

Sygn. akt KIO/KD 35-14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 25.04.2014 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zamawiającego z dnia 27 marca 2014 roku. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Teatr Dramatyczny
Im. Jerzego Szaniawskiego w Wałbrzychu
58-300 Wałbrzych, Plac Teatralny 1

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 marca 2014 roku
znak UZP/ DKUE/KD/8/2014

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego Informatyzacji Teatru Dramatycznego im. Jerzego Szaniawskiego w Wałbrzychu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013 współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej, Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i Budżetu Województwa Dolnośląskiego

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kawa
Członkowie:	Marek Koleśnikow
	Daniel Konicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Teatr Dramatycznego im. Jerzego Szaniawskiego w Wałbrzychu prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie

przetargu nieograniczonego dotyczącego dostaw na Informatyzacji Teatru Dramatycznego im. Jerzego Szaniawskiego w Wałbrzychu.

Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 529.515,32 zł, tj. 131,733,34 euro, w tym wartość zamówień uzupełniających: 88.252,55 zł, tj. 21.955,56 euro. To postępowanie było czwartym z kolei przetargiem nieograniczonym, mającym za przedmiot informatyzację Teatru Dramatycznego im. Jerzego Szaniawskiego w Wałbrzychu. Z dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający dokonał unieważnienia poprzednich postępowań.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych - zwany dalej „kontrolującym”, wszczął kontrolę doraźną następczą przedmiotowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na podstawie wniosku o kontrolę (WK/209/13), złożonego przez wykonawcę Softex DATA S.A. z dnia 26 czerwca 2013 r. We wniosku o kontrolę zarzucono zamawiającemu wybranie oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu był zakup i montaż sprzętu komputerowego, zakup i wdrożenie oprogramowania wspomagającego zarządzanie instytucją, a także promocja Projektu.

W ramach zakupu i montażu sprzętu wykonawcy zostali zobowiązani do dostawy: komputerów stacjonarnych, komputerów stacjonarnych z rozszerzoną grafiką, komputerów stacjonarnych (stacji graficznych), komputerów mobilnych wraz ze stacją dokującą, komputerów mobilnych wraz z modemem 3G, komputera mobilnego, jednostki serwerowej, drukarek, kserokopiarek, skanerów, skanera dokumentowego, plotera tnącego, zasilacza awaryjnego UPS 20 kVA, osprzętu sieciowego (punkt dostępowy, router sieciowy), dodatkowego sprzętu mobilnego-dysk przenośny, dodatkowego sprzętu mobilnego-karty dźwiękowe, monitorów komputerowych, drukarki do płyt CD/DVD.

Zamawiający dokonał opisu właściwości technicznych sprzętu w Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 8 do siwz.

W związku z koniecznością dokonania oceny m.in. opisu przedmiotu zamówienia Prezes Urzędu, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zwrócił się o opinię do biegłego sądowego z zakresu informatyki.

Powołany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych biegły sporządził ekspertyzę, w której dokonał analizy wszystkich pozycji sprzętu komputerowego wymienionego w formularzu cenowym (załącznik nr 9 do siwz) oraz w Specyfikacji technicznej (załącznik nr 8 do siwz). Celem badania było określenie, czy opis przedmiotu zamówienia zawierał zapisy wskazujące na jednego producenta, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję i ograniczał wykonawcom możliwość wzięcia udziału w postępowaniu.

Biegły wskazał, że większość pozycji Specyfikacji technicznej zostało opisanych w sposób naruszający uczciwą konkurencję. W opinii sporządzonej dla Urzędu Zamówień Publicznych, odnosząc się do poszczególnych urządzeń, stwierdzono co następuje, cyt.:

1. Drukarka I - „parametry zaofertowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „parametr: **obsługiwane języki drukarek - SIDM** ogranicza wyniki wyszukiwania ofert drukarek w Internecie do urządzeń OKI"
2. Drukarka II - „parametr: **obsługiwane języki drukarek - PCL5c + PCL6 + Epson FX + IBM Pro Printer** ogranicza wyniki wyszukiwania ofert drukarek w Internecie do urządzeń OKI".
3. Serwer - „parametry zaofertowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „parametr: **Zabezpieczenie pamięci RAM : Memory Rank Sparing + Memory mirror + SBEC** ogranicza wyniki wyszukiwania ofert serwerów w Internecie do urządzeń DELL".
4. Monitor LCD - „parametry zaofertowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „parametr: **złącza: 4 x USB 2.0, 1 x USB 2.0 (typ B)** ogranicza wyniki wyszukiwania ofert monitorów w Internecie do urządzeń AOC".
5. Notebook + stacja dokująca - „parametry zaofertowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert notebooków w Internecie do urządzeń DELL. W szczególności dotyczy to wykazu wymagań dodatkowych".
6. Notebook 13,3" - „parametry zaofertowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert notebooków w Internecie do urządzeń Apple. W szczególności dotyczy to wykazu wymagań dodatkowych - zainstalowany system operacyjny **iOS** firmy **Apple**. Ograniczenie to w odniesieniu do specyfiki systemu operacyjnego przeznaczonego dla urządzeń własnych producenta można określić jako wskazanie producenta notebooka z nazwy".
7. Notebook 15,6" - „parametry zaofertowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert

notebooków w Internecie do urządzeń **DELL**, W szczególności dotyczy to wykazu wymagań dodatkowych".

8. Tablet - „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert tabletów w Internecie do urządzeń **Apple**. W szczególności dotyczy to wykazu wymagań innych - **kamera iSight**, a także wskazanie systemu operacyjnego **iOS**. Ograniczenie to dotyczy składowego urządzenia przeznaczonego dla urządzeń własnych producenta, można je więc określić jako wskazanie producenta tabletu z nazwy".

9. Urządzenie wielofunkcyjne laserowe kolorowe - „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją urządzenia przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ", Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert urządzeń wielofunkcyjnych w Internecie do urządzeń **HP**".

10. Ploter tnący - „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją plotera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert ploterów w Internecie do urządzeń **GCC**".

11. Skaner II - „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją plotera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert urządzeń wielofunkcyjnych w Internecie do urządzeń **Plustek**".

12. UPS - zasilacz awaryjny „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia bardzo dokładnie pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją plotera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert zasilaczy w Internecie do urządzeń **APC**. Szczególnie dotyczy to interfejsu 10/100 Base-T".

13. Drukarka do płyt DVD/CD - „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowania się specyfikacją drukarki przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ". Ponadto, „łączne określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert drukarek w Internecie do urządzeń **CANON**".

14. Punkt dostępowy, router sieciowy - „łączone określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert urządzeń wielofunkcyjnych w Internecie do urządzeń TP-Link”.
15. Router sieciowy - „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją routera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączone określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert urządzeń sieciowych w Internecie do urządzeń **Mikrotik**”.
16. Karta dźwiękowa zewnętrzna - „parametry zaoferowanego przez oferenta urządzenia (za wyjątkiem złącza USB,) ściśle pokrywają się z postawionymi przez zamawiającego wymaganiami, co może sugerować kierowanie się specyfikacją routera przy określaniu specyfikacji technicznej w SIWZ”. Ponadto, „łączone określenie parametrów wyszukiwania ogranicza wyniki wyszukiwania ofert kart dźwiękowych w Internecie do urządzeń **ESI Audiotechnik GmbH**”.

Kontrolujący mając na uwadze stan faktyczny oraz prawny czynności zamawiającego, a także treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, stwierdził, że przedmiot zamówienia dotyczący dostawy sprzętu komputerowego, został opisany w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję. W odniesieniu do części urządzeń zamawiający dokonał opisu wymaganych parametrów poprzez dosłowne przeniesienie do SIWZ danych ze specyfikacji technicznych konkretnych produktów.

W konsekwencji, jedynie wykonawcy oferujący sprzęt komputerowy danych producentów mogli spełnić wymagania określone przez zamawiającego.

Kontrolujący nadto stwierdził, że dokonany opis treści SIWZ nie znajdował uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu, wobec czego należy stwierdzić, że zamawiający dopuścił się naruszenia **art. 29** ust. 2 w związku z **art. 7** ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto w trakcie kontroli ustalono, że zgodnie z treścią rozdz. VI ust. 1 pkt 2 ppkt 2 SIWZ, wykonawca został zobligowany do przedłożenia, na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego, że jest producentem lub autoryzowanym dystrybutorem producenta systemów wspomagających zarządzanie przedsiębiorstwem klasy ERP oraz że posiada ważny najwyższy stopień jego autoryzacji - lub równoważny.

Zdaniem kontrolującego, żądanie najwyższego stopnia autoryzacji uzyskanego od producenta systemów, stanowiło nieuzasadnione ograniczenie, nieznajdujące uzasadnienia w charakterze przedmiotu zamówienia, ograniczenie dla wykonawców. Wymaganie przedłożenia ww. dokumentu, który nie był niezbędny w kontrolowanym postępowaniu,

określonego w rozdz. Vf ust. 1 pkt 2 ppkt 2 siwz, powodowało nieuzasadnione zawężenie kręgu wykonawców, którzy mogli ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia i byli zdolni do jego należytego wykonania. Tym samym, zdaniem kontrolującego stanowiło działanie wbrew zasadzie przygotowania i prowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Ponadto w trakcie kontroli wykazano, naruszenie przepisu 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Kontrolujący w tym zakresie ustalił, że z dokumentacji postępowania wynikało, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca CI-Computer Instal S.A. nie przedłożył wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 i art. 24b ust. 3 ustawy Pzp, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Ponadto tenże wykonawca nie załączył do oferty aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, odnoszącego się do podmiotów zbiorowych, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Mimo powyższych braków ustalono, że zamawiający pomimo ciążącego na nim obowiązku nie wezwał wykonawcy CI-Computer Instal S.A. do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o braku przynależności do takiej grupy (o której mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp), a także aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Zaniechanie tego obowiązku stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na przesłany mu wynik przedmiotowej kontroli w piśmie z dnia 27 marca 2014 roku zgłosił zastrzeżenia do ustaleń kontroli. Na wstępie wskazał, że Teatr jest samorządową instytucją kultury o uznanym i wielokrotnie nagradzanym dorobku twórczym, przy stosunkowo niskim budżecie. Teatr nie prezentuje spektakli i wydarzeń artystycznych na zasadzie impresariatu, ale sam jest realizatorem projektów i przedstawień artystycznych oraz producentem ich oprawy; technicznej, scenograficznej, kostiumów, rekwizytów itp. poprzez działalność własnych pracowni twórczych, rzemieślniczych, krawieckich, reklamy czy promocji. Stwierdził, że zamiarem zamawiającego było zakupienie

w tym postępowaniu - systemów komputerowych niezawodnych o wysokiej jakości procesów wytwarzania oraz z dobrymi warunkami gwarancji dostawców.

W zakresie zarzutu kontrolującego dotyczących iż zamawiający dokonując opisu właściwości technicznych zamawianego sprzętu w sposób wskazujący na konkretne produkty podniósł zastrzeżenia, że z Części II, ust. 5 SIWZ wynika. Iż zamawiający: "Dopuszcza się zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych o parametrach nie gorszych niż projektowane". Takiej treści wymagań SIWZ nie oprotestował żaden z wykonawców. Tym samym na etapie postępowania zamawiający nie miał świadomości zarzutów wskazanych w opinii biegłego, powołanego w związku z kontrolą doraźną. Specyfikacja Techniczna określała raczej graniczne minimalne lub maksymalne parametry sprzętu. Nie były to parametry sztywno ustalone lecz **raczej odnośniki**, projektowanego rozwiązania zamawiającego. Stwierdził, że na rynku są dostępne urządzenia o parametrach lepszych lub zbliżonych; do oczekiwanych przez zamawiającego, a tym samym istnieją także inne urządzenia, spełniające warunki Specyfikacji Technicznej SIWZ. Na tą okoliczność podał przy wymienionych w protokole kontroli kwestionowanych pozycjach, informacje wskazujące na ten fakt.

Odnosząc się do treści protokołu kontroli dotyczącej potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, stwierdził, że celem zamawiającego był wybór wykonawcy, który jest w stanie zagwarantować zrealizowanie zamówienia w sposób należyty i który przedstawi najkorzystniejszą ofertę. Wykonawca ten - oprócz posiadania odpowiednich uprawnień i niepodlegania wykluczeniu - musiał być predysponowany do realizacji zamówienia poprzez posiadanie odpowiedniego doświadczenia, a także dysponować odpowiednio wykwalifikowanym zespołem osób dedykowanych do realizacji zamówienia.

Podał, że zamawiający nie wykluczał udziału w postępowaniu innych wykonawców nie będących producentami lub dystrybutorami systemów wspomagających zarządzanie przedsiębiorstwem, gdyż mogli oni tworzyć konsorcja z wykonawcami posiadającymi powyższe uprawnienia lub zatrudniać podwykonawców spełniających te warunki udziału w postępowaniu.

Zasadność postawienia takiego warunku uzasadnił tym, że struktura działalności Teatru obejmuje nie tylko pracę grupy merytorycznej (aktorów inspicjentów reżysera, scenografa, choreografa) ale również obsługi technicznej sceny (elektryków akustyków, maszynistów, garderobianej, charakteryzatora, rekwizytora) Poza w/w - produkcja spektakli wymaga pracy działów pomocniczych, takich jak: pracowni krawieckiej, stolarskiej, tapicerskiej, działu promocji reklamy, obsługi widza, a także działu administracyjno-gospodarczego, kadr i księgowości. Zadania stawiane przed działem księgowości Teatru są często nietypowe, skomplikowane i zróżnicowane, bo regulują je nie tylko przepisy Ustawy o rachunkowości (jak ma to miejsce w większości podmiotów gospodarczych, ale równocześnie Ustawy o

finansach publicznych. Prawa zamówień publicznych i wielu innych ustaw: o podatkach, gospodarowaniu mieniem, sprawozdawczości. W Teatrze sporządza się od 30 do 50 zbiorczych list plac miesięcznie. W ciągu roku wystawia się i przekazuje do Urzędów Skarbowych na terenie całego Kraju ok. 200 szt PIT. Dane te pokazują - jak rozbudowane musi być oprogramowanie kadrowo-płacowe. Część informacji z oprogramowania kadrowo-płacowego musi być przetransferowana do systemu finansowo-księgowego.

Zdaniem zamawiającego te powyższe uwarunkowania pokazują, że struktura organizacyjna zamawiającego jest odrębna, złożona i wieloaspektowa, z czego wynikają szczegółowo sformułowane wymogi wobec wykonawcy zamówienia. Tak więc specyfika działań zamawiającego i pełne rozumienie jej istoty sensu i szczegółowości postępowania - stały u podstaw wymagań dla sporządzenia przez niego postanowień SiWZ. Systemy wspomagające zarządzanie instytucją w omawianym zakresie winny być zatem w wielu wypadkach - dedykowane zamawiającemu, specjalnie opracowane, przygotowane wg właściwości zamówienia i wdrożone przez specjalistów posiadających wiedzę doświadczenie pełne zrozumienie istoty sprawy - więc wysoki lub najwyższy stopień autoryzacji, a także posiadających pełne uprawnienia autorów oprogramowania do ciągłej aktualizacji i przetwarzania danych.

W zakresie kolejnych zarzutów co do poprawności przeprowadzonego postępowania dotyczących naruszenie przepisu 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczących nie żądania oświadczeń co do przynależności do grupy kapitałowej podniósł zastrzeżenie iż podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania z art. 24 b ust 3 ustawy Pzp zaistniałaby wtedy, gdy co najmniej dwóch Wykonawców złożyło odrębne oferty w postępowaniu. Zamawiający me wezwał Wykonawcy Ci - Computer Instal SA do złożenia dokumentów w tym zakresie z uwagi na to. iż w postępowaniu ofertę złożył tylko jeden wykonawca, a więc nie zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 24 b ustawy Pzp.

Ponadto zamawiający nie wezwał Wykonawcy Ci - Computer Instal S.A," do uzupełnienia oferty o aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp., odnoszącego się do podmiotów zbiorowych, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, ponieważ komisja przetargowa nie zakwalifikowała formy organizacyjnej wykonawcy do definicji „podmiotów zbiorowych”, o których mowa w ustawie z dnia 28 października 2002r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Prezes UZP, po zapoznaniu się z argumentacją zamawiającego podniesioną w zastrzeżeniach, podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli i tym samym przedstawione zastrzeżenia, zgodnie z art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska zamawiającego podniesionego w złożonych zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza, podzieliła stanowisko Prezesa UZP, uznając dokonane ustalenia i stwierdzenia za zasadne. Tym samym cały szereg zawartych tam stwierdzeń, Izba przyjmuje również jako stanowisko własne, bez potrzeby ponownego ich powielania w tej części uzasadnienia Uchwały.

Przyjmując powyższe zastrzeżenia Izba uznaje jednakże za celowe podanie dodatkowych argumentów, wskazujących na niewłaściwe postępowanie zamawiającego przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia, w zakresie objętym przedmiotem kontroli.

Na wstępie podkreślić należy, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Zamawiający winien dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady, nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższa zasada ma szczególne znaczenie w stosunku do reguł opisu przedmiotu zamówienia ustalonych w art. 29 ustawy Pzp. Z powołanych przepisów ustawy wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert, lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (podobnie - wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05).

Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na ograniczenie konkurencyjności, które przejawia się mniejszą liczbą ofert, złożonych w postępowaniu oraz może spowodować zaoferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta. Powyższe działanie może grozić nieracjonalnym wydatkowaniem przez zamawiającego środków publicznych.

Zauważyć należy również, że zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek opisać przedmiot zamówienia tak, aby z jednej strony zapewnić sobie nabycie dóbr odpowiadających jego uzasadnionym potrzebom, z drugiej strony zapewnić dostęp do

zamówienia jak największej liczbie wykonawców zdolnych do jego wykonania. Cel ten może zostać osiągnięty przede wszystkim poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem odpowiednich norm, ewentualnie poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Ponadto zamawiający może oceniać pożądane przez siebie cechy zamawianego sprzętu w ramach kryteriów oceny ofert i przyznawać za nie dodatkowe punkty w celu wyboru oferty najkorzystniejszej również pod względem technicznym, funkcjonalnym czy środowiskowym. Metodą wyboru oferty najbardziej odpowiadającej oczekiwaniom zamawiającego nie może być natomiast opis przedmiotu zamówienia powielający specyfikację techniczną sprzętu poszczególnych producentów, co, jak zaznaczył biegły, miało miejsce w kontrolowanym postępowaniu.

Zwrócenia uwagi wymaga również niewłaściwe opisanie przez zamawiającego dopuszczenie możliwości zastosowania materiałów i urządzeń równoważnych. W tym zakresie zamawiający postawił dwa warunki /rozdział II pkt 6 SIWZ/, 1) aby te urządzenia czy materiały były o parametrach nie gorszych niż projektowane oraz 2) aby spełnianie warunku równoważności dowiódł sam wykonawca.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia równoważności. W ocenie Izby zwroty „lub równoważny” dodany do opisu produktu wskazanego za pomocą znaku towarowego/producenta oznacza, że zamawiający dopuszcza produkt zbliżony pod względem parametrów technicznych lub jakościowych do produktu oznaczonego producenta. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem i doktryną dla rzeczywistego dopuszczenia równoważności produktów, nie jest wystarczające samo użycie sformułowania „lub równoważny”. Konieczne jest zatem użycie sformułowań uściślających wymagania, poprzez podanie wymogów i parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności oferowanych urządzeń czy sprzętu. W rozpatrywanym stanie faktycznym - zamawiający, dopuszczając składanie ofert równoważnych, powołał w SIWZ jedynie ogólną definicję „oferty równoważnej”, nie określając jednocześnie zakresu wymogów technicznych co do zaoferowanych produktów, nie podając istotnych dla niego parametrów tych, które będzie brał pod uwagę, oceniając równoważność produktów. Wymóg, aby produkt równoważny spełniał wszystkie cechy i parametry właściwe dla danego produktu referencyjnego, prowadziłby do konieczności zaproponowania produktów o identycznych parametrach /wg. zamawiających nie gorszych/, a zatem podważałby sens dopuszczenia składania ofert równoważnych i czynił to postanowienie iluzorycznym. Stąd niezwykle istotne jest podanie przez Zamawiającego, na etapie sporządzenia SIWZ, parametrów, które jego zdaniem są istotne dla oceny, czy dany produkt jest produktem równoważnym.

Tak więc zamawiający winien nie tylko wskazać dopuszczalność rozwiązań równoważnych, ale także wskazać granice- zakres tej równoważności. Zasady opisu przedmiotu zamówienia

wskazane w art. 29 ust.1 ustawy Pzp mają również w pełni zastosowanie do sposobu opisanego równoważności. Wykonawca przygotowując i składając ofertę w której zamierza zaoferować materiały czy urządzenia równoważne musi wiedzieć czy odstępstwo od parametrów przedmiotu referencyjnego na poziomie np. +-3%, będzie uznane przez zamawiającego za rozwiązanie równoważne, czy też ta rozbieżność winna być mniejsza, czy też może być większa. Ma to bezpośrednie przełożenie na zakres możliwości zaoferowania określonej gamy urządzeń, sprzętu czy oprogramowania. Brak opisu tzw. warunków brzegowych (od - do) czyni z dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych, czynność pozorną. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) w wyrokach KIO/UZP 739/09, KIO/UZP 984/09; KIO/UZP 585/09; KIO/UZP 733/09; KIO/UZP 980/09; KIO 1122/10; KIO 545/11; KIO 516/13; itd.

Że tak było w tym postępowaniu, zostało to w sposób bezsporny wykazane w szeregu przypadkach w opinii biegłego, gdzie wykazano, iż przy tak dokonanym opisie możliwe było zaoferowanie tylko konkretnego modelu sprzętu i to konkretnego jednego producenta. Tym samym dokonany opis przedmiotu zamówienia zasadnie kontrolujący uznał za niewłaściwy.

W zakresie postawionego wymogu dotyczącego spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamawiający ustalił, że ofertę może złożyć tylko taki wykonawca, który jest producentem lub autoryzowanym dystrybutorem producenta systemów wspomagających zarządzanie przedsiębiorstwem klasy ERP oraz że posiada ważny, najwyższy stopień jego autoryzacji - lub równoważny. Zamawiający postawił zatem wymóg, by autoryzowany dystrybutor wspomnianych systemów dysponował poświadczeniem autoryzacji przez producenta na najwyższym dostępnym poziomie. Dla wykazania zasadności tak postawionego warunku wskazał na wyjątkowość specyfiki zatrudnionych osób w Teatrze, skomplikowanym i różnorodnym systemie wynagradzania. Ponadto podniósł, że chciał aby realizacja zamówienia została powierzona takiemu wykonawcy, który daje gwarancję jego należytego wykonania.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że dla nienaruszenia zasady uczciwej konkurencji w przypadku ustalania warunków udziału w postępowaniu oraz opisanego zasad ich spełniania, niedopuszczalne jest uniemożliwianie z góry, niektórym podmiotom wzięcia udziału w postępowaniu, bez obiektywnego wykazania tego w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności. Opis warunków udziału w postępowaniu winien zapewnić możliwość złożenia oferty każdemu z wykonawców który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a nie tylko takiego, który jak oczekuje zamawiający „zagwarantuje” prawidłowe jego wykonanie.

Zdaniem Izby, żądanie aby wykonawca zamówienia wykazał się posiadaniem statusu producenta systemu ERP, bądź bycia jego autoryzowanym dystrybutorem, stanowiło nieuzasadnione ograniczenie udziału w postępowaniu, wobec potencjalnych wykonawców, nieznajdujące uzasadnienia w charakterze przedmiotu zamówienia. Być może spowodowało to sytuację, że tylko jeden wykonawca złożył ofertę w postępowaniu, co pobawiło zamawiającego możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty z pośród wielu ofert.

Ponadto podnoszenie argumentów, jakoby charakter działalności Teatru był tak specyficzny, że wymagał opracowania i wdrożenia bardzo specjalistycznych programów do obsługi kadrowo- płacowej zamawiającego nie znajduje uzasadnienia. Na rynku powszechnie są oferowane programy komputerowe zawierające określone przedmiotowo moduły, które obsługują ten przedmiot zadań o dużo większym zakresie i stopniu skomplikowania niż to wskazał zamawiający.

Zdaniem Izby skutecznego wykonania takiego zadania jest w stanie podjąć się cały szereg podmiotów z branży IT i to nie tylko te, które posiadają status producenta systemu ERP, bądź są jego autoryzowanym dystrybutorem oraz dysponują ważnym, najwyższym stopniem jego autoryzacji. Tym samym tak dokonany opis spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należy uznać za nadmierny, nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami zamawiającego oraz ograniczający uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, którzy byliby w stanie prawidłowo wykonać to zamówienie.

W zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w pkt 3 kontroli dotyczących nie żądania od wykonawców oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej, oraz nie załączenia do oferty aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, odnoszącego się do podmiotów zbiorowych, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Izba stwierdza, że zamawiający w tym zakresie naruszył przepisy ustawy Pzp.

Wskazać należy, że szereg przepisów ustawy Pzp należy do kategorii przepisów bezwzględnie obowiązujących i ich stosowanie nie jest uzależnione od woli zamawiającego czy sytuacji występującej w postępowaniu. Dotyczyło to w szczególności naruszenia przepisu art. 26 ust.3 gdzie zamawiający miał bezwzględny obowiązek (zamawiający wzywa) do wezwania wykonawcy do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o braku przynależności do takiej grupy (o której mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp), a także aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę przedstawioną przez zamawiającego argumentację w ramach zgłoszonych zastrzeżeń do wyniku kontroli i stwierdzonego w ramach tej kontroli przez Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy Pzp, w ocenie Izby zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie

Mając na względzie powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....