

- 4) wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "PIOMAR" Sp. z o.o., Michałowice 169, 49-314 Pisarzowice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 886/18 po stronie Odwołującego,
- 5) wykonawcy **Przedsiębiorstwo Innowacyjno Wdrożeniowe "AXIS" Sp. z o.o., ul. Ostrzycka 2/4, 04-035 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 886/18 po stronie Odwołującego,
- 6) wykonawcy **Intros Technologie Multimedialne Sp. z o.o., ul. Toszecka 101, 44-117 Gliwice**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 886/18 po stronie Odwołującego,
- 7) wykonawcy **HP Inc Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 886/18 po stronie Odwołującego,
- 8) wykonawcy **"KONCEPT" Sp. z o.o., ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 878/18 i KIO 886/18 po stronie Zamawiającego,
- 9) wykonawcy **T-SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 878/18 i KIO 886/18 po stronie Zamawiającego,
- 10) wykonawcy **Komputronik Biznes Sp. z o.o., ul. Wołczyńska 37, 60-003 Poznań**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 886/18 po stronie Zamawiającego,
- 11) wykonawcy **MAXTO Sp. z o. o. S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Kraków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 886/18 po stronie Zamawiającego,
- 12) wykonawcy **INTARIS Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 57, 01-625 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 886/18 po stronie Zamawiającego,
- 13) wykonawcy **IMMITIS Spółka z o. o., ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 886/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołania,**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Arcus S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa i wykonawcę Suntar Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100**

Tarnów, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:

A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Arcus S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Suntar Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) od wykonawcy **Arcus S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa** i wykonawcy **Suntar Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów** - na rzecz zamawiającego **Prokuratura Krajowa, ul. Rakowiecka 26/30, 02-528 Warszawa**, w tym:

A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **Arcus S.A., ul. Kolejowa 5/7, 01-217 Warszawa**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 878/18),

B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **Suntar Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 886/18).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

sygn. akt: **KIO 878/18**

KIO 886/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Prokuratura Krajowa prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pod nazwami:

„Zakup drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych i skanerów w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)” - sprawa KIO 878/18 oraz „Zakup komputerów stacjonarnych w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowania Przygotowawczych (iSDA)” – sprawa KIO 886/18,

Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, odpowiednio pod nr 2018/S 079-176082 w dniu 24.04.2018 r. i w tym samym dniu pod nr 2018/S 079–176080. Postępowania prowadzone są z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579) zwanej dalej „Pzp”.

Dnia 24 kwietnia 2018 roku, Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

KIO 878/18

Dnia 4 maja 2018 roku wykonawca Arcus S.A. (dalej jako Odwołujący lub Odwołujący Arcus) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazuje na wybór urządzeń tylko jednego producenta i uniemożliwia udział w postępowaniu innym podmiotom;
3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego;

4. art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjny i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców opis kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium "Wydajność dodatkowego tonera (tonerów) do drukarek".
5. art. 36 aa ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, względnie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez niepodzielenie zamówienia na części, a przez to ograniczenie lub uniemożliwienie złożenia oferty wykonawcom, którzy nie mają w swojej ofercie pełnej gamy sprzętu, podczas gdy zamawiany sprzęt pochodzi od różnych producentów, jest funkcjonalnie odmienny i niezależny od siebie, a w konsekwencji też postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno-finansowej na nadmiernym, znacząco wygórowanym i eliminującym konkurencję poziomie.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania modyfikacji postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu sformułowanych w sposób niezgodny z ustawą Pzp, a przywołanych w uzasadnieniu pisma, w sposób wskazany w odwołaniu;
- zmiany (przedłużenia) terminu składania ofert o czas niezbędny do prawidłowego przygotowania oferty, z uwagi na rodzaj oraz charakter zmian postanowień ogłoszenia i SIWZ (zmiany istotne dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i parametrów technicznych dostarczanych urządzeń).

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący podnosi, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż nikt, prócz wykonawcy oferującego sprzęt pośrednio wskazany przez Zamawiającego, nie spełnia wymogów opisu przedmiotu zamówienia. Wskazuje, że niemożność ta ma charakter obiektywny - nie tylko Odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów Zamawiającego, co do realizacji przedmiotu zamówienia, ale też inni znani na rynku i oferujący podobny sprzęt wykonawcy, poza oferentami produktów marki OKI. Zdaniem Odwołującego poprzez zapisy w dokumentacji przetargowej Zamawiający pośrednio wskazuje na konkretnego producenta i konkretny model sprzętu, zaś dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia może zmniejszyć liczbę złożonych ofert bądź nawet zaoferowanie produktów jednego producenta. Podnosi, że Zamawiający nie może wprowadzać nieuzasadnionych wymagań, które części wykonawców ograniczają dostęp do zamówienia, część natomiast faworyzują. Wskazuje, że na brak zachowania uczciwej konkurencji wpływa również ustanowienie nieobiektywnych – niejasnych kryteriów oceny ofert. Odnosi to do przewidzianego oceniania wydajności tonera

lub tonerów, co umożliwia złożenie ofert nieporównywalnych, gdyż jeden z wykonawców zaoferuje jeden toner a inni wiele tonerów, co wpłynie na ceny ofert. Podnosi, że zasady art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie są zachowane wobec żądania zaoferowania szerokiej gamy sprzętu przez jednego wykonawcę – co jest skutkiem zaniechania podzielenia zamówienia na części i prowadzi także do żądania wykazania się nieproporcjonalnym, wygórowanym, a często niemożliwym do osiągnięcia poziomem zdolności podmiotowej.

W przedmiocie zarzutu nr 2 - opis przedmiotu zamówienia niezgodny z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wskazujący na konkretnego producenta, Odwołujący podnosi, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w załącznikach nr 1 i 2 do OPZ w sposób niezgodny z przepisem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Mimo, iż Zamawiający nie posłużył się wprost nazwami producenta urządzeń, to zarówno w przypadku drukarek laserowych jak i urządzeń wielofunkcyjnych, z kompleksowego opisu parametrów technicznych wynika, że zaoferowany może być tylko i wyłącznie sprzęt jednego producenta tj. w przypadku drukarki laserowej - produkt OKI model B432dn, zaś w przypadku urządzenia wielofunkcyjnego - produkt OKI model MB492dn.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem 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). Podnosi, że wymagania Zamawiającego ograniczające konkurencję mogą być uzasadnione jedynie usprawiedliwionymi potrzebami, nie jakimikolwiek potrzebami, w tym wolą uzyskania konkretnego produktu. Podnosi, że naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zachodzi także wtedy, gdy zostanie chociażby uprawdopodobnione, że opis przedmiotu zamówienia może ograniczać konkurencję, tj. uniemożliwia zaoferowanie większej liczby produktów lub równoważnych rozwiązań technologicznych.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający tak skonstruował parametry techniczne – wymagania minimalne, że spełnia je tylko jeden produkt. Na dowód do odwołania załączono tabelę z porównaniem dostępnych na rynku drukarek laserowych na okoliczność wyeliminowania innych producentów drukarek poza OKI model B432dn oraz tabelę z porównaniem dostępnych na rynku urządzeń wielofunkcyjnych na okoliczność wyeliminowania innych urządzeń dostępnych na rynku poza OKI MB492dn.

Odwołujący wskazuje na następujące parametry ograniczające konkurencję:

Drukarki:

- pamięć RAM - co najmniej 512 MB

Zamawiający wymaga dostarczenia drukarek małych, nabiurkowych. Świadczą o tym wymogi dotyczące podajników papieru. Wobec tego postawienie kryteriów odnośnie pamięci RAM jest w ocenie Odwołującego nieproporcjonalne do celu zakupu takich urządzeń, a jednocześnie stawia w sposób oczywisty producenta OKI w pozycji uprzywilejowanej. Podnosi, że kwestią drugorzędną w drukarkach są parametry dotyczące pamięci drukarki, bowiem wszystkie wymagane, a wyszczególnione w załączniku nr 1 do OPZ parametry, w tym czas pierwszego wydruku, szybkość drukowania, czy obciążenie będą spełnione równie dobrze przy pamięci RAM 256 MB, co jest pewnego rodzaju standardem rynkowym w tym segmencie urządzeń. Wskazuje, że samo zatem żądanie konkretnej (a zarazem wygórowanej) pamięci jest wymaganiem pustym, nic nie wnoszącym, bowiem wszystkie wymagania funkcjonalne przekładające się na planowaną pracę drukarek będą spełnione również przy mniejszej pamięci. Podnosi, że o tym, iż wymagana pamięć RAM 512 MB jest nadmierna, świadczy też wymóg szybkości procesora tj. „co najmniej 650 MHz”, bowiem gdyby Zamawiającemu chodziło o zwiększenie wydajności drukarki, wówczas wymagałby procesora na poziomie minimum 800 MHz. Odwołujący wskazuje, że producent OKI ma jeden z najmniej wydajnych procesorów i ten akurat zaniżony parametr spełnił wymagania Zamawiającego, podczas gdy inni producenci oferują znacznie bardziej wydajne maszyny w przedziale od 800 MHz do 1,2 GHz.

Dodaje, że parametr dotyczący pamięci, mimo iż eliminuje dwóch (przy wymaganym procesorze 3) innych niż OKI producentów drukarek w tym segmencie, to pozostali, którzy się w nim mieszczą, zostają wyeliminowani przez format papieru.

- format papieru

- „1. Podajnik 1: A4, A5, B5, A6”
2. Podajnik uniwersalny: A4, A5, B5, A6, C5, C6,
3. Druk dwustronny: A4, B5”.

Odwołujący wskazuje, że parametr ten, o ile jest spełniony w przypadku sprzętu oferowanego przez Odwołującego (Kyocera ECOSYS P2040dn) oraz producenta OKI, eliminuje pozostałych oferentów w tym LexmarkMS517dn, Xerox Phaser 3330V_DNI, którzy nie obsługują formatu B5 przy druku dwustronnym. Podnosi, że nawet biorąc pod uwagę maszynę znacznie większą, przeznaczoną do obróbki znacznie bardziej zmasowanego wydruku (inny segment rynku, maszyna dużo droższa), będącą w ofercie Odwołującego - tj. Kyocera ECOSYS P3045dn, również wymóg obsługi formatu A6 w podajniku 1 będzie niespełniony.

Odwołujący podnosi, że nieprecyzyjny i niejasny jest opis zamówienia w zakresie tonera dodatkowego, co może powodować nieporównywalność ofert. Zamawiający wymaga tonera startowego dość mało wydajnego (co też świadczy o przeznaczeniu sprzętu jako zwykłego, biurowego) i jednocześnie żąda tonera dodatkowego o wydajności m.in. 9000 stron. Standardem na rynku drukarek laserowych jest wydajność takich tonerów od 7000 stron do 20000 stron, z tym, że dolna granica to 7000 - 8500 stron. W ocenie Odwołującego nieuzasadnione podniesienie tej granicy na 9000 stron powoduje konieczność zaoferowania co najmniej dwóch tonerów przez większość oferentów lub zaoferowanie przez niektórych z nich jednego tonera, ale znacznie większego, bo aż na 12500 lub 20000 stron. Wskazuje, że każdy dodatkowy toner wpływa na większą cenę, co w przypadku oferentów mogących zaoferować jedną kasetę tonerową niezasadnie uprzywilejowuje ich pozycję.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie następujących zmian w OPZ – parametry drukarek:

1. POS23-DRL-SP-04 - co najmniej 256 MB lub usunięcie tego parametru;
2. POS23-DRL-SP-11 - Podajnik 1: A4, A5, B5, A6.- [wykreślenie];
3. POS23-DRL-SP-16 - Dodatkowy toner (tonery) o min. wydajności 7 000 stron.

Odwołujący wskazuje na następujące parametry ograniczające konkurencję w opisie urządzeń wielofunkcyjnych:

Parametry skanowania:

- głębia kolorów - „Wejście 48 bit/ Wyjście 24 bit”;

Podnosi, że głębia kolorów przy wejściu o parametrze 48 bitów występuje tylko i wyłącznie w urządzeniach OKI. Żaden inny producent nie spełnia tego parametru. Podkreśla, iż głębia na wejściu nie ma znaczenia, bowiem ostatecznie determinuje ją głębia na wyjściu i ta we wszystkich urządzeniach jest zachowana i wynosi 24 bity.

- format zapisu do plików – „co najmniej PDF, JPEG, GIF, PNG”:

Wskazuje, że żaden z producentów sprzętu drukarek tej klasy, poza OKI nie obsługuje formatów „GIF” i „PNG” lub jednego z nich. Formaty te nie są powszechnie stosowane, a obsługa formatów PDF, JPEG, względnie TIFF oraz XPS jest standardem na rynku i w pełni zapewnia realizację wszystkich prac związanych ze skanowaniem.

- książka adresowa – „LDAP, co najmniej 300 adresów e-mail. 20 grup adresowych”;

Zdaniem Odwołującego jest parametr charakterystyczny dla urządzeń OKI, a jednocześnie nadmierny w stosunku do grup adresowych i niepotrzebnie blokujący część oferentów. Dodaje, że ta funkcjonalność (co najmniej 300 adresów) nie ma znaczenia wobec konieczności zapewnienia rozwiązania LDAP. Nadmienia, że zgodność urządzenia z protokołem LDAP jest rozwiązaniem bardziej uniwersalnym i dającym dużo więcej korzyści

niż lokalna książka adresowa (zlokalizowana na samym urządzeniu). Odwołujący wskazuje, że potwierdza to umieszczone w SIWZ wyraźne wymogi w tym zakresie. Wymienia brak ograniczenia w ilości adresów mailowych czy numerów telefonicznych co występuje w przypadku książki lokalnej, której pojemność Zamawiający z nieznanymi i w ocenie Odwołującego niczym nieuzasadnionych powodów określił na minimum 300 adresów. Wskazuje, że zgodność urządzenia z protokołem LDAP czyni zbędnym powyższe ograniczenie, ponieważ w tym przypadku baza danych użytkowników wraz z ich adresami mailowymi i numerami faksowymi znajduje się na serwerze Zamawiającego, jest stale aktualizowana przez służby informatyczne Zamawiającego i dostępna jednocześnie dla wszystkich urządzeń podłączonych do sieci komputerowej Zamawiającego. Tymczasem w przypadku lokalnej książki adresowej baza danych adresów mailowych oraz numerów faksowych musi być wpisana ręcznie lub ręcznie zaimportowana osobno dla każdego urządzenia.

- skanowanie do: „co najmniej FTP, e-mail, CIFS. pamięć USB”;

Podnosi, że jedynie producent OKI spełnia wymóg skanowania do CIFS, nadto że Zamawiający użył określenia, którego w specyfikacjach swoich urządzeń używa tylko firma OKI, a parametr taki nie pojawia się u innych producentów.

Parametry faksowania:

- szybkie wybieranie – „16 przycisków szybkiego wybierania. 300 numerów. Dopuszcza się realizację wymagania poprzez wyświetlacz dotykowy”.

Wskazuje, że jest to parametr charakterystyczny dla urządzeń OKI, zaś standardem na rynku jest możliwość zapisania bardzo różnej liczby numerów począwszy od 100. Podnosi, że nawet jeżeli niektóre urządzenia zapewniają większą liczbę numerów, to nie powinien być to na tyle istotny parametr, aby blokować innych oferentów. Szybkie wybieranie oznacza możliwość zapisania w książce na raz 300 numerów, co nie wyłącza możliwości prze-faksowania na inne numery (poza liczbę 300 zapisanych), przy każdorazowym faksowaniu. Zapisanie konkretnej liczby numerów w pamięci urządzenia nie wpływa na jego pracę czy funkcjonalność, a wymóg konkretnej ilości numerów służy w tym przypadku wyłącznie ograniczeniu liczby potencjalnych oferentów.

- Pamięć stron – „4 MB”.

Odwołujący wskazuje, że jest to sztywny wymóg pamięci, nie jest to parametr minimalny, co blokuje większość oferentów, nawet z większą pamięcią. Podnosi, że parametr ten nie ma znaczenia dla tego typu sprzętu, jako że nie przekłada się na ilość zapamiętywanych dokumentów. Odwołujący wskazuje, że ten parametr w żaden sposób nie określa ilości stron odbieranego dokumentu lub dokumentów, co jest zasadniczą istotą pamięci stron. Z punktu

widzenia funkcjonalności urządzenia w części faksowej istotne jest, ile stron dokumentu zmieści się w tej pamięci, dlatego parametr ten powinien być określony w stronach, a nie w megabajtach. Dodaje, że z powodu stosowania różnych rodzajów pamięci, algorytmów zapisu oraz przyjętych metod kompresji danych w pamięci przez różnych producentów, większa pamięć nie gwarantuje zapamiętania w niej większej ilości stron.

Odwołujący podnosi, że dokonał porównania czternastu urządzeń wielofunkcyjnych, gdzie zestawił ze sobą ich parametry i żadne z nich, prócz urządzenia OKI model MB492dn, nie spełnia wymogów Zamawiającego. Przykładowo wskazuje, iż sprzęt KYOCERA M2540dn, TOSHIBA, urządzenia LEXMARK czy BROTHER nie spełniają parametru „skanowanie do”, poprzez brak możliwości skanowania do CIFS oraz wymogu „formatu zapisu do pliku” GIF/PNG. KYOCERA M2640idw nie spełnia wymogu głębi kolorów na wejściu bowiem jak reszta ma 24 bit. Sprzęt CANON MF 420 nie spełnia m.in. wymogu „formatu zapisu do pliku” GIF, urządzenie HP-UM521dn nie czyni zadość oczekiwaniom Zamawiającego w odniesieniu do parametru „szybkie wybieranie”, bowiem proponuje jedynie 100 numerów, urządzenie MINOLTA bizhub 3320 nie spełnia wymogów głębi kolorów na wejściu, formatu zapisu do plików, urządzenie XEROX nie ma wymaganej szybkości skanowania.

Zgodnie z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę zapisów OPZ, w tym szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 2 do OPZ w następujący sposób:

1. POS23-WFU-SP-10 - Wejście 24 bit/Wyjście 24 bit;
2. POS23-WFU-SP-11 - Automatyczny podajnik dokumentów wraz z duplexem na co najmniej 50 arkuszy;
3. POS23-WFU-SP-12 – płaski;
4. POS23-WFU-SP-13 - co najmniej PDF, JPEG, GIF, PNG [wykreślenie] TIFF, XPS (względnie dodanie 1);
5. POS23-WFU-SP-14 - LDAP, co najmniej 200 adresów e-mail, 20 grup adresowych (lub usunięcie wymagania co do liczby adresów skoro wymagana jest usługa LDAP);
6. POS23-WFU-SP-15 - Skanowanie do co najmniej FTP, e-mail, CIFS [wykreślenie], pamięć USB;
7. POS23-WFU-SP-16 - co najmniej TWAIN;
8. POS23-WFU-SP-25 - 16 przycisków szybkiego wybierania, 200 numerów. Dopuszcza się realizację wymagania poprzez wyświetlacz dotykowy;
9. POS23-WFU-SP-26 - do 100 numerów;
10. POS23-WFU-SP-27 - 3,5 MB lub 250 stron (dodanie z uwagi iż w obecnym brzmieniu zapis ten nie niesie ze sobą żadnej praktycznej korzyści dla Zamawiającego

ponieważ w ogóle nie przekłada się na liczbę możliwych do zapamiętania dokumentów co jest kluczowe dla tego parametru);

11. POS23-WFU-SP-37 - Mono/kolor, umożliwiający realizację poszczególnych funkcji przy urządzeniu.

3. W zakresie zarzutu nr 3: opis przedmiotu zamówienia skonstruowany niezgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w sposób niepełny i niejasny.

W ocenie Odwołującego Zamawiający wbrew wymogowi wynikającemu z art. 29 ust 1 ustawy Pzp dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niejasny i niedokładny, przez co Odwołujący nie ma możliwości dokonania prawidłowej analizy wymogów Zamawiającego, a co za tym idzie dostosowania i wyceny żadanego produktu oraz złożenia prawidłowej oferty w postępowaniu.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez jego doprecyzowanie i podanie brakujących informacji w poniższym zakresie:

1. sprecyzowanie co Zamawiający rozumie pod pojęciem wskazanym w Załączniku nr 2 do OPZ - parametry faksowania - „Lista zgłaszania” ?

2. zmiany wymogu co zaoferowania tonera dodatkowego, o którym mowa w załączniku nr 1 do OPZ - materiały eksploatacyjne- pkt 3 o wskazanej tam pojemności i wskazanie czy jest to warunek minimalny, niespełnieniem którego jest sankcja odrzucenia oferty, czy w związku z opisanym kryterium oceny ofert stanowi jedynie o przyznaniu mu 0 pkt. tj. bez sankcji odrzucenia oferty? Poza tym jak się ma wymóg minimalny 9000 stron do liczby mnogiej „tonery”, co wskazywałoby na możliwość zaoferowania mniejszych, tak aby sumarycznie uzyskać liczbę 9000, przy czym z opisu kryterium oceny ofert wynika, że chodzi o każdy toner z osobna. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, iż wymóg 9000 stron jest wymogiem nieproporcjonalnym i nadzwyczajnym bowiem żaden sprzęt z tego przedziału urządzeń nie ma takiej wydajności, co uzasadnia ustalenie minimalnej jego wydajności na 7000 stron (szersze rozważania przy zarzucie nr 2).

W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący podnosi, że nieprecyzyjny i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców jest opis kryteriów oceny ofert w zakresie "Wydajność dodatkowego tonera (tonerów) do drukarek" o wadze 8%. Zgodnie z opisem powyższego kryterium, wykonawca powinien zaproponować dodatkowe tonery o wydajności nie mniejszej niż 9 000 stron. Odwołujący podnosi, że z owego zapisu nie wynika jednakże minimalna ilość tonerów, jaką Wykonawca musi zaproponować by zdobyć w ramach danego kryterium punkty. Zdaniem Odwołującego rzeczzone kryterium oceny ofert jest niejasne i nieprecyzyjne. Podnosi, że w ramach tego kryterium i zgodnie z wymogiem załącznika nr 1 do OPZ można

zaoferować jeden lub większą ilość tonerów. Wydajność minimalna to 9000 stron, jednakże w ocenie Odwołującego nie wiadomo, czy dotyczy to pierwszego i jednego toneru (czy wszystkich oferowanych) i czy możliwe będzie np. zaoferowanie trzech tonerów po 7000 stron i wówczas wykonawca otrzyma maksymalną liczbę punktów. Wskazuje, iż ponadto kryterium oceny ofert stoi w logicznej sprzeczności z wymaganiami załącznika nr 1 OPZ i godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem nie ma pewności, czy oferując toner dodatkowy o wydajności 7000 stron wykonawca otrzyma 0 pkt, czy jego oferta zostanie odrzucona, a czy w przypadku zaoferowania 2 lub 3 takich tonerów otrzyma jakiegokolwiek punkty.

Podnosi, że zadaniem Odwołującego nie jest formułowanie kryteriów zastępczych/ innych za Zamawiającego, wobec czego żądanie w zakresie tego zarzutu zostaje ograniczone jedynie do dostosowania ww. kryterium oceny ofert do wymogów prawa i zasad ustawy Pzp, poprzez jego zmianę (zmniejszenie wydajności minimalnej na 7000 stron i doprecyzowanie, że dotyczy to każdego dodatkowego tonera) lub usunięcie i zastąpienie innym kryterium o wadze 8 %.

W przedmiocie zarzutu nr 5 – nie podzielenia zamówienia na części, a przez to ograniczenie lub uniemożliwienie złożenia oferty wykonawcom, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający ma na celu uzyskanie dostawy trzech rodzajów urządzeń: 1. drukarek laserowych w ilości 5 107 sztuk; 2. urządzeń wielofunkcyjnych w ilości 364 sztuki; 3. skanerów A4 w ilości 333 sztuk oraz A3 w ilości 381 sztuk. W ocenie Odwołującego, nieuzasadnione z uwagi na ilość i różnorodność zamawianego sprzętu jest niepodzielenie przedmiotowego zamówienia na części. Odwołujący wskazuje, że nie jest w stanie znaleźć racjonalnego uzasadnienia dla konieczności udzielenia zamówienia w całości, zważywszy, że jako podmiot od lat zajmujący się dostawą różnorodnego sprzętu komputerowego, nie spotkał się z wymogiem zaoferowania tak szerokiej gamy asortymentu w jednym postępowaniu (jednej części). Podnosi, że Zamawiający z jednej strony żąda bardzo dużej ilości sprzętu, z drugiej strony żąda sprzętu różnorodnego. Wskazuje, że o ile ci sami producenci drukarek laserowych produkują również urządzenia wielofunkcyjne, to skanery różnych formatów już nie. Odwołujący, jak większość oferentów na rynku zajmuje się dostawą drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych i aby złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu musi uzyskać ofertę podwykonawczą od dostawców skanerów, co niewątpliwie wpłynie na wyższą cenę i brak konkurencyjności w postępowaniu, względem dużych podmiotów oferujących całość asortymentu. Wywodzi, że ilość zamawianego towaru nakazywałaby podzielenie zamówienia na co najmniej 3 części, tak aby ofertę mogli złożyć oferenci poszczególnych rodzajów urządzeń. Ponadto zarówno drukarki, urządzenia wielofunkcyjne jak i skanery są

urządzeniami niezależnymi od siebie, podpiętymi do jednej sieci, co wymaga ich skonfigurowania (niezależnie czy będzie to robił jeden czy trzech wykonawców). Podnosi, że wszelkie awarie czy serwis urządzeń da się rozdzielić na poszczególnych dostawców urządzeń, każdy z dostawców udzieli też niezależnej gwarancji jakości dostarczanych produktów.

Podnosi, że o tym, że prymat i zasadę na gruncie ustawy Pzp stanowi dzielenie zamówienia na części stanowi art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, zgodnie z którym w protokole z postępowania Zamawiający winien wskazać powody, dla których odmówił podzielenia zamówienia na części. Wskazuje, że Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii podkreślił, iż Zamawiający, uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego", a decyzja co do podziału powinna być podjęta w zależności od potrzeb Zamawiającego, jednakże należy zachować uczciwą konkurencję. Zdaniem Odwołującego powyższemu nie przeczy samo brzmienie art. 36 aa ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może podzielić zamówienie na części oraz powinien ten podział wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie niepodzielenie zamówienia na części tworzy barierę małym i średnim przedsiębiorcom do wzięcia udziału w postępowaniu. Dodaje, że mimo, iż podział odnosi się w tym przypadku do podziału przedmiotu a nie warunków podmiotowych, to sformułowanie warunków podmiotowych do całości zamówienia powoduje, że tylko nieliczni będą w stanie je spełnić. Wskazuje, że Zamawiający żąda przedłożenia polisy OC na wartość 25 000 000 zł, oraz wykazania obrotu na co najmniej 50 000 000 zł. Zdaniem Odwołującego są to bardzo wygórowane warunki zważywszy, że średnia wartość dostaw w tym segmencie rynku wynosi od kilkudziesięciu do kilkuset tysięcy złotych (a nie kilkudziesięciu milionów złotych). Podnosi, że utrudnione, a wręcz niemożliwe w badanym przypadku może być posłużenie się potencjałem podmiotu trzeciego, jako że udostępniony potencjał winien być realny i możliwy do wykorzystania przez wykonawcę. Oznacza to, że spora część wykonawców nieposiadających tak wysokiej zdolności ekonomiczno-finansowej, sztucznie wytworzonej z powodu nie podzielenia zamówienia na części, wycofa się z udziału w niniejszym postępowaniu lub złoży nieskuteczne oferty. W zawiązku z powyższym, mając na uwadze zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Odwołujący wnosi o zmianę opisu przedmiotu zamówienia i wymagań SIWZ poprzez podzielenie przedmiotu zamówienia na trzy części tj. dostawę:

Cześć 1: drukarek laserowych w ilości 5 107 sztuk;

Cześć 2: urządzeń wielofunkcyjnych w ilości 364 sztuki;

Część 3: skanerów A4 w ilości 333 sztuk oraz A3 w ilości 381 sztuk;
oraz zmianę i ustalenie nowych warunków udziału w zakresie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej odpowiednio tj. proporcjonalnie dla każdej części zamówienia.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 17.05.2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wskazując na modyfikację SIWZ, uznając częściowo argumentację odwołania. Dokonane zmiany SIWZ opisane zostały w dalszej części uzasadnienia.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że w dotychczasowym brzmieniu pozostają parametry dotyczące wielkości pamięci RAM i szybkości procesora, wobec okoliczności, iż potrzebne jest zapewnienie możliwości szybkiego wydruku dużej ilości stron. Zamawiający wskazał, iż możliwym byłoby uzyskanie wymaganego efektu poprzez obniżenie wymogów dotyczących pamięci RAM i podwyższenie wymogów dotyczących procesora, jednakże z uwagi, że procesor stanowi droższy element, za właściwe uznał zapewnienie parametrów szybkości wydruku poprzez ilość pamięci RAM.

Zamawiający wskazał, że zaniechanie podziału zamówienia na części wynika z okoliczności, iż wdrażanie systemu digitalizacji przyjmuje charakter ciągu technologicznego, którego z jednym etapów jest włącznie do niego drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych i skanerów, co powinno zostać dokonane równocześnie. Podniósł, że podział zamówienia na części mogłoby doprowadzić do różnych terminów dostaw, co uniemożliwiłoby włączenie ww. urządzeń do systemu jednocześnie i wymagałoby wielokrotnego udziału specjalisty dokonującego integracji systemu, co podniosłoby również koszty wdrożenia systemu. Wskazał także, że dostawcy sprzętu komputerowego – tak jak Odwołujący, który nie jest producentem sprzętu – mają możliwość zaoferowania sprzętu różnych producentów, zatem niezasadny jest argument odnoszący się do różnorodności zamawianego sprzętu.

W odniesieniu do zarzutu niewspółmierności warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał modyfikacji warunków, wymagając wykazania posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 20 000 000,00 zł i ogólnego rocznego obrotu w wysokości co najmniej 30 000 000,00 zł.

W toku rozprawy przed Izbą Zamawiający podtrzymał stanowisko oraz wniosł o oddalenie odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wobec braku posiadania przez Zamawiającego interesu we wniesieniu odwołania. Wniosek ten Zamawiający wywodził z okoliczności sformułowania zarzutu dotyczącego wymagań dot. procesora drukarek, który stanowił wymóg minimalny – a wobec oświadczenia Odwołującego, iż wszystkie drukarki posiadają szybsze procesory – nie ograniczał Odwołującemu możliwości

wniesienia oferty, wobec czego na skutek rzeczzonego zapisu SIWZ nie mógł ponieść szkody.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestników postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, iż w zakresie parametru szybkości procesora drukarek Odwołujący nie może ponieść szkody, dotyczyła jedynie ułamka podnoszonych zarzutów, nie mogła zatem przesądzić o braku posiadania interesu we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt V.3. SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu, zawarto zapis zgodnie z którym wymagano wykazania przez wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia tj., że wykonawca:

- a) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 25 000 000,00 zł,
- b) w ciągu każdego z ostatnich trzech lat obrotowych przed upływem terminu składania ofert osiągnął ogólny roczny obrót w wysokości co najmniej 50 000 000,00 zł.

Po zmianie treści SIWZ w dniu 16.05.2018 r., Zamawiający wymagał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 20 000 000,00 zł oraz osiągnięcia rocznego obrotu w ciągu każdego z ostatnich trzech lat w wysokości co najmniej 30 000 000,00 zł.

W rozdziale XII SIWZ – Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty zawarto opis kryterium „Wydajność dodatkowego tonera (tonerów) do drukarek”, zgodnie z którym:

„Kryterium ocenia wydajność dostarczanych, dodatkowych tonerów do drukarek laserowych (liczba stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752).

Przedmiotowe kryterium będzie rozpatrywane na podstawie informacji podanej przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym”.

Ocena kryterium przebiegać miała w oparciu o wzór zgodnie z którym: wydajność dodatkowych tonerów w badanej ofercie/ (dzielona przez) największą wydajność dodatkowych tonerów wśród zakwalifikowanych ofert * (mnożone razy) 8.

Nadto Zamawiający zawarł zapis, że *„Wydajność dodatkowych tonerów będzie oceniana w zakresie 9 000 — 20 000 stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752. Oferta Wykonawcy, który zaproponuje dodatkowe tonery o wydajności mniejszej niż 9 000 stron otrzyma 0 punktów. W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 8 punktów. Przyznane punkty zostaną zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku”.*

Po zmianie SIWZ w dniu 16.05.2018 r., w ramach ww. punktu SIWZ zmieniono wzór na obliczenie punktów w ramach kryterium: wydajność dodatkowych tonerów w badanej ofercie minus 9000/ (dzielona przez) największą wydajność dodatkowych tonerów wśród zakwalifikowanych ofert minus 9000 * (mnożone razy) 8. Nadto drugiej części zapisu nadano brzmienie:

„W ramach kryterium oceniana będzie wydajność dodatkowego tonera (tonerów), o których mowa w wymaganiu POS23-DRL-SP-16 pkt 3, spełniającego/ych warunki określone we wskazanym wymaganiu. Zamawiający uwzględni wydajność dodatkowego tonera (tonerów) wyższą niż wydajność minimalna określona we wskazanym wymaganiu tj. wyższą niż 9 000 stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752. Zamawiający przyzna w ramach kryterium dodatkowe punkty za wydajność dodatkowego tonera (tonerów) do wysokości 20 000 stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752. W przypadku zaoferowania dodatkowego tonera (tonerów) o wydajności powyżej 20 000 stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752 Zamawiający uwzględni przy ocenie wydajność równą 20 000 stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752.

W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 8 punktów. Przyznane punkty zostaną zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku”.

Zgodnie z zapisem POS23-DRL-SP-16 załącznika nr 1 do SIWZ – OPZ – drukarka laserowa A4, Zamawiający zawarł wymagania: „1. Wymagana rozdzielność bębna i tonera. 2. Toner startowy o min. wydajności 2 000 stron (liczba stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752),

3. *Dodatkowy toner (tonery) o min. wydajności 9 000 stron (liczba stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752).* 4. *Tonery muszą być fabrycznie nowe, nie mogą być regenerowane*”.

Zamawiający w dniu 16.05.2018 r. dokonał następujących zmian SIWZ:

Załącznik nr 1 do OPZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia – drukarka laserowa A4:

- POS23-DRL-SP-11 - wykreślenie wymogu druku dwustronnego dla formatu B5,

Załącznik 2 do OPZ – urządzenia wielofunkcyjne:

- POS23-WFU-SP-10 - głębia kolorów na wejściu – „Wejście 24 bit/ Wyjście 24 bit” – (było: Wejście 48 bit/ Wyjście 24 bit),

- POS23-WFU-SP-13 - format zapisu plików - co najmniej PDF, JPEG, GIF, TIFF (było: PDF, JPEG, GIF, PNG),

- POS23-WFU-SP-25 - 16 przycisków szybkiego wybierania, 200 numerów (było 300 numerów). Dopuszcza się realizację wymagania poprzez wyświetlacz dotykowy.

- POS23-WFU-SP-14 - LDAP, co najmniej 200 (było 300) adresów e-mail, 20 grup adresowych,

- POS23-WFU-SP-15 - co najmniej FTP, e-mail, CIFS lub SMB (nie było SMB), pamięć USB,

- POS23-WFU-SP-27 – 4 MB lub co najmniej 200 stron (było – brak wskazania na „co najmniej 200 stron”).

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 i 2 Odwołania – rozpatrywane łącznie wobec tożsamej podstawy faktycznej.

Izba doszła do przekonania, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, które Odwołujący wywodził ze sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jednego producenta i ograniczający konkurencję oraz prowadzenia postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W pierwszej kolejności ocenić należało zarzuty dotyczące poszczególnych wymagań zawartych w załącznikach do OPZ.

Wymóg 512 MB pamięci RAM i obsługi formatu A6 przez podajnik 1 - drukarki laserowe. Odwołujący podnosił, że są to wymogi nadmierne. Podniósł, że wymóg dotyczący pamięci RAM w połączeniu z wymogiem słabego procesora – 650 MHz w jego ocenie

świadczy o wskazaniu na produkt firmy OKI. Wskazał, że wymóg obsługi formatu A6 przez podajnik 1 jest niespełniony przez drukarkę KYOCERA ECOSYS P3045dn.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że przedmiotowe wymogi są nadmierne, i niezasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego oraz ograniczające uczciwą konkurencję. Z przedłożonego przez Odwołującego wykazu drukarek laserowych wynika, że parametr 512 MB RAM wyklucza drukarkę KYOCERA ECOSYS P2040DN oraz drukarkę firmy Brother. W połączeniu z wymogiem procesora min. 650 MHz wyłączona również zostaje z możliwości zaoferowania drukarka firmy Ricoh, posiadająca co prawda 512 MB RAMu, jednakże procesor o taktowaniu 533 MHz. Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego parametr obsługi A6 przez podajnik 1 wyklucza drukarkę KYOCERA P3045dn. Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zmienił wymóg dotyczący formatu papieru druku dwustronnego, wobec czego nieaktualne są wskazania dotyczące drukarek Lexmark oraz Xerox. Zatem z 7 wskazanych drukarek 6 producentów, zgodnie z dowodem nr 4 dołączonym do odwołania, wymogi OPZ spełniają 3 modele drukarek 3 producentów (OKI, Lexmark, i Xerox).

W toku rozprawy Zamawiający przedłożył również dowody dotyczące m.in. drukarki producenta EPSON, wskazując że spełnia ona wymogi OPZ. Twierdzenie przeciwne Odwołującego – odnośnie braku wymaganej emulacji PCL5E zostało podważone przez Zamawiającego, wskazującego, że wymóg ten jest spełniony również w przypadku emulacji PCL6, która rzeczona drukarka posiada, a która obsługuje również emulację PCL5e. Odwołujący twierdzeniu temu nie zaprzeczył, wobec czego Izba uznała, że ww. drukarka spełnia wymogi SIWZ.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że ww. dowód nr 4 – zestawienie 7 drukarek, dotyczył tylko siedmiu modeli z całego rynku drukarek. Nie można wobec tego wykluczyć, że istnieją również inne modele drukarek, nie wskazane przez Odwołującego, które także spełniają wymogi OPZ.

Mając powyższe na uwadze, zmiana OPZ dokonana przez Zamawiającego pozbawiła podstaw faktycznych twierdzenie Odwołującego o sformułowaniu wymogów OPZ w sposób wskazujący na jednego producenta.

Niewątpliwie jednak wymogi OPZ powodują wykluczenie części wskazywanych przez Odwołującego urządzeń - producentów Kycoera, Ricoh i Brother. Odwołujący podnosił, iż wymóg 512 MB pamięci RAM jest wygórowany i nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego, zaś standardem jest 256 MB RAM. Zamawiający odpowiadał, iż wymóg większej ilości pamięci RAM podyktowany jest potrzebą zapewnienia szybkości drukowania plików PDF, na co największy wpływ ma pamięć RAM. Wskazał wprawdzie, że szybkość

drukowania można podnieść również poprzez bardziej wydajny procesor, jednakże jest to podzespół znacznie droższy. Z tego wywodził, że stawianie podwyższonych wymogów w zakresie procesora jest niezasadne, prowadzić będzie bowiem do podniesienia cen ofert, gdy ten sam efekt można uzyskać taniej, poprzez zwiększenie ilości pamięci RAM. W ocenie Izby wywód Zamawiającego jest w tym zakresie spójny i logiczny, nie został też zakwestionowany przez Odwołującego. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja dotycząca żądania zaniżonych wartości procesora musi zostać uznana za niespójną z kierunkiem całości odwołania – określenie niższych parametrów jako minimalnych (częstotliwość taktowania 650 MHz) w sposób oczywisty nie wpływa negatywnie na zakres konkurencyjności, bowiem każdy z oferentów może zaoferować procesor o wyższym taktowaniu. Podobnie, wymóg obsługi formatu A6 na podajniku 1 w ocenie Izby wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że parametr ten wynika z potrzeby umożliwienia drukowania zwrotnych potwierdzeń odbioru, które niewątpliwie stanowią istotną część akt postępowania przygotowawczego – do drukowania których mają służyć zamawiane drukarki. Odwołujący nie podważył tej okoliczności. Nadto zważyć należy, że parametru tego nie spełnia tylko jedno ze wskazanych przez strony urządzeń – drukarka KYOCERA P3045dn, nie sposób zatem uznać, by ograniczał on w sposób nadmierny, niezasadniony uczciwą konkurencję.

Reasumując, Izba stwierdziła, że wymóg POS23-DRL-SP-04 – co najmniej 512 MB pamięci RAM oraz wymóg POS23-DRL-SP11- format papieru – pkt 1: Podajnik A4, A5, B5, A6 – w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie nie ograniczają uczciwej konkurencji i nie wskazują na konkretnego producenta. W toku postępowania przed Izbą wykazano, że wymogi OPZ spełniają urządzenia co najmniej 4 producentów, zaś zaistniałe wykluczenie części urządzeń podyktowane jest uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Wobec modyfikacji parametru przez Zamawiającego wymogu z załącznika nr 1 do OPZ – POS23-DRL-SP11 format papieru – pkt 3 druk dwustronny – A4, B5 – wobec zmiany OPZ poprzez wykreślenie formatu B5 – tj. zgodnie z żądaniem odwołania, zarzut ten nie mógł stanowić podstawy stwierdzenia naruszenia ustawy Pzp, skutkującego wpływem na wynik postępowania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W ostatnim z zarzutów dotyczących OPZ drukarek laserowych Odwołujący podnosił, że opis zamówienia w odniesieniu do tonera dodatkowego jest nieprecyzyjny, niejasny i może powodować nieporównywalność ofert. Argumentował, że niezasadniony jest wymóg minimalnej wydajności tonera dodatkowego 9 000 stron, bowiem wydajność tonerów zazwyczaj wynosi albo od 7 000 do 8 500, albo znacznie więcej od 12 500 do 20 000 stron.

Z tego wywodził, że każdy dodatkowy toner wpływa na większą cenę, co uprzywilejowuje oferentów mogących zaoferować jedną kasetę tonerową.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego i uznała zarzut za bezpodstawny. Odwołujący wprost wskazał, że wydajność 9 000 stron nie występuje w żadnym tonerze dodatkowym. W tej sytuacji, wszyscy wykonawcy traktowani są jednakowo, bowiem każdy z nich musi zaoferować toner lub tonery o wydajności przewyższającej wartość wskazaną przez Zamawiającego, rzeczony zapis nie wskazuje na żadnego producenta. Nie można również przyjąć argumentacji, iż zapis ten uprzywilejowuje pozycję oferentów mogących zaoferować jedną kasetę tonerową o dużej wydajności – jak bowiem Odwołujący sam wskazał w toku rozprawy, tonery o małej pojemności są znacznie tańsze, zatem zaoferowanie kilku tańszych tonerów nie wpłynie na cenę oferty w stopniu przesądzającym o braku jej konkurencyjności. Odwołujący nie wykazał też, by zapis ten ograniczał w sposób nadmierny konkurencję.

Kolejna grupa zarzutów odwołania dotyczyła zapisów załącznika nr 2 do OPZ – szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia – urządzenia wielofunkcyjne, które w ocenie Odwołującego wskazywały na konkretnego producenta.

Pierwszym z podważanych zapisów był ten o identyfikatorze POS23-WFU-SP10, określający głębię kolorów skanowana. Mając na uwadze zmianę SIWZ dokonaną w dniu 16.05.2018 r. i modyfikację rzeczzonego zapisu zgodną z żądaniem odwołania, zarzut ten nie mógł stanowić podstawy stwierdzenia naruszenia ustawy Pzp, skutkującego wpływem na wynik postępowania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający zmodyfikował także zapis POS23-WFU-SP13 – format zapisu do pliku. Odwołujący podnosił, że poza sprzętem OKI żaden inny nie obsługuje formatów GIF, PNG lub jednego z nich. Wnioskował o wykreślenie formatu PNG i GIF oraz ewentualne dodanie formatu TIFF lub XPS. Zamawiający wykreślił format PNG i GIF oraz dodał TIFF, należało więc uznać, że zaspokoił żądanie Odwołującego. Mając na uwadze wobec modyfikację parametru przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem odwołania, ww. zarzut nie mógł stanowić podstawy stwierdzenia naruszenia ustawy Pzp, skutkującego wpływem na wynik postępowania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Podobnie Zamawiający uwzględnił także wniosek odwołania w przedmiocie zapisu POS23-WFU-SP-14 – książka adresowa i zmniejszył ilość adresów e-mail do co najmniej 200. W tym stanie rzeczy, wobec modyfikacji parametru przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem odwołania, rzeczony zarzut nie mógł stanowić podstawy stwierdzenia naruszenia

ustawy Pzp, skutkującego wpływem na wynik postępowania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W przedmiocie parametru o identyfikatorze POS23-WFU-SP-15, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, jednakże w sposób odbiegający od żądania odwołania. Odwołujący wnosił o wykreślenie wymogu skanowania do CIFS, wskazując że jest to określenie, którego używa jedynie OKI. Podniósł, że nawet jeżeli pod tym parametrem kryje się inny format występujący w innych urządzeniach, to posłużenie się określeniem używanym jedynie przez OKI wskazuje na brak precyzji, niejasność OPZ i naruszenie uczciwej konkurencji. Zamawiający modyfikując SIWZ w tym zakresie dodał „lub SMB”. W odpowiedzi na odwołanie wskazał, że CIFS i SMB są to synonimy, określające ten sam protokół. Wskazać należy, że Odwołujący wskazywał, że może to być parametr występujący u innych producentów, lecz pod inną nazwą. Odwołujący nie zaprzeczył również twierdzeniom Zamawiającego w tym zakresie. Mając na uwadze powyższe, w szczególności modyfikację SIWZ, Izba uznała zarzut za pozbawiony podstawy faktycznej, co za tym idzie – nie znajdujący potwierdzenia w okolicznościach sprawy.

Zarzut dotyczący parametru POS23-WFU-SP-25 – szybkie wybieranie - wobec modyfikacji parametru przez Zamawiającego zgodnie z żądaniem odwołania nie mógł stanowić podstawy stwierdzenia naruszenia ustawy Pzp, skutkującego wpływem na wynik postępowania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego parametru POS23-WFU-SP-27 – pamięć stron, Izba uznała, że nie znalazł on potwierdzenia. Odwołujący podnosił, że pierwotny zapis tego parametru – „4 MB” w żaden sposób nie niósł korzyści dla Zamawiającego, bowiem nie przekładał się na liczbę stron możliwych do zapamiętania. Wobec tego wniósł o zmianę zapisu poprzez obniżenie liczby megabajtów do 3,5 oraz dodania wskazania „lub 250 stron”. Zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ pozostawił wymóg 4 MB dodając przy tym „lub co najmniej 200 stron”.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że bezpodstawnym jest zarzut, że parametr 4 MB blokuje możliwość zaoferowania urządzeń o większej pamięci, poprzez brak wskazania, że jest to wymóg minimalny. Logiczna i zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz minimalną wiedzą techniczną, jaką niewątpliwie dysponują wykonawcy w tym zakresie, wykładnia rzeczowego zapisu nie powinna pozostawiać wątpliwości, że urządzenie o większej pamięci stron niż 4 MB spełnia wymóg posiadania 4 MB pamięci. Urządzenie o większej ilości pamięci przenosi ten wymóg, posiada bowiem 4 MB pamięci oraz pamięć dodatkową, niewymaganą przez Zamawiającego, ale pozytywnie wpływającą na

funkcjonalność urządzenia w tym zakresie (bądź, jak twierdzi Odwołujący – dodatkowa pamięć pozostanie bez wpływu na ilość zapamiętanych stron).

Dalej, wskazać należy, że Odwołujący wywód swój oparł o twierdzenie, że wymóg ilości pamięci stron powinien być określony w stronach, nie megabajtach. Mając na uwadze dodanie przez Zamawiającego możliwości spełnienia wymogu ilości pamięci stron poprzez wskazanie na ilość stron, spełnił on żądanie Odwołującego w tym zakresie. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał ani nawet nie wskazał, dlaczego żądanie akurat 4 MB jest nadmierne. Mając powyższe na uwadze, Izba uznała rzeczoną zarzut za bezpodstawny.

Odwołujący wywodził, że dokonał porównania czternastu urządzeń wielofunkcyjnych, z których jedynie urządzenie OKI spełniało wszystkie wymogi Zamawiającego. Zestawienie stanowiło dowód nr 5, dołączony do odwołania. W odniesieniu do tego dowodu Izba wskazuje, że dotyczył on zapisów SIWZ przed modyfikacją z dnia 16.05.2018 r., podobnie jak zawarte w odwołaniu powołania na ten dowód. W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego zawartych w tym zakresie, należy wskazać, że wobec zmian wymogów, nieaktualne stały się uwagi dotyczące KYOCERA M2540dn, TOSHIBA, LEXMARK BROTHER i CANON w zakresie parametru „skanowanie do” i „format zapisu do pliku”, uwaga dot. KYOCERA M2640idw oraz MINOLTA w zakresie parametru „głębokość kolorów na wejściu”. W pozostałym zakresie weryfikacja rzeczonego dowodu nie jest w pełni możliwa, bowiem Odwołujący w wielu miejscach nie podał parametrów urządzeń, wskazując „bd”. Niemniej jednak, wobec rozszerzenia wymogu dotyczącego pamięci stron poprzez wskazanie na ilość stron – zgodnie z żądaniem Odwołującego – na podstawie rzeczonej tabeli można stwierdzić, że wymogi OPZ spełnia urządzenie KYOCERA M2640idw. Już ta tylko okoliczność pozwala na uznanie, że bezpodstawnym jest argument o sformułowaniu OPZ w sposób, który dopuszcza sprzęt jednego producenta. Nadto należy zaznaczyć, że ww. tabela – w ocenie Izby nie pozwalająca na jednoznaczną weryfikację spełniania wymogów OPZ przez zestawione urządzenia – stanowi zestawienie urządzeń wybranych przez Odwołującego i nie może stanowić dowodu, pozwalającego na wykluczenie, że na rynku nie ma innych urządzeń spełniających wymogi OPZ. Dowodami takimi mogłyby być np. oświadczenia producentów, którzy powinni być zainteresowani otwarciem postępowania na ich asortyment, gdyby rzeczywiście SIWZ wraz załącznikami uniemożliwił zaoferowanie ich towaru.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut nr 3 odwołania – naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wywodził naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp z braku sprecyzowania, co Zamawiający rozumie pod pojęciem wskazanym w Załączniku nr 2 do OPZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – urządzenia wielofunkcyjne, parametry faksowania – „Lista zgłaszania” oraz nieokreślenia, czy wymóg wydajności 9 000 stron tonera dodatkowego stanowi warunek minimalny, którego niespełnienie będzie skutkowało odrzuceniem oferty, czy też przyznaniem 0 pkt w kryterium oceny ofert. Podnosił również, że zapis „tonery” wskazuje na możliwość zaoferowania mniejszych tonerów, by sumarycznie uzyskać wydajność 9 000 stron, przy czym z opisu kryterium oceny ofert wynika, że wydajność min. 9 000 stron odnosi się do każdego z tonerów z osobna.

W odniesieniu do parametru „Lista zgłaszania”, Izba zaznacza, że parametr taki nie znajduje się w Załączniku nr 2 do OPZ – urządzenia wielofunkcyjne – parametry faksowania. Określono tam natomiast parametr o identyfikatorze POS23-WFU-SP-26 – „Lista rozgłaszania”. Jednakże, nawet przy założeniu, że Odwołujący odnosił się do tego parametru, Izba nie jest w stanie ocenić zasadności zarzutu, wobec braku jego konkretyzacji. Odwołujący postawił jedynie żądanie – by Zamawiający sprecyzował, co rozumie pod pojęciem „lista zgłaszania” (które w rzeczywistości w rzeczonym załączniku nie występuje). Nie przedstawił podstawy faktycznej dotyczącej tego żądania – tj. nie wyjaśnił dlaczego parametr ten jest w jego ocenie niejasny bądź nieprecyzyjny (jak uczynił to np. w zarzucie drugim w odniesieniu do parametru „zapis pliku do CIFS”). Mając powyższe na uwadze, Izba uznała żądanie Odwołującego za bezpodstawne.

Dokonując oceny zapisów dotyczących minimalnej wydajności tonera dodatkowego w kontekście art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, należy wziąć pod uwagę dokonaną w dniu 16.05.2018 r. zmianę SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert – wydajność tonera dodatkowego. Zamawiający w zmodyfikowanym opisie kryterium wprost odniósł się do kwestionowanego parametru, wskazując, że *„W ramach kryterium oceniana będzie wydajność dodatkowego tonera (tonerów), o których mowa w wymaganiu POS23-DRL-SP-16 pkt 3, spełniającego/ych warunki określone we wskazanym wymaganiu. Zamawiający uwzględni wydajność dodatkowego tonera (tonerów) wyższą niż wydajność minimalna określona we wskazanym wymaganiu tj. wyższą niż 9 000 stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752”*. W ocenie Izby zatem nie budzi wątpliwości, że minimalną wydajność 9 000 stron mają spełniać toner lub tonery dodatkowe – zatem możliwym jest zaoferowanie jednego tonera o tej wydajności bądź więcej niż jednego tonera, których łączna pojemność wynosi co najmniej 9 000 stron A4 w druku zgodnym z ISO/ISC 19752. Zamawiający nie zawarł wskazania pozwalającego na stwierdzenie, że każdy z oferowanych tonerów dodatkowych powinien mieć rzeczoną wydajność. Rzeczony zapis OPZ określa potrzebę Zamawiającego – uzyskania wydajności min. 9 000 stron z tonerów dodatkowych, przy czym

zastosowana liczba mnoga wskazuje na możliwość uzyskania tej wydajności poprzez zaoferowanie więcej niż jednego tonera. Dalej, mając na uwadze, że zapis o minimalnej wydajności znalazł się w OPZ (POS23-DRL-SP-16), to nie budzi wątpliwości, że ma on charakter warunku minimalnego, którego niespełnienie skutkować powinno odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ. Zamawiający również w toku rozprawy przed Izłą potwierdził, że zaoferowanie tonera lub tonerów dodatkowych o wydajności poniżej 9 000 stron potraktowane będzie jako niezgodność oferty z SIWZ.

Odwołujący podnosił również, iż wymóg wydajności 9 000 stron jest nieproporcjonalnym i nadzwyczajnym – w tym zakresie należy odesłać do rozważań Izby w odniesieniu do zarzutu nr 2, gdzie Odwołujący podnosił tożsamą argumentację.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w niniejszej sprawie.

Zarzut nr 4 – naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedmiotowego naruszenia Odwołujący upatrywał w, jego zdaniem nieprecyzyjnym i naruszającym zasadę równego traktowania wykonawców opis kryterium oceny ofert – „Wydajność dodatkowego tonera (tonerów) do drukarek”. Zdaniem Odwołującego z opisu kryterium nie wynika minimalna ilość tonerów, jaką wykonawca winien zaproponować, by zdobyć punkty w ramach kryterium. Wskazuje, że nie wiadomo, czy możliwym będzie zaoferowanie np. trzech tonerów o wydajności 7000 stron i otrzymanie maksymalnej ilości punktów, czy też zaoferowanie tonera o wydajności poniżej 9 000 stron skutkować będzie odrzuceniem oferty lub przyznaniem 0 punktów.

Jak wskazała Izba w odniesieniu do zarzutu nr 3, Zamawiający dokonał modyfikacji opisu rzeczowego kryterium, wprost odnosząc się w nim do wymogu POS23-DRL-SP-16 pkt 3, wskazując, że oceniana będzie wydajność tonera lub tonerów spełniającego/spełniających warunki określone w ww. wymaganiu. Skoro zatem, jak wskazała Izba powyżej, możliwym jest zaoferowanie więcej niż jednego tonera, pod warunkiem zapewnienia łącznej minimalnej wydajności 9 000 stron, to wobec posługiwania się przez Zamawiającego analogicznymi sformułowaniami, nie budzi wątpliwości, iż możliwym jest uzyskanie punktów w omawianym kryterium w przypadku zaoferowania kilku tonerów, których łączna wydajność przenosi 9 000 stron.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby opis kryterium „Wydajność dodatkowego tonera (tonerów) do drukarek” w zakresie podnoszonym przez Odwołującego jest w pełni precyzyjny i nie narusza zasady równego traktowania wykonawców. Każdy z wykonawców jest zobowiązany zaoferować tonery lub tonery dodatkowe o łącznej wydajności min. 9 000.

Możliwym jest też, dla uzyskania większej ilości punktów, zaoferowanie więcej niż jednego tonera dodatkowego, pod warunkiem, że ich łączna wydajność wyniesie ponad 9 000 stron. Jak wskazano w omówieniu zarzutu nr 2, ustanowienie wymogu wydajności 9 000 stron nie stanowi uprzywilejowania żadnego z wykonawców, skoro – zgodnie z twierdzeniem Odwołującego – żaden producent nie posiada w ofercie takich tonerów, a jedynie o niższej lub wyższej wydajności.

W konkluzji Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny.

Zarzut nr 5 – naruszenia art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, względnie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Odwołujący przedmiotowy zarzut wywodził z zaniechania podzielenia zamówienia na części, co w jego ocenie prowadzi do ograniczenia lub uniemożliwienia złożenia oferty wykonawcom, którzy nie mają w ofercie pełnej gamy zamawianego sprzętu. Podnosił, że zamawiany sprzęt pochodzi od różnych producentów, jest funkcjonalnie odmienny i niezależny od siebie. Wskazał, że wobec działalności (swojej jak i innych podmiotów w branży), ukierunkowanej na dostawę urządzeń wielofunkcyjnych i drukarek, dla realizacji zamówienia musi uzyskać ofertę podwykonawcy – dostawcy skanerów, co podniesie cenę oferty i doprowadzi do braku konkurencyjności. Podniósł, że każda z grup zamawianych urządzeń jest od siebie niezależna i wymaga ich skonfigurowania, niezależnie od liczby dostawców, podobnie rozdzielić można serwis urządzeń. Jako konsekwencję zaniechania podziału zamówienia na części Odwołujący wskazał ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno-finansowej na nadmiernym, znacząco wygórowanym i eliminującym konkurencję poziomie. Argumentował również, iż obowiązek podziału zamówienia na części wynika z przepisów prawa.

Izba uznała, że przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odnosząc się do wskazywanego przez Odwołującego obowiązku podziału zamówienia na części, należało zważyć, że twierdzenie to nie znajduje oparcia w przepisach obowiązującego prawa. Powołany przez Odwołującego art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp wprost wskazuje, że „Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części”. Przepis ten przewiduje zatem możliwość, uprawnienie Zamawiającego do podziału zamówienia na części, nie obowiązek. Również art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp nie kształtuje obowiązku podziału zamówienia na części, a jedynie obowiązek informacyjny po stronie Zamawiającego, będący elementem realizacji zasady przejrzystości postępowania, zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba zauważa, że sformułowanie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp wywołuje wrażenie, jakoby podział zamówienia na części był zasadą, od której odstępianie powinno być odpowiednio uzasadnione i opisane w protokole postępowania

o udzielenie zamówienia. Jednakże, mając na uwadze przytoczoną dyspozycję art. 36aa i przepisy oraz preambułę Dyrektywy 2014/24/UE, na którą powoływał się w trakcie rozprawy przed KIO Odwołujący, należy stwierdzić, że zarówno ustawodawca krajowy jak i unijny pozostawił swobodę Zamawiającemu w zakresie decyzji o podziale zamówienia na części. Wskazane przez Izbę sformułowanie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, mogące sugerować jako zasadę podział zamówienia na części, nabiera innego brzmienia, jeśli zostanie odczytane z perspektywy motywu 78 preambuły Dyrektywy. Zgodnie tym motywem, „(...) *Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej (...)*”. Wobec powyższego z normy art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, pośrednio można wywieść jedynie obowiązek Zamawiającego do rozważenia zasadności podziału zamówienia na części i opisanie przyczyn w protokole postępowania. Powyższe ustalenia korespondują z art. 46 ust. 1 Dyrektywy, który stanowi, że instytucje zamawiające mogą (a zatem nie mają obowiązku) postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach. Akapit drugi powołanego przepisu ustanawia obowiązek transponowany właśnie w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp – wskazania najważniejszych powodów decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub indywidualnym sprawozdaniu. Reasumując, z przepisów ustawy Pzp nie wynika zasada podziału zamówienia na części. Dodać należy, że ustawodawca krajowy miał możliwość wprowadzenia takiego obowiązku, zgodnie z art. 46 ust. 4 Dyrektywy, czego nie uczynił, zatem przyjęcie, że Zamawiający ma obowiązek podziału zamówienia na części, byłoby niezgodnym z wyrażoną explicite wolą ustawodawcy, określoną w art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił także, że nie zaszła żadna przesłanka określona w motywie 78 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE pozwalająca Zamawiającemu na odstąpienie od podziału zamówienia na części. Przesłanki te zostały wyartykułowane w akapicie drugim ww. motywu *in fine*: „Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: *instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia*”. W niniejszej sprawie Zamawiający nie powoływał się na np. trudności techniczne wynikające z potrzeby organizacji większej ilości postępowań o udzielenie zamówienia (dodatkowy personel dla

obsługi postępowań etc.), jak też na np. spodziewany „efekt skali”, które to okoliczności nie mogą, zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, stanowić podstawy dla odstąpienia od podziału zamówienia. Zamawiający powołał się na okoliczności, które wpisują się w przykładowy katalog przesłanek uzasadniających odstąpienie od podziału zamówienia wymienione w motywie 78 preambuły do Dyrektywy – wskazywał, że dostawa przedmiotowego sprzętu jest konieczna ze względu na przyjęte założenia technologiczne dotyczące wdrażania tych urządzeń w ramy systemu digitalizacji akt i zaplanowane jednokrotne włączanie do systemu we wszystkich jednostkach prokuratury zamawianych urządzeń. W ocenie Izby stanowi to o fundamentalnej różnicy pomiędzy typowym zamówieniem na dostawę sprzętu biurowego a przedmiotowym zamówieniem, która nie pozwala na stwierdzenie, że zaniechanie podziału zamówienia na części doprowadziło do ograniczenia uczciwej konkurencji. Postępowanie będące przedmiotem niniejszej sprawy nie jest bowiem jedynie zamówieniem na dostawę sprzętu biurowego, którego celem jest zaspokojenie bieżących potrzeb Zamawiającego. Zamawiający nie dokonuje zakupu drukarek, skanerów i urządzeń wielofunkcyjnych w celu wymiany urządzeń przestarzałych czy doposażenia jednostek podległych. Celem zamówienia jest rozwój systemu digitalizacji akt postępowań przygotowawczych, dla realizacji tego celu Zamawiający zaplanował cztery odrębne postępowania (przedmiotowe oraz na dostawę: sprzętu i oprogramowania dla budowy sieci, sprzętu i oprogramowania dla budowy infrastruktury Sytemu, komputerów). Nie ulega wątpliwości, że podział zamówienia zwiększa ryzyko opóźnień, jak również nieterminowego lub nieprawidłowego wykonania, bowiem każde dodatkowe postępowanie niesie dodatkowe ryzyko. Zamawiający podjął decyzję, iż zasadnym jest, ze względu na rzeczony ryzyko oraz konieczność zapewnienia terminowości wdrażania systemu, zaniechanie podziału zamówienia na części.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający zaniechał podziału zamówienia na części w zgodzie z przepisami ustawy Pzp, w tym z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący argumentował także, że zaniechanie podziału zamówienia na części doprowadziło do ustanowienia wygórowanych, naruszających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej – obrotów na poziomie 50 mln zł oraz polisy OC na wartość 25 mln zł.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że uznaje argumenty Odwołującego w tym zakresie i dokonał zmiany rzeczonego warunku, wymagając wykazania się polisą OC o wartości 20 mln zł oraz obrotami w wysokości 30 mln zł. Odwołujący w toku rozprawy przed KIO podtrzymał argumentację, wskazując, że są to zmiany kosmetyczne.

W odniesieniu do warunku dotyczącego wykazania się obrotem o wysokości 30 mln zł należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 22c ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może wymagać, aby minimalny roczny obrót wykonawcy przekraczał dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków. Ustawodawca zatem nie tylko zezwolił na formułowanie warunku udziału w postępowaniu na poziomie dwukrotności wartości zamówienia, ale również dopuścił sytuacje, w których warunek ten będzie na wyższym poziomie. W niniejszym postępowaniu Zamawiający ustalił rzeczony warunek na poziomie zgodnym z art. 22c ust. 2 ustawy Pzp, wobec czego nie można uznać, iż jest on nadmierny. Dalej, ustanowienie warunku dysponowania polisą OC jest przewidziane w ustawie Pzp, jednakże w przeciwieństwie do warunku minimalnego rocznego obrotu, ustawodawca nie ustanowił żadnych limitów w tym zakresie. Warunek ten należy wobec tego oceniać przede wszystkim w świetle art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazywał, ażeby omawiany warunek był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, powoływał jedynie warunek ten jako przykład, iż zamówienie powinno podlegać podziałowi na części. Wobec ustalenia przez Izbę, że Zamawiający był uprawniony do zaniechania podziału, argument ten pozbawiony jest podstaw. Odwołujący nie wykazał także, ażeby ustanowienie tego warunku doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń w tym zakresie, poprzestając na oświadczeniu, że jedynie nieliczni wykonawcy będą w stanie warunek ten spełnić.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, wskazany przez Odwołującego jako zarzut dodatkowy. Przedstawiona argumentacja stanowiła w zasadzie jedynie uzupełnienie podstaw faktycznych zarzutu dotyczącego braku podziału zamówienia na części – który Izba uznała za bezpodstawny. Należy zważyć również, że Zamawiający zmodyfikował warunek dotyczący średniego obrotu rocznego i polisy OC, zmniejszając wskazane kwoty. Tymczasem Odwołujący na żadnym etapie postępowania odwoławczego nie wskazał, do jakiego poziomu Zamawiający w jego ocenie winien obniżyć rzeczony warunek. Wobec sposobu sformułowania zarzutu, jak też braku udowodnienia twierdzeń Odwołującego, Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

Reasumując, Izba uznała zarzut nr 5 odwołania w całości za bezpodstawny.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

KIO 886/18

Dnia 4 maja 2018 roku, wykonawca Suntar Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów (dalej „Odwołujący” lub „Odwołujący Suntar”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie :

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji

i

jednocześnie naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania poprzez nieuzasadnione preferowanie rozwiązań oferowanych przez konkretnych producentów i dyskryminację innych oraz wprowadzenie wymagań, które nie są powiązane z żądanymi funkcjonalnościami i nie są oczywistym lub powszechnie znanym standardem,

2. art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez wprowadzenie wymagań eliminujących rozwiązania stosowane systemowo przez niektórych producentów i będące standardowymi,

3. art. 30 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dla opisu przedmiotu zamówienia stosowania sposobów opisanych w pkt 2 przywołanego przepisu i jednocześnie brak określenia wydajności lub funkcjonalności przedmiotu zamówienia,

4. art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z art. 7, 29 i 30 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ:

1. załącznik nr 1 i 2 do OPZ - Komputer stacjonarny Typ I i II - Identyfikator wymagania - POS21-STA1-SP-18 i POS21-STA2-SP-18 - Opis wymagań minimalnych - BIOS - pkt 27 wykreślenie w całości wymagania: *„Funkcja zbierania i zapisywania logów. Możliwość przeglądania i kasowania zdarzeń przebiegu procedury POST. Funkcja ta obejmuje datę i godzinę zdarzeń oraz kody wizualnego systemu diagnostycznego LED lub kody akustycznego systemu diagnostycznego”,*

2. Zmiana wymogu - załącznik nr 1 i 2 do OPZ - Komputer stacjonarny Typ 1 i 2 - Identyfikator wymagania - POS21-STA1-SP-19 i POS21-STA2-SP-19 - Opis Wymagań minimalnych - Bezpieczeństwo - pkt 2 - poprzez wykreślenie zapisu *„musi zbierać logi i zapisywać je w BIOS”,*

3. Zmiana wymogu - załącznik nr 1 i 2 do OPZ - Komputer stacjonarny Typ 1 i 2 - Identyfikator wymagania - POS21-STA1-SP-13 i POS21-STA2-SP-13 - Opis wymagań minimalnych - Obudowa - pkt 4 – wykreślenie zapisu „*oraz wszelkich akcesoriów przykręcanych do dysku*”.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podnosi, że Zamawiający w treści OPZ zawarł m.in. szereg wymagań dla poszczególnych urządzeń i oprogramowania. Wskazuje, że zestawienie tych wymagań dla stacji roboczych w sposób istotny, a jednocześnie nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami, zawęża krąg wykonawców i dopuszczalnych rozwiązań, jednocześnie wskazując na preferowanych producentów. Zamawiający nie dopuszcza zastosowania rozwiązań równoważnych, które również mogłyby służyć realizacji przedmiotu zamówienia, a jednocześnie pozwoliłyby zachować zasady uczciwej konkurencji. Podnosi, że Zamawiający zna rynek przedmiotu zamówienia, co wywodzi z przygotowania postępowania oraz z okoliczności prowadzenia uprzednio analogicznego postępowania, unieważnionego w wyniku wyroku KIO. Wskazuje, że w uprzednim postępowaniu złożono tylko i wyłącznie oferty oparte o rozwiązania DELL i FUJITSU, przy czym oferty wykonawców oparte o sprzęt FUJITSU skład orzekający Izby nakazał odrzucić jako niezgodnie z SIWZ, w tym między innymi ze względu na zaoferowany BIOS.

Zdaniem Odwołującego obecnie prowadzone postępowanie również preferuje rozwiązania DELL oraz pozornie dopuszcza rozwiązania FUJITSU, które zgodnie z wyrokiem Izby zostały odrzucone przez Zamawiającego. Wywodzi, że w konsekwencji każdy wykonawca, który zaoferuje rozwiązania w/w koncernów, w szczególności DELL, będzie w sytuacji korzystniejszej niż wykonawca, który zaoferuje produkty innych renomowanych firm.

Odwołujący wskazuje na następujące zapisy OPZ ograniczające w jego ocenie konkurencję w sposób nieuprawniony:

- A) Funkcja zbierania i zapisywania logów – wymagania POS21 –STA1-SP-18 i POS21 - STA2-SP-18 i opisane w sposób następujący: „Opis wymagań minimalnych” (nazwa kolumny), BIOS (wymóg nr 27): *Funkcja zbierania i zapisywania logów. Możliwość przeglądania i kasowania zdarzeń przebiegu procedury POST. Funkcja ta obejmuje datę i godzinę zdarzeń oraz kody wizualnego systemu diagnostycznego LED lub kody akustycznego systemu diagnostycznego.*

Zdaniem Odwołującego OPZ wprowadza wymagania charakterystyczne dla rozwiązań koncernu DELL, co skutkuje w sposób oczywisty preferowaniem tego producenta.

Informuje, że niepomyślny wynik testu POST skutkuje serią odgłosów wydanych przez głośnik, odgłosy te - ich liczba i czas trwania - są kodem błędu, a korzystając z instrukcji

obsługi można ustalić, co jest przyczyną problemów. Wskazuje, że jest to rozwiązanie przestarzałe, obecnie płyty główne dodatkowo pomimo używania kodu dźwiękowego, informują o rezultacie testu POST za pomocą kolorowych diod LED lub wyświetlacza siedmiosegmentowego umieszczonego na płycie głównej. Inne rozwiązanie to komunikaty głosowe (nagrane przez lektora i zapisane w specjalnym układzie scalonym na płycie głównej). Rozwiązania te w praktyce uniemożliwiają błędną identyfikację komunikatu.

Dalej informuje, że gdy test POST zostanie zakończony i nie zostaną znalezione żadne błędy komputer wyda pojedynczy pisk (rzadziej dwa) i rozpocznie procedurę uruchamiania systemu operacyjnego, albo - w przypadku uszkodzenia komputera i wystąpienia incydentu (zdarzenia) - w tej procedurze system operacyjny się nie uruchomi, więc zapisywanie tego typu zdarzeń w BIOS i odczytywanie ich lokalnie jest bezcelowe. Podnosi, że analogiczne rozwiązania stosują wszyscy producenci, jednak występują różnice przy jednoczesnym uzyskaniu takiej samej funkcjonalności.

Wywodzi, że przedmiotowy wymóg jest tyleż archaiczny, co zbędny, gdyż jednocześnie Zamawiający wymaga dostarczenia rozwiązania zarządzanego zdalnie (sekcja „Zdalne zarządzanie” - komputer typ 1 - identyfikator wymagania SP-16), co jest w ocenie Odwoływającego rozwiązaniem zdecydowanie lepszym i obecnie stosowanym. Test POST dubluje zatem funkcjonalności wynikające wprost z zawartych w OPZ wymagań dla zarządzania zdalnego. Wymóg ten jest zatem zbędny z punktu widzenia definiowanej w OPZ jakości

i funkcjonalności. Podnosi, że skoro komputery będą rozproszone po całej Polsce to lokalnie takich logów nikt czytał nie będzie. Wskazuje, że obecnie każda większa placówka posiada rozwiązania do centralnego zarządzania infrastrukturą, co czyni kwestionowany wymóg zbędnym. Informuje, że Zamawiający takie rozwiązanie posiada lub wkrótce będzie posiadał. Zamawiający kupuje komputery w ramach postępowania na: dostawę produktów, zaprojektowanie i wdrożenie podsystemów technicznych tworzących Centralne Usługi infrastrukturalne w ramach projektu digitalizacji akt (iSDA), częścią projektu jest dostawa systemu – w tym dostawa licencji Systemu Scentralizowanego Zarządzani.

B) Czujnik otwarcia obudowy zbierający logi i zapisujący je w BIOS.

Odwoływający podnosi, że Zamawiający w wymaganiach POS21-STA1-SP-19 i POS21-STA2-SP-19 - „Zaimplementowany w BIOS system diagnostyczny, dostępny z poziomu szybkiego menu bootowania, umożliwiający przetestowanie w celu wykrycia usterki zainstalowanych komponentów w oferowanym komputerze bez konieczności uruchamiania systemu operacyjnego. System posiadający min. Funkcjonalność: (...) c. czujnik otwarcia obudowy musi zbierać logi i zapisywać je w BIOS”, zdublował wymagania postawione w innym miejscu OPZ - POS21-STA1-SP-13 i POS21-STA2-SP-13, opisane jako: „Opis wymagań

minimalnych” (nazwa kolumny), Obudowa (wymóg nr 5): Obudowa w jednostce centralnej (...) musi posiadać czujnik otwarcia obudowy współpracujący z oprogramowaniem zarządzającym – diagnostycznym”.

Odwołujący podkreśla, że program zarządzający - diagnostyczny nie jest tożsamy z BIOS. Zdaniem Odwołującego rozwiązanie zawarte w OPZ preferuje produkty DELL, bowiem pożądaną funkcjonalność - czyli zbieranie i zapisywanie logów - może zapewnić wiele programów zarządzających - diagnostycznych. Funkcjonalność opisana identyfikatorem POS21-STA2-SP-19 (zapisywanie w BIOS) jest charakterystyczna dla DELL. Podnosi, że programy pozwalające na zapisywanie logów stosują wszyscy producenci, jednak występują różnice przy jednoczesnym uzyskaniu takiej samej funkcjonalności.

C) Zakaz stosowania akcesoriów przykręcanych do dysku.

Odwołujący podnosi, że konkurencję ogranicza wymaganie oznaczone identyfikatorem POS21-STA1-SP-13 i POS21-STA2-SP-13, opisane w sposób następujący: *„Moduł konstrukcji obudowy w jednostce centralnej komputera powinien pozwalać na demontaż kart rozszerzeń, napędu optycznego oraz dysku twardego bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycie wkrętów, śrub motylkowych, śrub radełkowych oraz wszelkich akcesoriów przykręcanych do dysku)”. Odwołujący nie kwestionuje żądania, aby demontaż kart, napędu i dysku mógł być dokonany bez narzędzi. Wskazuje, że jeżeli jednak celem było zapewnienie komfortu technikowi, który będzie dokonywał ingerencji i wymieniał dysk, to niezrozumiałym jest zakaz stosowania wszelkich akcesoriów przykręcanych do dysku. Podnosi, że zakaz ten z technicznego punktu widzenia jest zbędny, gdyż i tak nie ma wpływu na konieczność użycia (lub nie) narzędzi. Wskazuje, że akcesoria mogą być poza tym nitowane, tłoczone, klejone etc. - co nie jest zakazane przez OPZ – ale nie mogą być przykręcane. Wywodzi, że w efekcie Zamawiający nie uzyskuje żadnej funkcjonalności ale zakazuje rozwiązania stosowanego systemowo przez kilka wiodących koncernów jak HP Inc., LENOVO, ACER. Podnosi, że dla ułatwienia montażu np. HP Inc. stosuje przykręcane na stałe elementy dystansowe (chodzi o możliwość uzyskania pewnej odległości od szyn montażowych (prowadnic). Dla zamontowania/zdemontowania dysku nie są potrzebne jakiegokolwiek narzędzia ale dystanse mogą być uznane za akcesoria przykręcane do dysku, a tak naprawdę służą do polepszenia ergonomii pracy urządzenia i uniknięcia przenoszenia drgań wywoływanych przez dysk twardego na pozostałe elementy obudowy. Wskazuje, że praktycznie każdy producent ma system „beznarzędziowego” montażu dysku i zawsze jakiś element mocowania tego dysku jest potrzebny. Zdaniem Odwołującego nie ma żadnej uzasadnionej przyczyny dlaczego zakazano systemu HP, Lenovo czy Acer oraz wielu innych mniej znanych producentów sprzętu. Wskazuje przykładowe rozwiązania producentów Lenovo, Acer i HP, które posiadają akcesoria przykręcane do dysku, umożliwiające na*

swobodny montaż i demontaż bez używania narzędzi oraz rozwiązania Dell i Fujitsu, które posiadają akcesoria montowane do dysków bez przykręcania (a zatem spełniające wymogi OPZ), co jednocześnie nie wpływa na funkcjonalność rozwiązania w porównaniu do innych producentów.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 17.05.2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wskazując na modyfikację SIWZ, uznając częściowo argumentację odwołania.

Zamawiający uwzględnił argumentację odwołania w odniesieniu do zapisów POS21-STA1-SP-13 i POS21-STA2-SP-13 oraz dokonał zmiany SIWZ w tym zakresie, nadając ww. zapisom brzmienie:

„Moduł konstrukcji obudowy w jednostce centralnej komputera powinien pozwalać na demontaż kart rozszerzeń, napędu optycznego oraz dysku twardego bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycie wkrętów, śrub motylkowych, śrub radełkowych)”.

Zamawiający zmienił zapisy POS21-STA1-SP-18 i POS21-STA2-SP-18, podnosząc jednocześnie, że Odwołujący błędnie identyfikuje jego potrzeby twierdząc, że w sytuacji posiadania centralnego narzędzia do monitorowania stanu komputerów nie ma konieczności zapewnienia narzędzi do identyfikowania wad dostarczonego sprzętu lokalnie. Wskazuje, że komputery dostarczane będą do docelowo 421 jednostek organizacyjnych prokuratury, gdzie będą eksploatowane pod nadzorem administratorów lokalnych, którzy w pierwszej kolejności odpowiadać będą za identyfikację, usuwanie oraz ewentualne zgłoszenia serwisowe wad eksploatowanego sprzętu. Stąd też dostarczany sprzęt musi zapewniać zarówno narzędzia do identyfikacji błędów w sposób zdalny z poziomu centrali jak również z poziomu poszczególnej jednostki sprzętu w jednostkach organizacyjnych prokuratury.

Zamawiający dokonał zmiany wskazanych wymagań POS21-STA1-SP-18 i POS21-STA2-SP-18, nadając w pkt 27 brzmienie *„Funkcja zbierania i zapisywania logów. Możliwość przeglądania i kasowania zdarzeń przebiegu procedury POST. Funkcja ta obejmuje datę i godzinę zdarzeń oraz kody (lub opis usterki, zdarzenia) wizualnego systemu diagnostycznego LED lub kody (lub opis usterki, zdarzenia) akustycznego systemu diagnostycznego”*.

Zamawiający nie podzielił argumentacji Odwołującego w zakresie zarzutów dotyczących zapisów POS21-STA1-SP-19 i POS21-STA2-SP-19. Wskazał, że brzmienie tych zapisów wynika z wymagań dotyczących konieczności zbierania określonych informacji przez różne systemy diagnostyczne, wobec czego zamierza zapewnić bezpośredni dostęp do informacji o błędach sprzętu zarówno administratorom lokalnym obsługującym urządzenia

w jednostkach organizacyjnych prokuratury (poprzez odczyt logów z systemu diagnostycznego BIOS) jak i administratorom zarządzającym centralnie zakupionym sprzętem (poprzez uzyskanie informacji z oprogramowania zarządzająco- diagnostycznego). Jednakże Zamawiający dokonał zmiany ww. zapisów SIWZ, nadając im następujące brzmienie:

„2. Zaimplementowany w BIOS system diagnostyczny, dostępny z poziomu szybkiego menu bootowania, umożliwiający przetestowanie w celu wykrycia usterki zainstalowanych komponentów w oferowanym komputerze bez konieczności uruchamiania systemu operacyjnego. System posiadający min. funkcjonalności:

- a. test procesora,*
- b. test pamięci,*
- c. współpraca z czujnikiem otwarcia obudowy.*

3. Czujnik otwarcia obudowy musi zbierać logi i zapisywać je w BIOS”.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że wystąpił do producentów sprzętu z zapytaniem, czy posiadają w ofercie modele spełniające ww. wymagania. Wskazał, że udzielone odpowiedzi zaprzeczają stanowisku Odwołującego, jakoby jeden producent posiadał sprzęt spełniający wymagania OPZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestników postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie na dostawę komputerów stacjonarnych w ramach projektu „Rozwój Systemu Digitalizacji Akt Postępowań Przygotowawczych (iSDA)”.

W załączniku nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia – „Specyfikacja techniczna komputerów stacjonarnych i monitorów komputerowych” zawarto m.in. zapisy (parametry STA1 odnoszą się do komputerów typ 1, STA2 – typ 2):

POS21-STA1-SP-18 i POS21-STA2-SP-18 - opis wymagań minimalnych - BIOS - pkt 27: *„Funkcja zbierania i zapisywania logów. Możliwość przeglądania i kasowania zdarzeń przebiegu procedury POST. Funkcja ta obejmuje datę i godzinę zdarzeń oraz kody wizualnego systemu diagnostycznego LED lub kody akustycznego systemu diagnostycznego”.*

Po zmianie SIWZ dokonanej w dniu 16.05.2018 r., ww. zapisy otrzymały brzmienie:

„Opis wymagań minimalnych - BIOS - pkt 27: „Funkcja zbierania i zapisywania logów. Możliwość przeglądania i kasowania zdarzeń przebiegu procedury POST. Funkcja ta obejmuje datę i godzinę zdarzeń oraz kody (lub opis usterki, zdarzenia) wizualnego systemu diagnostycznego LED lub kody (lub opis usterki, zdarzenia) akustycznego systemu diagnostycznego”.

POS21–STA1-SP-13 i POS21–STA2-SP-13 Opis wymagań minimalnych - Obudowa - pkt 4: *„Moduł konstrukcji obudowy w jednostce centralnej komputera powinien pozwalać na demontaż kart rozszerzeń, napędu optycznego oraz dysku twardego bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycie wkrętów, śrub motylkowych, śrub radełkowych oraz wszelkich akcesoriów przykręcanych do dysku)”.*

Po zmianie SIWZ dokonanej w dniu 16.05.2018 r., ww. zapisy otrzymały brzmienie:

„Moduł konstrukcji obudowy w jednostce centralnej komputera powinien pozwalać na demontaż kart rozszerzeń, napędu optycznego oraz dysku twardego bez konieczności użycia narzędzi (wyklucza się użycie wkrętów, śrub motylkowych, śrub radełkowych)”.

POS21-STA1-SP-19 POS21-STA2-SP-19 i - Bezpieczeństwo - pkt 2:

„Zaimplementowany w BIOS system diagnostyczny, dostępny z poziomu szybkiego menu boot'owania, umożliwiający przetestowanie w celu wykrycia usterki zainstalowanych komponentów w oferowanym komputerze bez konieczności uruchamiania systemu operacyjnego. System posiadający min. funkcjonalności:

a. *test procesora,*

- b. *test pamięci,*
- c. *czujnik otwarcia obudowy musi zbierać logi i zapisywać je w BIOS”.*

Po zmianie SIWZ dokonanej w dniu 16.05.2018 r., ww. zapisy otrzymały brzmienie:

„Zaimplementowany w BIOS system diagnostyczny, dostępny z poziomu szybkiego menu boot'owania, umożliwiający przetestowanie w celu wykrycia usterki zainstalowanych komponentów w oferowanym komputerze bez konieczności uruchamiania systemu operacyjnego. System posiadający min. funkcjonalności:

- a. *test procesora,*
 - b. *test pamięci,*
 - c. *współpraca z czujnikiem otwarcia obudowy.*
3. *Czujnik otwarcia obudowy musi zbierać logi i zapisywać je w BIOS”.*

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie, jako bezzasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.

Bez rozpoznania Izba pozostawiła zarzut dotyczący parametru SP-13, wobec modyfikacji SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego w tym zakresie.

Odwołujący wszystkie zarzuty odwołania – naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 i 3, art. 30 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7, 29 i 30 ustawy Pzp wywodził z tożsamyh okoliczności. Mianowicie, w ocenie Odwołującego, poprzez parametry SP18, SP19 i SP13 Zamawiający wskazał na konkretnego producenta – Dell, co doprowadziło do naruszenia zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz dyskryminację innych producentów, przy czym parametry te są zbędne i niefunkcjonalne. Odwołujący podniósł, że takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia wyeliminowało rozwiązania standardowe, stosowane systemowo przez niektórych producentów. Wywodził, że Zamawiający zaniechał opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zaniechał określenia wydajności lub funkcjonalności.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów dotyczących parametrów SP18 i SP19. Możliwość stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jak również – w odniesieniu do OPZ – art. 7 i 3 ustawy Pzp, zależna jest od wystąpienia w opisie przedmiotu zamówienia zapisów, które ograniczają konkurencję i nie są uzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że nie każde

ograniczenie konkurencji może być traktowane jako naruszenie powołanych przepisów, bowiem Zamawiający nie ma obowiązku umożliwienia złożenia ofert wszystkim podmiotom działającym na właściwym rynku. Niedozwolone jest zatem jedynie nadmierne ograniczanie konkurencji, niepodyktowane koniecznością uzyskania konkretnych funkcjonalności (parametrów, cech itd.) przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Odwołujący nie uniósł ciężaru udowodnienia ww. okoliczności. Celem wykazania ograniczenia konkurencji i wskazania na konkretnego producenta, Odwołujący dokonał zestawienia czterech komputerów czterech producentów, przedstawił również prywatną opinię biegłego, zgodnie z którą, omawianych parametrów, po zmianie SIWZ, nie spełnia komputer HP EliteDesk 800 G3. Biegły wskazał jednocześnie, iż parametry te spełniają: komputer Dell Optiplex 7050, Lenovo ThinkCenter M910, Fujitsu Esprimo D957, natomiast poza ww. komputerem Dell nie spełniają one innych wymagań OPZ.

Odnosząc się do ww. materiału dowodowego, powołanego na okoliczność, iż zapisy OPZ wskazują na jednego producenta, należy stwierdzić, że nie pozwala on na uznanie zarzutów Zamawiającego za potwierdzone. Po pierwsze, Odwołujący nie przedstawił dowodu jednoznacznie wykazującego, że producenci inni niż Dell nie są w stanie zaoferować komputerów spełniających wymogi OPZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wymagałoby to wykazania, że nie istnieje komputer inny niż Dell, który spełnia wymogi OPZ, co byłoby dowodem niemożliwym. Wystarczającym w ocenie Izby byłoby uzyskanie oświadczeń producentów w tym zakresie, które pozwalałyby na stwierdzenie, że przynajmniej istotna część z nich sprzętu takiego zaoferować nie może. Odwołujący nie przedstawił takiego dowodu nawet w odniesieniu do producenta HP, który pozwoliłby na jednoznaczne stwierdzenie, że producent ten nie jest w stanie zaoferować komputera spełniającego wymogi OPZ. Należy zwrócić uwagę, że złożeniem takiego oświadczenia producenci byłiby zainteresowani, skoro mogłoby to doprowadzić, w przypadku zmiany ww. parametrów, do otwarcia postępowania na ich produkty. Przedłożenie tego typu dowodu nabiera szczególnego znaczenia wobec przedłożenia kontrdowodu o takim charakterze przez Zamawiającego – już wraz z odpowiedzią na odwołanie, zatem przed drugim terminem rozprawy, do której zamknięcia Odwołujący mógł dowody przedkładać. Zamawiający przedłożył oświadczenia pochodzące od producentów sprzętu (Dell i Fujitsu), że posiadają w asortymencie komputery spełniające całość wymogów OPZ. O ile oświadczenie Dell pozostaje bez wpływu na ocenę zarzutów – wobec braku sporu, iż urządzenia tego producenta spełniają wymogi – o tyle oświadczenie Fujitsu obala tezę o wskazaniu na jednego tylko producenta. Odwołujący nie podważył skutecznie tego dowodu, co więcej – koresponduje on z ww. opinią biegłego. Biegły bowiem wskazał, że Fujitsu spełnia kwestionowane wymogi, natomiast nie spełnia innych – wymogi te nie były jednakże

powołane w odwołaniu, Odwołujący nie podnosił, ażeby były nadmiernymi i ograniczającymi konkurencję. Ponadto należy mieć na uwadze, że biegły odniósł się do jednego, konkretnego modelu komputera Fujitsu, zatem nie można wykluczyć, że istnieje inny komputer spełniający wszystkie wymogi OPZ – którego to dotyczyło ww. oświadczenie Fujitsu. Dodatkowo oświadczenie Fujitsu pokrywa się również z dowodami przedłożonymi przez przystępującego T-Systems Polska Sp. z o.o., który przedłożył zdjęcia ekranów komputerów Dell, Lenovo i Fujitsu, na których w systemie BIOS wyświetlane są logi o incydentach otwarcia obudowy, dowód ten nie był kwestionowany przez Odwołującego. Całość materiału dowodowego przedłożonego przez Odwołującego oraz wywodzone okoliczności odnosiły się zatem w zasadzie do 4 modeli komputerów czterech producentów, z których w dodatku jeden wprost oświadczył, że posiada w asortymencie sprzęt spełniający wymogi OPZ. Mając na uwadze powyższe okoliczności, nie sposób uznać, że Odwołujący dowiódł, że kwestionowane wymagania mają na celu ograniczenie konkurencji i wskazanie konkretnego producenta.

W tym miejscu wskazać należy, że Izba nie dopuściła w toku rozprawy do przeprowadzenia dowodu z okazania komputera Fujitsu, albowiem dowód mógłby ten dowieść jedynie, że ten konkretny komputer z konkretną wersją BIOS spełnia bądź nie spełnia wymagań OPZ i jako taki pozostawał bez znaczenia dla ustalenia okoliczności sprawy oraz powołany został dla zwłoki.

Jednakże, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, nie podważanym przez Zamawiającego i uczestników, omawiane parametry przynajmniej utrudniają złożenie oferty opartej o produkty HP. Należało zatem zbadać, czy ich sformułowanie podyktowane było rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego. Odwołujący podnosił, że wymóg zapisywania zdarzeń procedury POST jest bezcelowy, bowiem logi nie będą odczytywane na poziomie lokalnym. Wywodził, że wobec wymagania przez Zamawiającego dostawy komputerów zarządzanych zdalnie, wymóg odczytywania logów na poziomie lokalnym jest zbędny i archaiczny.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest nieprzekonująca. Po pierwsze, założenie braku odczytywania logów przez administratorów lokalnych, znajdujących się w jednostkach prokuratury, nie znajduje żadnego potwierdzenia i zostało podważone racjonalną i spójną argumentacją Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że w ramach systemu funkcjonują dwie linie wsparcia – administratorzy lokalni, mający fizyczny dostęp do obsługiwanych komputerów oraz administratorzy centralni z dostępem zdalnym. Logicznym jest, że dla fizycznej obsługi hardware'u, konieczne jest funkcjonowanie administratora lokalnego. Powinien on mieć również możliwość uzyskania informacji o zdarzeniach zaistniałych w toku procedury POST bezpośrednio z BIOS, np. w przypadku

awarii sieci, bądź celowego działania użytkownika, który uniemożliwi przekazanie logów do systemu zdalnego zarządzania.

Po drugie, zgodnie ze złożoną przez Zamawiającego notą techniczną Infonet Projekt SA, system centralnego zarządzania, którym Zamawiający będzie dysponował, nie realizuje funkcji określonej w parametrze SP18. Odwołujący dla podważenia rzeczonego dowodu podniósł, że nie stanowi on dokumentu ponieważ nie jest podpisany oraz odnosi się do notebooka, którego konfiguracja nie pozwala na zdalny odczyt pewnych funkcji. Przystępujący po stronie Zamawiającego HP Inc. Sp. z o.o. podniósł z kolei, że dotyczy on systemu który nie komunikuje się w niezbędnym zakresie z BIOS. Izba uznała, że ww. dowód nie został skutecznie podważony. Wskazać należy, że zgodnie z art. 77³ Kodeksu cywilnego, dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Niewątpliwie rzeczona nota techniczna, przedłożona w postaci wydruku wiadomości email umożliwiała zapoznanie się z jej treścią, nie można zatem odmówić jej waloru dokumentu. Co więcej, nota umożliwia identyfikację osoby będącej jej autorem – pan S.D., Dyrektor Działu Oprogramowania Infonet Projekt SA. Zgodnie z art. 77² Kodeksu cywilnego, stanowi to wymóg dla zachowania formy dokumentowej oświadczenia woli, nie można zatem uznać, że nie jest wystarczające dla oświadczenia wiedzy, jakim jest ww. nota. W przedmiocie odnoszenia się noty jedynie do notebooka, należy zaznaczyć, że zgodnie z jej treścią, dotyczy ona również komputerów stacjonarnych – *„Komunikacja systemu ITManager z BIOS płyty głównej urządzenia (ze szczególnym uwzględnieniem komputerów – stacji roboczych – typu stacjonarnego oraz mobilnego) (...)”*. Twierdzenie Odwołującego w tym zakresie jest błędne, zostało ono oparte o zawarty ww. nocie zrzut ekranu dotyczący urządzenia Lenovo ThinkPad – notebooka. Ze względu jednak na ww. sformułowanie noty, jak i poprzedzające rzeczone zrzut ekranu wskazanie, że *„w obecnej wersji systemu odczytywane są parametry takie jak przedstawia poniższy zrzut ekranu”*, należy uznać, że zawarte na zrzucie ekranu informacje będą miały taki sam zakres również dla komputerów stacjonarnych. Z kolei za zbieżne z tezą omawianego dowodu należy uznać twierdzenie Przystępującego HP, bowiem przyznał, że nota techniczna dotyczy systemu, który nie współpracuje z BIOS. Skoro zatem jest to system, którym będzie dysponował Zamawiający, to tym bardziej zasadnymi są przedmiotowe parametry OPZ.

Odwołujący w odniesieniu do parametru SP19 podnosił także, iż jest to zdublowane wymaganie parametru SP13 pkt 5. Wymóg ten, w zakresie czujnika otwarcia budowy zawiera wskazanie *„musi posiadać czujnik otwarcia obudowy współpracujący z oprogramowaniem zarządzającym – diagnostycznym”*. Z kolei wymóg SP19 m.in. wymagał współpracy zaimplementowanego w BIOS systemu diagnostycznego z czujnikiem otwarcia obudowy oraz funkcjonalności *„zbierać logi i zapisywać je w BIOS”* (wykreślenia tej części

wymogu żądał Odwołujący). Analiza wskazanych zapisów OPZ jasno wykazuje, że kwestionowany wymóg SP19 nie stanowi zdublowania funkcjonalności SP13 pkt 5 *in fine*. Parametr SP13 zawiera wymóg, by obudowa posiadał czujnik otwarcia obudowy, współpracujący z oprogramowaniem zarządzającym – diagnostycznym. Z kolei wymóg parametru SP19 w kwestionowanym zakresie, po zmianie SIWZ w dniu 16.05.2018 r. wymagał współpracy BIOS z czujnikiem otwarcia obudowy oraz zbierania i zapisywania logów w BIOS. Nie budzi wątpliwości, że parametr SP19 nie określa wymogu zapewnienia drugiego czujnika otwarcia obudowy, a jedynie precyzuje, jak czujnik ten ma działać w zakresie współpracy z BIOS. Mając powyższe na uwadze, należy omawiany argument uznać za bezpodstawny.

Dodać w tym miejscu należy, że Zamawiający nie ma obowiązku formułowania OPZ w sposób, który umożliwi producentom zaoferowanie rozwiązań, która są „stosowane systemowo przez niektórych producentów i będące standardowymi” – na wykluczenie tej możliwości zaś wskazywał Odwołujący. Zamawiający ma prawo do indywidualnego ukształtowania OPZ tak, by poprzez określenie wymaganych parametrów i funkcjonalności, zapewnić zaspokojenie swoich uzasadnionych potrzeb (por. np. wyrok KIO z dnia 29.08.2017 r., KIO 1686/17).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, zaznaczyć należy, że Odwołujący nie powołał argumentacji dla jego uzasadnienia. Podnosił jedynie, że kwestionowane wymogi są bądź zdublowane bądź нефункционалне. Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w jeden ze sposobów – przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności (pkt 1) bądź przez odniesienie się do norm, ocen technicznych itp. (pkt 2). Całość argumentacji odwołania odnosi się do konkretnych funkcjonalności, kwestionując ich zasadność. Bezpodstawnym zatem jest zarzut, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia poprzez określenie funkcjonalności. Zamawiający w załącznikach do OPZ wprost funkcjonalności te wskazał, wobec czego nie był też obowiązany odnosić się do norm, ocen technicznych i innych powołanych w art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podstaw sporządzenia OPZ. Brak jest zatem podstaw dla stwierdzenia naruszenia art. 30 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba uznała za nieudowodnione i nie znajdujące potwierdzenia zarzuty odwołania dotyczące naruszenia ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....