałem wideo). Drugie złącze mikrofonowe zarezerwowane zostało na potrzeby dodatkowego mikrofonu (projekt pilotażowy potwierdził sensowność jego wykorzystania),
- Wyjścia audio - jedno przeznaczone dla systemu nagłośnienia (MiniJack), drugie dla dodatkowego wyświetlacza (wspólne z sygnałem wizyjnym HDMI).

Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do urządzeń A5, A6, B1, B6 i B7. Każde wymagane złącze jest uzasadnione przeznaczeniem urządzenia, koniecznością wykorzystania jego możliwości w procesach edukacyjnych przewidzianych w ramach projektu oraz wyposażeniem w konieczne urządzenia peryferyjne.

Ponadto Zamawiający wskazał, że wszystkie podane typy złączy dla urządzeń A1, A5, A6, B1, B6 i B7 są standardowymi portami, będącymi w powszechnym użyciu rynkowym i gwarantującymi zastosowanie nowoczesnej oraz interoperacyjnej technologii cyfrowej.

Dodatkowo, Zamawiający podkreślił, że zgodnie z p. 3.1 SIWZ dopuszczalne jest zastosowanie rozwiązań równoważnych w tym np. innych typów złączy, zapewniających takie same parametry techniczne.

Analogicznie uzasadnienie sporządzone zostało przez Zamawiającego w odniesieniu do kwestii wykazu obsługiwanych protokołów, funkcjonalności interfejsów sieciowych, obsługiwanych rozdzielczości oraz niektórych z wymagań określonych dla urządzeń A2 i B3, które wymienione zostały w treści opinii (wymagania IS.A2.18, IS.A2.23, IS.A2.31, IS.A2.32, IU.B3.18, 1U.B3.23, IU.B3.31 oraz 1U.B3.32).

Podsumowując swoje stanowisko Zamawiający wskazał, iż „wszystkie wyspecyfikowane wymagania miały uzasadnienie w kontekście projektu Małopolskiej Chmury Edukacyjnej, dotyczyły powszechnie implementowanych standardów rynkowych, zapewniając przy tym odpowiedni poziom funkcjonalny wymaganych rozwiązań. Ponadto, jak Zamawiający wskazał powyżej, według dostępnej dokumentacji podobnych rozwiązań, podnoszone przez biegłego wymagania spełnione są także przez rozwiązania innych producentów, niż tylko Cisco Systems oraz Smart Technologies.”

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uwzględnił zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące pkt 2.1. odnośnie naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia wskazanego w pkt 2.2. Informacji o wyniku kontroli odnośnie naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z zm.), Prezes Urzędu podtrzymał swoje stanowisko.

Przypomniał, że prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę, Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych. Ponadto, zgodnie z art. 163 ust. 3 ustawy Pzp stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów.

Odnosząc się do pytań zadanych biegłemu, zauważył, że nie ograniczały się one do zapytania, czy opis przedmiotu zamówienia utrudniał uczciwą konkurencję, ale w pytaniu zadany biegłemu sprecyzowano, jak rozumieć „ograniczenie uczciwej konkurencji” i zapytano wprost: czy ustalone parametry wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie były nadmierne, a jeśli tak, to które i dlaczego? W celu odpowiedzi na tak postawione pytanie, konieczne jest posiadanie wiedzy przede wszystkim technicznej w zakresie tego, na czym w ogóle polega wykonanie niniejszego przedmiotu zamówienia, jaki sprzęt i o jakich

parametrach jest konieczny do realizacji tego przedmiotu zamówienia, które zaś parametry sprzętu opisanego przez Zamawiającego nie są niezbędne do jego prawidłowego wykonania. Ww. opisane kwestie nie są kwestiami prawnymi, ale kwestiami technicznymi z zakresu branży informatycznej i dlatego prośba o ich ustalenie skierowana została do biegłego sądowego z zakresu informatyki.

Prezes Urzędu zgodził się z Zamawiającym, że nie ma on obowiązku tak opisać przedmiotu zamówienia, aby w postępowaniu mógł wziąć udział każdy wykonawca. Zauważył jednak że z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że ma on obowiązek tak opisać przedmiot zamówienia, aby o zamówienie mógł się ubiegać każdy wykonawca, który jest zdolny do jego wykonania. Nie jest tym samym zgodne z ww. przepisami ustawy Pzp takie opisanie przedmiotu zamówienia, które powodują, że w postępowaniu jest w stanie wziąć udział tylko jeden wykonawca, bądź nawet kilku, ale jednocześnie niemożliwy jest udział innych, którzy także byliby w stanie należycie wykonać zamówienie. Prezes Urzędu przypomniał, że w przedmiotowym postępowaniu, mimo wielości podmiotów funkcjonujących na rynku IT, złożono tylko jedną ofertę, co nie świadczy o dużej konkurencyjności tego postępowania i potwierdza tezy postawione w informacji o wyniku kontroli.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, 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. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta.

Wnosząc zastrzeżenia Zamawiający zakwestionował stwierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do urządzeń wskazanych w pkt: A1, A2, A5, A6, B1, B3, B6, B7, powoduje konieczność dostarczenia urządzeń Cisco oraz Smart Technologies, bez możliwości dostarczenia rozwiązań równoważnych. Zamawiający wskazał przy tym na urządzenia, które jego zdaniem spełniają wszystkie wymogi określone w siwz.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego o sporządzenie opinii uzupełniającej zawierającej odniesienie się do stanowiska Zamawiającego.

Biegły dokonując analizy parametrów powyższych urządzeń wskazał, iż żadne z wykazanych przez Zamawiającego urządzeń nie spełnia wszystkich wymogów.

Zdaniem Prezesa UZP, z powyższego wynika, że wskazane przez Zamawiającego urządzenia nie są równoważne do opisanych w SIWZ i nie spełniają wymogów zawartych w SIWZ, dlatego podtrzymał stwierdzenie, że urządzenia wymienione w Informacji o wyniku kontroli zostały opisane w sposób wskazujący wyłącznie na produkty Cisco oraz Smart Technologies.

Jak argumentował Prezes UZP, opisanie określonych urządzeń w sposób wskazujący na konkretny produkt lub producenta powoduje utrudnienie uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy mogliby wykonać należycie przedmiot zamówienia wykorzystując urządzenia innych producentów, ale z uwagi na opis przedmiotu zamówienia nie są w stanie złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty. Ponadto opis przedmiotu zamówienia wskazujący na konkretne produkty jest również dyskryminacyjny w stosunku do innych producentów, których produkty nie mogą być zakupione w celu realizacji danego zamówienia, gdyż oferta z tymi produktami zostałaby odrzucona. Zatem fakt, że biegły w sporządzonej opinii stwierdził, że określone urządzenia opisane przez Zamawiającego wskazują na produkty Cisco oraz Smart Technologies, może być podstawą stwierdzenia przez Prezesa Urzędu, że w postępowaniu doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ponownie stwierdził, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, że część urządzeń mogła pochodzić wyłącznie od firmy Cisco oraz Smart Technologies, co oznacza, że w konsekwencji ograniczony został krąg podmiotów mogących złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Tym samym, zdaniem Prezesa UZP, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń w zakresie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie nie uwzględnionym przez Prezesa Urzędu są zasadne.

Na wstępie należy wskazać, iż zarzut podtrzymany w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego dotyczył naruszenia normy prawnej wyrażonej w przepisie art. 29 ust. 2 Ustawy, zgodnie z którą zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję. Jak wynika z podstawy faktycznej zarzutu Prezes

UZP stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne urządzenie, co miało uniemożliwić złożenie oferty przez wykonawców, którzy byli w stanie wykonać je w sposób należyty. Kwestią istotną z punktu widzenia zastrzeżeń Zamawiającego było natomiast ustalenie, czy parametry omówione w opinii biegłego miały znaczenie dla projektowanego rozwiązania z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Tej kwestii opinia biegłego nie obejmowała, gdyż biegły związany pytaniami skierowanymi przez Prezesa UZP ustalał przede wszystkim parametry identyfikujące konkretne urządzenia bez dalszej oceny ich znaczenia, a którego to elementu dotyczyły w dużej części zastrzeżenia Zamawiającego. Opinia biegłego w tym zakresie zawierała się w stwierdzeniu braku znaczenia parametru, który nie będzie przez Zamawiającego wykorzystany ale bez dalszego omówienia podstaw, z których wniosek ten biegły wywodził. Brak szczegółowego omówienia, czyniło stwierdzenie pustym i niemożliwym do przyjęcia jako podstawa do odmowy uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego.

Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, zgodnie z którym rozstrzygnięcie niniejszej sprawy wymagało posiadania wiadomości specjalnych, stąd też uzasadnione było wystąpienie o sporządzenie opinii przez biegłego z zakresu informatyki. Jednakże w ocenie Izby opinia biegłego M. T., któremu Prezes UZP zlecił jej sporządzenie, nie dawała podstawy do zakwestionowania dokonanych przez Zamawiającego czynności. Tymczasem ustalenia dokonane przez biegłego i wnioski z nich wynikające, stanowiły główną podstawę rozstrzygnięcia zarzutów, postawionych przez Prezesa UZP.

W ocenie Izby, w przypadku postawienia Zamawiającemu zarzutu, że określone przez Zamawiającego parametry urządzeń ograniczają konkurencję, zarzut taki powinien odnosić się do konkretnie wskazanych parametrów, jak również każde takie naruszenie powinno zostać szczegółowo uzasadnione. W ocenie Izby, ocena opisów technicznych urządzeń wymaganych przez Zamawiającego powinna być kompleksowa. Ocena taka nie powinna się ograniczać się jedynie do porównania niektórych wymaganych parametrów, które zdaniem biegłego wskazują na jednego producenta. Przykładowo, w odniesieniu do urządzenia B1-terminal wideokonferencyjny do Sali multimedialnej, biegły stwierdził, że w szczególności do parametrów powodujących zawężenie wyników wyszukiwania urządzeń do pochodzących od firmy Cisco należy zaliczyć: wykaz złączy, łączny wykaz obsługiwanych protokołów, funkcjonalności interfejsów sieciowych oraz obsługiwane rozdzielczości. Ustalenia biegłego nie dotyczyły ustalenia kompleksowego, w tym oceny, czy parametry miały znaczenie dla całości opisu przedmiotu zamówienia uwzględniając ograniczenia z art. 29 ust. 2 i w jakim zakresie.

Ponadto biegły nie uwzględnił w opinii twierdzeń Zamawiającego, zgodnie z którymi wskazane przez Zamawiającego szczegółowe parametry urządzeń są parametrami minimalnymi, co wynika z treści punktu 2.1 Opisu organizacyjnego i Technicznego stanowiącego załącznik do SIWZ. Opinia nie uwzględnia okoliczności, że zaoferowanie urządzeń o parametrach lepszych niż wskazane w SIWZ, spełniłoby wymagania Zamawiającego. Powyższa kwestia dotyczy np. podanego przez Zamawiającego w odniesieniu do urządzeń A2 i B3 parametru wielkości przekątnej ekranu, która zgodnie z zapisem SIWZ powinna wynosić 87 cali. W świetle brzmienia całości postanowień SIWZ, zaoferowanie ekranu o przekątnej ≥ 87 cali spełniłoby wymagania Zamawiającego. Biegły w opinii uzupełniającej kwestię tę całkowicie pominął.

Biegły nie uzasadnił swojego stanowiska, że niektóre z wymagań (bez ich bliższego wskazania) postawionych przez Zamawiającego dla urządzeń A2 i B3 zostały uznane przez biegłego za dyskryminacyjne. Dotyczy to wymagań IS.A2.18, IS.A2.23, IS.A2.31, IS.A2.32, IU.B3.18, IU.B3.23, IU.B3.31, IU.B3.32. W treści zastrzeżeń Zamawiający wyjaśnił, dlaczego postawił takie wymagania. Wskazał, że są one niezbędne w ramach realizowanego przez Zamawiającego projektu i związane są m. in. z przyjętym przez Zamawiającego modelem chmury obliczeniowej.

W swojej opinii biegły odnosząc się do opisu urządzeń A1, A5, A6, B1, B6, B7 stwierdził, że „(...) część z wymaganych parametrów można uznać za zbędne(...)”. Jednakże biegły nie wskazał, które konkretnie parametry jego zdaniem są zbędne. Powoduje to, że opinia biegłego w tym zakresie jest całkowicie nieweryfikowalna, a Zamawiający pozbawiony został możliwości odniesienia się do tych stwierdzeń biegłego. Natomiast w odniesieniu do urządzeń A2, B3 biegły stwierdził, że dla części parametrów dotyczących tych urządzeń biegły nie znajduje uzasadnienia w przeznaczeniu przedmiotu zamówienia. Także w tym przypadku biegły nie wskazał, które z parametrów w jego ocenie nie powinny zostać przez Zamawiającego wskazane.

Biegły w opinii uzupełniającej nie odniósł się do twierdzeń Zamawiającego, w których uzasadnia on wprowadzone przez siebie wymogi poszczególnych parametrów urządzeń. Wymogi te w swojej pierwotnej opinii biegły uznał za zbędne z uwagi na fakt, że wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności nie będą wykorzystywane w realizowanym przez Zamawiającego projekcie. Zamawiający obszernie uzasadnił stanowisko, opisując, z jakich powodów wymagał spełnienia poszczególnych parametrów przez oferowane urządzenia, lecz pomimo tego biegły do tych wywodów się nie odniósł. Opinia uzupełniająca biegłego,

poza podtrzymaniem stanowiska zawartego w opinii pierwotnej, sprowadza się w zasadzie do wykazania, że wymienione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach urządzenia firm innych niż Cisco i Smart Technologies, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie spełniają wymogów SIWZ.

Uzupełniająca opinia biegłego nie odnosi się do kluczowych zastrzeżeń Zamawiającego, podczas gdy biegły, znając te zastrzeżenia, powinien się do nich merytorycznie odnieść. Tak więc opinia uzupełniająca powinna zostać oparta na większym stopniu szczegółowości niż opinia pierwotna, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, a biegły w opinii uzupełniającej odniósł się szczegółowo wyłącznie do wskazanych przez Zamawiającego przykładowych urządzeń, które spełniają wymogi SIWZ. Pozostałe twierdzenia Zamawiającego, podniesione w złożonych zastrzeżeniach, zostały przez biegłego w istocie pominięte.

Opiniując zastrzeżenia, Izba miała na uwadze ustalenia poczynione w toku postępowania kontrolnego, jako bazowego dla stawianych Zamawiającemu zarzutów. Jak wskazano powyżej, opinia biegłego, w ocenie Izby nie zawierała szczegółowych ustaleń co do znaczenia parametrów, mających identyfikować konkretne urządzenie dla całości projektowanego rozwiązania. Samo porównanie parametru wymaganego ze specyfikacją konkretnego produktu, nie jest jeszcze wystarczające dla stwierdzenia naruszającego przepisy ustawy opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, istotne było ustalenie i wskazanie, czy określone przez Zamawiającego parametry znajdowały uzasadnienie z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, a zatem, czy miały znaczenie dla całości rozwiązania, czy bez szkody dla systemu było możliwe ustalenie parametru w inny sposób. Okoliczności te zostały pominięte. Jak wskazano powyżej, Zamawiający obszernie uzasadnił swoje stanowisko, opisując niezbędne potrzeby oraz wskazując, z jakich powodów wymagał spełnienia poszczególnych parametrów przez oferowane urządzenia. Zarówno biegły jak i Prezes UZP do tych wywodów się nie odnieśli. Opinia uzupełniająca biegłego również tę kwestię pomija.

Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, czynią opinię biegłego niepozwalającą na uznanie zasadności zarzutu dokonania opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2, co w konsekwencji doprowadziło do stwierdzenia braku podstaw do postawienia Zamawiającemu takiego zarzutu. W ocenie Izby, opinia uzupełniająca nie zmieniła ustaleń, jakie legły u podstaw zarzutu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....