

Sygn. akt KIO/UZP 251/10

**WYROK**  
z dnia 18 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff

**Członkowie:** Renata Tubisz  
Luiza Łamejko

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Madkom Sp. z o.o., Aleja Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Płock, Stary Rynek 1, 09-400 Płock** protestu z dnia 21 stycznia 2010 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w sposób wskazany w uzasadnieniu,**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Płock, Stary Rynek 1, 09-400 Płock i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Madkom Sp. z o.o., Aleja Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Płock, Stary Rynek 1, 09-400 Płock** na rzecz **Madkom Sp. z o.o., Aleja Zwycięstwa 96/98, 81-451**

**Gdynia**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Madkom Sp. z o.o., Aleja Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację projektu: „*Płocka Platforma Teleinformacyjna e-Urząd*”, zostało wszczęte przez Gminę Miasto Płock, ul. Stary Rynek 1, 09-400 PŁOCK zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 12-015329 z dnia 19.01.2010 r. W tym samym dniu udostępnił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 21.01.2010 r. (faxem) Madkom Sp. z o.o., Aleja Zwycięstwa 96/98, 81-451 Gdynia na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „*Pzp*” złożył protest na postanowienia SIWZ.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 12.02.2010 r. w trybie art. 183 ust. 3 Pzp, poprzez jego oddalenie przez milczenie.

W dniu 15.02.2010 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 12.02.2010 r. (faxem).

Odwołujący w ramach argumentacji w proteście i odwołaniu wskazał co następuje.

Po pierwsze, zapisy SIWZ jawnie i otwarcie preferują jednego wykonawcę utrudniając uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Podniósł także, że czynnościami Zamawiającego objętymi środkami ochrony prawnej jest sporządzenie opis przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. Zmianę zapisów SIWZ wskazujących jednoznacznie na produkty i usługi firmy FINN Sp. z o. o. gdyż naruszają one zapisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 Pzp.
2. Unieważnienie postępowania z uwagi na naruszenie zasady uczciwej konkurencji opisanej w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 Pzp i ogłoszenie go ponownie z usunięciem

powyższych wad umożliwiając uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

3. Unieważnienie postępowania z uwagi na naruszenie zapisami SIWZ Ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.). Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4 naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego:

3.1. którego przedmiot lub warunki zostały określone w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji;

3.2. z innym, niż wymienione w pkt 1-3, naruszeniem przepisów Pzp, jeżeli naruszenie to miało wpływ na wynik.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. art. 22 ust. 2 Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców;

3. art. 29 ust. 2 Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

4. art. 29 ust. 3 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający może opisać przedmiotu zamówienia, za pomocą innych dostatecznie dokładnych określeń;

5. naruszenie innych przepisów prawa wskazanych w uzasadnieniu protestu.

Stwierdził, że z dogłębnej analizy całego SIWZ oraz wszystkich załączników dobitnie wynika, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem zasady równej konkurencji. Wskazał, że Zamawiający celowo opisał przedmiot zamówienia poprzez zastosowanie dokładnego wyspecyfikowania systemu firmy Finn Sp. z o.o. dążąc do udzielenia zamówienia konkretnej firmie. Wskazał także na nieprawidłowości podczas określania warunków udziału w postępowaniu utrudniające uczciwą konkurencję i preferujące firmę LTC Sp. z o.o.

Względem zarzutu opis przedmiotu zamówienia przedstawił następującą szczegółową dokumentację.

O fakcie nieuczciwego i preferującego konkretnego Wykonawcę opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego świadczy porównanie zapisów SIWZ w tym zakresie z zapisami dotyczącymi przedmiotu zamówienia w projekcie SEKAP, realizowanym w województwie śląskim.

Analiza tych zapisów wskazuje, że system opisany szczegółowo w SIWZ (w szczególności w Załącznik nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) odpowiada specyfikacji systemu FINN SQL firmy Finn Sp. z o.o. (system ten dostarczony był przez spółkę LTC Sp. z o.o. z siedzibą w Wieluniu, ul. Narutowicza 2 w ramach projektu SEKAP).

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia naruszając także zapisy art. 29 ust. 3 Pzp używając opisów i (znaków towarowych) stosowanych przez firmę Finn. Niezbitych dowodów się naruszenia przez Zamawiającego konkurencji w/w przepisów Pzp dostarcza lektura przytoczonych poniżej dokumentów (stron internetowych i specyfikacji dostępnych publicznie). Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie dokonał nawet minimalnej zmiany brzmienia tych zapisów, tylko przepisywał je wprost. Taka niefrasobliwość Zamawiającego, świadcząca o lekceważeniu Wykonawców, spowodowała, iż wyszukanie stosownych „źródeł” właściwych dla firmy LTC sp. z o. o. i porównanie ich ze specyfikacjami znajdującymi się w Biuletynach Informacji Publicznej oraz na stronach ŚCSI (Śląskiego Centrum Systemów Informatycznych) nie nastęrczało żadnych trudności.

- <http://www.finn.pl/xml/programy/peup>,
- <https://www.sekap.pl/katalog.seam?cid=6016>
- <http://www.fiiiz.pl/res/serwisy/bip-fiiiz/komunikaty/015162352.pdf>

Podkreślił, iż w każdym przypadku, gdy Zamawiający decyduje się umieścić w ogłoszeniu o zamówieniu zapis wskazujący na konkretny produkt, czy rozwiązanie (znak towarowy) może to uczynić tylko i wyłącznie pod warunkiem spełnienia łącznie dwóch przesłanek, tj.

- 1) uzasadnienia tego specyfiką przedmiotu zamówienia oraz
- 2) braku możliwości opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych innych określeń.

W niniejszym przypadku żadna z tych przesłanek nie zachodzi. Zamawiający nie jest w stanie udowodnić (a na nim spoczywa ten ciężar), iż specyfika zamówienia tego wymaga (w istocie jest to bowiem system jakich wiele realizuje się w kraju, a który może być wdrożony za pomocą innych rozwiązań). Z całą też pewnością istnieje możliwość innego opisanie przedmiotu zamówienia, bez posługiwania się nazwami produktów konkretnego producenta.

Nawet gdyby użycie konkretnych produktów w opisie przedmiotu zamówienia było dozwolone, to i tak Zamawiający ma obowiązek - w celu zagwarantowania uczciwej konkurencji - dopuszczenia produktów lub rozwiązań równoważnych. Nie dopuszczenie produktów lub rozwiązań równoważnych stanowi rażące naruszenie przepisów Pzp („*Wskazanie konkretnego znaku towarowego bez towarzyszącego sformułowania „lub równoważny” stanowi naruszenie przepisów dyrektyw ...*” wyrok ETS z 28.10.1999 r., sygn. C-328/96, Komisja Europejska przeciwko Austrii). Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 9.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 270/08.

Zamawiający przygotowując Załącznik nr 3 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przygotował opis oprogramowania będącego przedmiotem zamówienia, w taki sposób, aby jedynym preferowanym wykonawcą tego rozwiązania mogła być firma LTC Sp. z o.o., lub inny dystrybutor oprogramowania firmy Finn Sp. z o.o. Nadmieniał, że firma FINN

Sp. z o.o. jest powiązana osobowo z firmą LTC Sp. z o. o. Wobec wprowadzenia do przedmiotu zamówienia rozwiązań autorskich w/w firm, wdrożonych w ramach projektu SEKAP oraz powołania się na chronione prawami wyłącznymi ich produkty zarzucamy, że Firma FINN - jako producent oprogramowania - posiada jako jedyny podmiot system, który odpowiada szczegółowym zapisom SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w sposób niestaranny i budzący uzasadnione zarzuty na gruncie art. 7 ust. 1 Pzp przygotował postępowanie przetargowe przytaczając w treści specyfikacji skróty i nazwy wypisane do specyfikacji projektu SEKAP, którego wykonawcą była firma LTC Sp. z o.o. Nazwy te zawarte przez Zamawiającego przytoczone były bezpośrednio także w specyfikacji projektu SEKAP:

- MWD (model wymiany danych)
- PFE (platforma formularzy elektronicznych)
- Broker Integracyjny
- PeUP
- i inne

Na tej podstawie Odwołujący dokonał analizy porównawczej obydwu specyfikacji (specyfikacji Zamawiającego jak i specyfikacji SEKAP oraz innych, w których firma LTC była Wykonawcą) wskazując poniżej najważniejsze zbieżne punkty - z których dobitnie wynika, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp.

Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia dokonał opisu w pkt 10.1.4.1 „*Obszar funkcjonalny Broker Integracyjny w ramach MWD*” z którego wynika, że Broker stanowi oddzielne urządzenie i oprogramowanie działające w ramach MWD, które będzie stanowić usługi komunikacyjne pomiędzy dostarczonymi systemami. Taki zapis wyklucza z postępowania Wykonawców, którzy stosują inne rozwiązania w swoich systemach, a funkcjonalności Brokera są zapewniane w inny sposób niż poprzez dedykowane oprogramowanie.

Z zapisami o „*Brokerze Integracyjnym*” w zastosowaniu analogicznym do zapisów SIWZ spotykamy się analizując projekt SEKAP (koncepcja systemu pkt. 4.3.6.2 Broker Integracyjny SEKAP) - jak wiadomo, podmiotem realizującym ten projekt była firma LTC sp. z o.o. i takie rozwiązanie jest stosowane w systemach przez tą firmę oferowanych. W procesie Weryfikacji wiarygodności ofert opisanym w Załącznik Nr 1.6 dokonuje się oceny właśnie tegoż brokera, który jest autorskim rozwiązaniem firmy FINN wykonanym na potrzeby projektu SEKAP. Na potwierdzenie tych tez Odwołujący załącza wyciąg ze specyfikacji opisującej projekt SEKAP oraz link wskazujący na komponenty tegoż systemu. <https://www.sekap.pl/content.seam?id=1 &eid=118>

Kolejnym zapisem świadczącym o fakcie, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp jest określony w tymże samym załączniku nr 3 do SIWZ - Szczegółowy

Opis Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający definiując w 10.1.2. Obszar funkcjonalny Portal e-Uслуг Publicznych (w skrócie PeUP) nie zmienił nazwy stosując zarówno nazwę własną oprogramowania firmy FINN, jaki i skrót nazwy. Nazwa PeUP jest nazwą, która posługuje się także Fundacja Informatyki i Zarządzania z Siedzibą w Łodzi w której organach na stanowisku Przewodniczący Rady zasiada Pan Przemysław Sztoch pełniący od 5.07.2007 r. do teraz rolę Prezesa Zarządu spółki LTC Sp. z o.o. Informacji o tym że system PeUP jest produktem firmy FINN dostarczają następujące dokumenty:

- <https://www.sekap.pl/ff8res/layout/wymagania.pdf>
- [http://peup.powiat-wieruszowski.pl/ff8res/regulamin\\_peup.pdf](http://peup.powiat-wieruszowski.pl/ff8res/regulamin_peup.pdf)
- [http://www.e-slask.pl/download\\_file.php?ftype=2&fid=la%2BVqA%3D%3D](http://www.e-slask.pl/download_file.php?ftype=2&fid=la%2BVqA%3D%3D)
- Wyciąg ze specyfikacji systemu SEKAP

Zapis w punkcie 10.1.3.1. ppkt. 3 „Architektura systemu” załącznika nr 3 do SIWZ stanowi, że: *„System posiada repozytorium plików przechowujące pliki w bazie danych. Niedopuszczalne jest przechowywanie plików na serwerze plików”*. Taki zapis prowadzi do jawnego wykluczenia wykonawców stosujących równoważne, a nawet nowocześniejsze rozwiązania. Zapis w punkcie 13.2.1. ppkt. 5 załącznika nr 3 do SIWZ wyklucza się wzajemnie z ppkt. 3 - co świadczy o nienależytej analizie zapisów przez Zamawiającego - wręcz nieprzemysłanym dokonywaniu zmian SIWZ mających na celu utrudnienie uczciwej konkurencji.

Nadmienił, iż metoda przechowywania plików w bazie danych ma duży wpływ na obniżenie ogólnej wydajności systemu co może przyczynić się do niepowodzenia projektu i konieczności ponoszenia dodatkowych nakładów finansowych związanych z optymalizacją struktury systemu. Odwołujący podniósł także fakt, iż jest to metoda, której już się nie wykorzystuje w nowoczesnych systemach informatycznych i ma jedynie na celu utrudnienie uczciwej konkurencji.

Zamawiający opisując w Załączniku nr 1.6 - Weryfikacja wiarygodności ofert - metodę weryfikacji wiarygodności ofert narusza zasady przepisu art. 29 ust. 3 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, co nie jest ani uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający może opisać przedmiotu zamówienia innych, za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. W pkt. 4 wskazuje konkretne rozwiązania i systemu operacyjne na których należy dokonać wiarygodności ofert (Redhat, Fedora, CentOS, PLD). Zamawiający dokonują tu enumeratywnego wyliczenia systemów operacyjnych nie dopuszcza przeprowadzenia weryfikacji na innych systemach równoważnych do zacytowanych. Zamawiający, w ocenie Odwołującego celowo ograniczył katalog systemów operacyjnych i nie dopuścił równoważnych rozwiązań gdyż te są wspierane przez firmę FINN producenta oprogramowania jakie zostało w powyższych zarzutach przedstawione.

Podnosił, iż w październiku 2009 r. Zamawiający prowadził tożsame postępowanie, które zakończyło się unieważnieniem. Zamawiający nie zmienił treści SIWZ, które w tamtym postępowaniu było oprotestowane co w efekcie wpływ miało na unieważnienie postępowania. W tym postępowaniu opis systemu firmy Finn zawarty jest dokładnie w taki sam sposób co świadczy o kompletnym lekceważeniu prawa i poczuciu bezkarności.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z protestem i odwołaniem oraz załącznikami do nich, tj. 1) wyciągiem z dokumentacji SEKAP, 2) wyciągiem ze specyfikacji systemu SEKAP, 3) wydrukami ze stron internetowych: <https://www.sekap.pl/content.seam?id=1&eid=118>; [http://peup.powiat-wieruszowski.pl/ff8res/regulamin\\_peup.pdf](http://peup.powiat-wieruszowski.pl/ff8res/regulamin_peup.pdf); <http://www.e-slask.pl/downloadfile.php?ftype=2&fid=la%2BVqA%3D%3D>,** złożonym na rozprawie stanowiskiem pisemnym Odwołującego wraz z załącznikami, tj. 1) dwoma protestami z dnia 30.10.2009 r. złożonymi w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na przełomie X/XI 2009 r., 2) pismem unieważniającym wcześniejsze postępowanie z dnia 10.11.2009 r., 3) załącznikiem nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia do analogicznego wcześniejszego unieważnionego postępowania, 4) załącznikiem nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przygotowanym w aktualnym postępowaniu, 5) załącznikiem nr 1 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia pochodzącym z postępowania prowadzonego przez Powiat Pleszewski Starostwo Powiatowe, 6) pismem stanowiącym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z niniejszego postępowania, 7) późniejszym pismem unieważniającym niniejsze postępowanie z dnia 11.12.2009 r. w wyniku realizacji wyroku KIO z dnia 1.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1633/09, 8) pismem stanowiącym zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 2.03.2010 r. w przetargu prowadzonym przez Fundację Informatyki i Zarządzania w Łodzi, 9) Załącznikiem nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia do postępowania prowadzonego przez Fundację Informatyki i Zarządzania w Łodzi, złożonymi przez Zamawiającego na rozprawie oświadczeniami Comarch SA oraz COIG SA, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów

ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Odwołujący ma interes prawny, gdyż potwierdzenie się podniesionych zarzutów, sformułowania postanowień SIWZ wskazujących jednoznacznie na produkty i usługi konkretnego Wykonawcy, uniemożliwiłoby Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty i tym samym skuteczne ubieganie się o udzielnie przedmiotowego zamówienia publicznego i byłoby równoznaczne z brakiem możliwości uzyskania tego zamówienia. W tym miejscu Izba wskazuje także, że interes prawny bada się na moment złożenia środków ochrony prawnej.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 2 Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, Izba uznała za niezasadny. Odwołujący mimo formalnego podtrzymania wszystkich zarzutów z protestów oraz odwołania nie przedstawił ani w ramach środków ochrony prawnej ani na rozprawie żadnych argumentów, czy też okoliczności na potwierdzenie niniejszego zarzutu. Nie wycofał także niniejszego zarzutu. Wobec powyższego Izba uznała go za „gołosłowny” i nieznajdujący żadnego potwierdzenia w argumentacji Odwołującego. Z tych względów Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego innych przepisów prawa wskazanych w uzasadnieniu protestu, Izba uznała za niezasadny. Odwołujący mimo formalnego podtrzymania wszystkich zarzutów z protestów oraz odwołania nie przedstawił ani w ramach środków ochrony prawnej ani na rozprawie żadnych argumentów, tudzież okoliczności na potwierdzenie niniejszego zarzutu. Izba ustaliła, że w uzasadnieniu nie wskazano także żadnych innych przepisów co w *petitum* protestu i odwołania. Z tych względów, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz art. 29 ust. 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, co nie jest



uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający może opisać przedmiotu zamówienia, za pomocą innych dostatecznie dokładnych określeń, Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. III: „Opis Przedmiotu Zamówienia” pkt 3 i 4 SIWZ wskazał, że: „Szczegółowy opis wymagań przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik Nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, zaś względem – „Równoważność przedmiotu zamówienia” określił, iż: „1) *Wszędzie tam, gdzie przedmiot zamówienia jest opisany poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów, norm, aprobat, standardów lub pochodzenia, Zamawiający dopuszcza zastosowanie przez Wykonawcę rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych w niniejszej specyfikacji, pod warunkiem, że będą one posiadały takie same lub lepsze parametry techniczne i funkcjonalne i nie obniżą określonych w niniejszej specyfikacji standardów. 2) W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje urządzenia, instalacje, materiały i inne elementy równoważne, zobowiązany jest wykonać i załączyć do oferty zestawienie wszystkich zaproponowanych urządzeń, instalacji, materiałów, oraz innych elementów równoważnych oraz wykazać ich równoważność w stosunku do urządzeń, instalacji, materiałów i innych elementów opisanych w niniejszej specyfikacji, stanowiącej opis przedmiotu zamówienia ze wskazaniem nazwy, symbolu, strony i pozycji, których dotyczy. 3) Wszystkie zaproponowane przez Wykonawcę równoważne urządzenia, instalacje, materiały lub inne elementy muszą:*

- a) posiadać parametry techniczne i funkcjonalne takie same lub lepsze od określonych w niniejszej specyfikacji,*
- b) zapewniać pełną kompatybilność sprzętową i programową z rozwiązaniami określonymi w niniejszej specyfikacji,*
- c) gwarantować sposób administrowania i zarządzania systemami, wynikający wprost z rozwiązania projektowego zawartego w niniejszej specyfikacji,*
- d) posiadać stosowne certyfikaty, dopuszczenia i atesty.”*

Powyższe zapisy zostały powtórzone w pkt 2.3 załącznika nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przygotowanym w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo dodano tam także zapis: „*W przypadku, gdy Wykonawca zastosuje w ofercie równoważne urządzenie, które zmieniają system określony w SIWZ, to wówczas zobowiązany jest wykonania zamiennych rozwiązań projektowych dla dokonanych zmian we wszystkich branżach”.*

W pkt 10.1.2. - Obszar funkcjonalny „Portal e-Uslug Publicznych” - załącznika nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przygotowanym w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający zawarł informacje (w 33-ech podpunktach) dotyczące Portalu e-Uslug Publicznych, który określa w ppkt 2 lit. f oraz ppkt 32 skrótem PeUP.

W pkt 10.1.4.1. - Obszar funkcjonalny „*Broker Integracyjny*” w ramach MWD załącznika nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przygotowanym w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający zawarł informacje (w 24-ech podpunktach) dotyczące „*Broker Integracyjny*” w ramach MWD.

W pkt 10.1.3.1: „*Architektura systemu*” ppkt 3 - załącznika nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przygotowanym w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający wskazał, że: „*System posiada repozytorium plików przechowujące pliki w bazie danych. Niedopuszczalne jest przechowywanie plików na serwerze plików*”.

W pkt 13: „*Wymagania dotyczące licencjonowania oprogramowania*” w ppkt 3 - załącznika nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przygotowanym w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający stwierdził, że: „*Licencje Systemu w części obejmującej System Obiegu Dokumentów nie mogą być przywiązane do komputera (miejsca pracy)*”. Zaś w ppkt 5: „*Licencje oprogramowania baz danych oraz serwera aplikacji w każdej lokalizacji muszą:*

- a) *umożliwiać instalację oprogramowania zarządzania relacyjną bazą danych przynajmniej na 3 serwerach,*
- b) *umożliwiać uruchomienie na każdym serwerze nieograniczonej liczby instancji bazy danych (np. bazy danych szkoleniowe, archiwa zapasowe, kopie tymczasowe),*
- c) *nie mieć ograniczeń związanych z liczbą użytkowników*”.

Ponadto, w Rozdz. XIII pkt 2 i 3 SIWZ wskazał odnośnie sprawdzenia wiarygodności ofert, że: „*Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzania w toku oceny oferty, czy zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie funkcjonalności oferowanego oprogramowania Platformy Transakcyjnej są zgodne ze stanem faktycznym. W tym celu Wykonawca, którego oferta uzyska najwyższą liczbę punktów zgodnie kryteriami oceny ofert, zostanie poproszony o zademonstrowanie działania systemu z wykorzystaniem załączonych przez siebie do oferty płyt instalacyjnych CD/DVD. Zadeklarowane funkcjonalności uznaje się za zgodne ze stanem faktycznym, jeżeli wykonana weryfikacja wykaże, że wszystkie deklarowane funkcjonalności rzeczywiście są zawarte w oferowanym systemie i działają zgodnie z ich przeznaczeniem.*”, „*Wytyczne do weryfikacji dla wykonawców znajdują się w Załączniku nr 1.6 – Weryfikacja wiarygodności ofert*”. W ramach wskazanego Załącznika nr 1.6 – Weryfikacja wiarygodności ofert, w pkt 3 określił, że: „*Płyta instalacyjna musi umożliwiać instalację oferowanego oprogramowania w oparciu o system Linux (dystrybucje Red Hat Enterprise 5 lub nowszy, CentOS 5 lub nowszy, Fedora 10 lub nowszy oraz PLD 2.0 lub nowszy). Instalacja powinna wykorzystywać podpisane cyfrowo pakiety RPM (RPM Package Manager)*”. Zaś w pkt 4: „*Sprzęt komputerowy przeznaczony do weryfikacji*” stwierdził z kolei, że: „*1. Wykonawca zapewni do weryfikacji następujący sprzęt komputerowy:*

- a) *Trzy komputery (serwery) z zainstalowanymi systemami operacyjnymi:*
- i) *RedHat 5 lub nowszy, CentOS 5 lub nowszy, Fedora 10 lub nowszy na pierwszym komputerze (SERWER PEUP);*
  - ii) *PLD 2.0 lub nowszy na drugim komputerze (SERWER KK);*
  - iii) *Redl lat 5 lub nowszy, CentOS 5 lub nowszy, Fedora 10 lub nowszy na trzy komputerze (SERWER SOD);*
- b) *Router sieciowy z funkcjonalnością firewalla (ROUTER).*
- c) *Stanowisko użytkownika końcowego wyposażone w przeglądarkę internetową oraz inne komponenty jeśli będzie to niezbędne (KOMPUTER A);*
- d) *Co najmniej jeden projektor multimedialny wraz z ekranem;*
- e) *Urządzenia sieci lokalnej (np. przełącznik i kable sieciowe) oraz kable zasilające;*
- f) *Inny sprzęt niezbędny do przeprowadzenia weryfikacji zadeklarowanych funkcjonalności;*
- g) *Konfigurację sprzętu przedstawia Rysunek 1”.*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Zamawiający przyznał na rozprawie, iż zbieżność opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniach przywołanych przez Odwołującego w ramach załączników do jego pisemnego stanowiska wynika z faktu, że we wszystkich tych wypadkach konstruował je ten sam inżynier kontraktu. W ocenie Izby w tym zakresie Odwołujący zasadnie podniósł na rozprawie, że nie może to usprawiedliwiać Zamawiającego, a zarazem zwalniać z konstruowania przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby nie wskazywać w jego ramach konkretnego Wykonawcy i stawiać go w pozycji uprzywilejowanej. W tym zakresie Izba wskazuje także na niejednoznaczność stanowiska Zamawiającego, który z jednej strony nie przeczył zbieżności z przywołanymi przez Odwołującego opisami przedmiotu zamówienia, z drugiej strony ostatecznie oświadczył, iż korzystał przy opisie przedmiotu zamówienia z opisu systemu Sekat. W ocenie Izby o trafności stanowiska Odwołującego świadczą same załączone opisy, które jednoznacznie to potwierdzają. W odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący zasadnie wskazywał na pkt 4.2.1 ppkt 3 oraz 4.3 załącznika nr 1 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia pochodzącego z postępowania prowadzonego przez Powiat Pleszewski Starostwo Powiatowe, które są *de facto* tożsame z pkt 10.1.3.1: „Architektura systemu” ppkt 3 oraz pkt 10.1.4.1. Obszar funkcjonalny „Broker Integracyjny” w ramach MWD - załącznika nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przygotowanego w przedmiotowym postępowaniu. Podobnie w ocenie Izby ma miejsce w Załączniku nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia do postępowania prowadzonego przez Fundację Informatyki i Zarządzania w Łodzi (pkt 6.1.4.1, 6.1.4.6, 6.1.5, 6.1.5.1). W ostatnim wypadku Zamawiający zastosował także, jak wynika z dokumentów dostarczonych przez Odwołującego, załącznik nr 1.6 – Weryfikacja wiarygodności oferty.

W tych postępowaniach wybrano Wykonawcę na którego wskazuje Odwołujący, co uprawdopodobnia jego argumentację. Jednocześnie mimo, że postępowanie prowadzone przez Powiat Pleszewski Starostwo Powiatowe zostało unieważnione jako rezultat wyroku KIO z dnia 1.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1633/09, to nie zmienia to wskazanych okoliczności. Izba nie neguje, że samo orzeczenia KIO miało nieco inny charakter, niż w przedmiotowym stanie faktycznym, jednakże wynika z niego w sposób niezbity uprzywilejowana pozycja Wykonawcy wskazywanego w środkach ochrony prawnej przez Odwołującego.

Po drugie, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że inni Wykonawcy są w stanie przy obecnym opisie przedmiotu zamówienia skutecznie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Nie dowodzą tego złożone oświadczenia Comarch SA oraz COIG SA. Izba uznał niniejsze oświadczenia jako dowód w sprawie mimo ich złożenia w kopii i bez wykazania umocowania osób je podpisujących, uznając że podmioty je składające jako profesjonalści znają wagę takich oświadczeń. Izba kierował się także szybkością i ekonomią postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Charakter osób je podpisujących wyklucza także ich przypadkowość i brak umocowania. Jednakże, w ocenie Izby nie dowodzą one okoliczności dla których złoży je Zamawiający. Wynika z nich *de facto*, że niniejsi Wykonawcy zamierzają złożyć oferty równoważne w przedmiotowym postępowaniu, czyniąc to z całą świadomością ewentualnego ryzyka i niebezpieczeństwa odrzucenia ich ofert, przenosząc ewentualną ich „obronę” na etap wyboru oferty najkorzystniejszej. Dodatkowo należy zauważyć, że o trafności takiej argumentacji Izby świadczy zachowanie firmy Comarch SA, która na etapie protestu przystąpiła do postępowania w zakresie zarzutów po stronie Odwołującego, nie podtrzymując swojego przystąpienia na etapie odwołania.

Po trzecie, Izba wskazuje, że Zamawiający w toku rozprawy przedstawił szeroką argumentację na zasadność zastosowanego opisu przedmiotu zamówienia. Należy jednakże zauważyć, że w dużej mierze znalazła ona swoje uzewnętrznienie dopiero na rozprawie i nie wynika z SIWZ. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wyjaśnił, że „*broker integracyjny*” jest niezbędny z uwagi na konieczność komunikowania się tworzonego systemu z różnymi innymi oprogramowaniami, tj. tworzonym w ramach projektu przywołanego pkt 15.4. załącznika nr 3 do SIWZ (projekt marszałkowski), czy też PeUP. Zamawiający w sposób niekonsekwentny i miejscami sprzeczny raz wskazuje, że broker integracyjny ma stanowić określony obszar funkcjonalny w innym miejscu jednoznacznie wskazując (załącznik nr 1.6 – Weryfikacja wiarygodności ofert pkt 7 ppkt 4), że przedmiotem weryfikacji oferty ma być przekazywanie informacji za pośrednictwem Modułu Wymiany Danych w ramach wskazanego brokera. Dopiero na rozprawie Zamawiający w ramach polemiki uznał w sposób niebudzący wątpliwości, że jeśli zaoferuje się mu system, które będzie przekazywał

informacje nie za pomocą brokera integracyjnego, ale stosując inne nowocześniejsze rozwiązanie technologiczne – będzie to dopuszczalne i nie skutkuje odrzuceniem takiej oferty. Podobnie ma miejsce za zapisem dotyczącym pkt 10.1.3.1: „Architektura systemu” ppkt 3 załącznika nr 3 do SIWZ. Zamawiający ma prawo konstruowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami, ale nie zwalnia go to z konieczności jasnego i jednoznacznego konstruowania jego opisu. Wykonawcy nie mogą zgadywać, jakie były intencje i dlatego wprost wskazuje się określoną architekturę, a nie opisuje się przez wskazanie poziomu bezpieczeństwa jaki preferuje Zamawiający.

Po czwarte, Zamawiający w toku rozprawy wskazywał, że wszędzie tam gdzie Odwołujący zarzuca mu wskazanie znaków towarowych lub nazw własnych (pkt 10.1.2. - Obszar funkcjonalny „Portal e-Uslug Publicznych”, pkt 10.1.4.1. - Obszar funkcjonalny „Broker Integracyjny” w ramach MWD załącznika nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, czy też pkt 3 i 4 Załącznika nr 1.6 – Weryfikacja wiarygodności ofert) chodzi o obszary funkcjonalne. W ocenie Izby zasadnie wskazywał Odwołujący na rozprawie, że mimo tytułu, opis wskazuje na konkretne rozwiązanie. Zaś w ostatnim wypadku Zamawiający dokonuje enumeratywnego wyliczenia systemów operacyjnych nie dopuszczając innych równoważnych. Izba nie neguje, że w Rozdz. III: „Opis Przedmiotu Zamówienia” pkt 3 i 4 SIWZ, czy też pkt 2.3 załącznika nr 3 - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przygotowanym w przedmiotowym postępowaniu, jak również Rozdz. XIII pkt 2 i 3 SIWZ dotyczącym wskazań odnośnie sprawdzenia wiarygodności ofert mówi się o funkcjonalnościach, jednakże w innych kwestionowanych fragmentach SIWZ wskazuje *de facto* konkretne rozwiązanie wskazujące na danego Wykonawcę. Zamawiający nie określił żadnych wymiernych kryteriów oceny równoważności rozwiązań równoważnych. Nie wskazał, żadnych parametrów brzegowych, czy też docelowych funkcjonalności. Izba w tym zakresie wskazuje, że wystarczające w tym zakresie byłoby chociażby wskazanie tych najistotniejszych parametrów brzegowych, czy też funkcjonalności dla oceny i porównywalności złożonych ofert. Zasadność stanowiska Izby w tym zakresie potwierdza odpowiedź na pytanie 24 (pismo z dnia 17.02.2010 r.), gdzie w sposób obszerny Zamawiający odniósł się do kwestii równoważności względem silnika MySQL.

Zamawiający nie odnosił się do kwestii sprzecznych zapisów dotyczących licencji, wobec braku jego stanowiska na etapie rozstrzygnięcia protestu, Izba uznała zasadność stanowiska Odwołującego w tym zakresie.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że uprawnieniem Zamawiającego jest rozstrzygnięcie protestu przez „milczenie”, tak jak prawem Odwołującego składanie środków ochrony prawnej zamiast zadawania pytań, jednakże każdorazowo konieczne jest ocenianie zasadności i racjonalności takich działań. Odwołujący dopiero na etapie rozprawy dowiedział się, że mógłby złożyć ofertę i nie skutkowałoby to jej odrzuceniem, żaden zapis SIWZ nie

dawał takiej gwarancji. Nie mniej istotne i decydujące przy uwzględnieniu niniejszego odwołania jest okoliczność tego rodzaju, że biorąc pod uwagę co najmniej 5 potencjalnych zainteresowanych postępowaniem Wykonawców (co wynika ze złożonych na rozprawie przez Zamawiającego oświadczeń, przystąpień na etapie protestu i odrębnego protestu z dnia 29.01.2010 r.), jak również innych Wykonawców, którzy z uwagi na kwestionowane zapisy SIWZ odstąpili od ubiegania się o przedmiotowe postępowanie, stwierdzone naruszenia, co najmniej mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust 2 i 3 Pzp, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba wskazuje także, że jest związana zarzutami, nie zaś żądaniami zawartymi w środkach ochrony prawnej. Dodatkowo zwracając uwagę, że w obecnym stanie prawnym Izba nie może unieważnić postępowania, czy też nakazać unieważnienie przedmiotowego postępowania, gdyż jest to wyłączna kompetencja Zamawiającego. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ, przez zmianę zapisów SIWZ wskazujących jednoznacznie na produkty i usługi konkretnego Wykonawcy, w ten sposób, aby nie naruszały one art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 Pzp. W tym kontekście zasadne jest takie skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób realny dopuszcza składanie rozwiązań równoważnych i pozwala na późniejszą porównywalność i nie sporną ocenę zaoferowanych rozwiązań równoważnych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....