

Warszawa, dnia 10 lipca 2014 roku

Do: Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: Comtegra Sp. z o.o.
ul. Puławska 474
02-884 Warszawa
fax: +48 22 311 18 01
e-mail: info@comtegra.pl

Zamawiający: Narodowy Fundusz Zdrowia
Śląski Oddział Wojewódzki w Katowicach
ul. Kossutha 13
40-844 Katowice
fax.: +48 32 735 16 36
e-mail: inwestycje@nfz-katowice.pl

Dotyczy: Postępowanie o udzielenie zamówienia nr 27/pn/2014

Nazwa zamówienia: postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „*Dostawa wraz z wdrożeniem elementów do rozbudowy istniejącej infrastruktury serwerowej Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia*”, dalej zwane „*Zamówieniem*”

Numer Dziennika Wspólnot Europejskich: 2014/S 122-216851

Ogłoszenie w witrynie TED:

<http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:216851-2014:TEXT:PL:HTML&tabId=1>

ODWOŁANIE

Działając w imieniu **Comtegra Sp. z o.o.** (dalej „**Odwołujący**”), na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 oraz art. 182 ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z. 2007 R., Nr 23, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „**UPZP**” lub „**PZP**”, wnoszę **odwołanie** od niezgodnej z przepisami **UPZP treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia** ogłoszonej przez **Zamawiającego**.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

1. **art. 7 ust. 1 UPZP** w zw. z **art. 29 ust 1 i 2 UPZP** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do uprzywilejowania jednego producenta/dostawcy/wykonawcy, który jest w stanie spełnić wymagania określone w SIWZ i dostarczyć wszystkie komponenty przedmiotu zamówienia tj. poprzez działanie w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.
2. **art. 29 ust. 3** poprzez nieuzasadnione wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych i produktów konkretnych producentów i nieprecyzyjne użycie opisu dotyczącego kategorii równoważności rozwiązań oferowanych przez innych dostawców;
3. **art. 7 ust. 1 UPZP** w zw. z **art. 29 ust 2 UPZP** poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia innemu wykonawcy złożenie oferty zawierającej rozwiązanie pochodzące od innego producenta niż HP.



4. art. 7 ust. 1 oraz 3 UPZP poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez prowadzenie postępowania w sposób uprzywilejowujący konkretnego producenta.

Wskazując na powyższe, w imieniu Odwołującego się wnoszę o:

1. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian postanowić SIWZ i jej załączników w sposób zgodny z art. 7 ust. 1 i 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. w następujący sposób:
 - 1.1. zmianę zapisu Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia – str. 2, pkt 4, przez zmianę wymaganej do rozbudowy minimalnej ilości portów FC 8Gb/s z 96 do 64;
 - 1.2. zmianę zapisu Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia – str. 3, pkt 8, akapit „Migawkowe kopie danych”, przez zmianę wymaganej minimalnej ilości kopii per wolumen logiczny ze 128 na 32;
 - 1.3. zmianę zapisu Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia – str. 6, pkt 1, przez zmianę zapisu dotyczącego architektury oferowanej macierzy dyskowej na: „Architektura oparta o protokół SAS 6Gb/s lub FC 4Gb/s.”, lub całkowite usunięcie tego wymagania jak to ma miejsce przy opisie wymagań dla Macierzy Dyskowej dla Ośrodka Produkcyjnego;
 - 1.4. zmianę zapisu Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia – str. 6, pkt 2, przez zmianę zapisu dotyczącego obudowy oferowanej macierzy dyskowej na: „Musi mieć możliwość instalacji w szafie serwerowej rack 19. Wymagane jest dostarczenie szafy rack 19” o wysokości w zakresie od 190 do 205 cm o głębokości do 100 cm.”, czyli nadanie brzmienia wymagania dla Macierzy Dyskowej do Ośrodka Produkcyjnego (str. 2, pkt. 1);
 - 1.5. zmianę zapisu Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia – str. 7, pkt 10, akapit „Migawkowe kopie danych”, przez zmianę wymaganej minimalnej ilości kopii per wolumen logiczny ze 128 na 32;
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazuje, iż nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej. Ogłoszenie o Zamówieniu zostało opublikowane na stronach TED w dniu 28.06.2014 roku. Z kolei na stronie internetowej Zamawiającego SIWZ został ogłoszony w dniu 30.06.2014 roku http://www.nfz-keatowice.pl/?a=newsy_grupowanie&id=16&k0=06_o_nas&k1=05_przelargi. Wobec faktu iż zamówienie dotyczy dostaw o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 UPZP, niniejsze odwołanie złożone zostało z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt. 1) UPZP – to jest w terminie 10 dni od daty zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

UZASADNIENIE

1. Wykazanie naruszenia interesu

Odwołujący może liczyć na zawarcie umowy o realizację Zamówienia i w tym zakresie ma interes w jego uzyskaniu. W przypadku podtrzymania zapisów SIWZ w aktualnym brzmieniu Odwołujący może nie mieć możliwości złożenia oferty w Postępowaniu a co za tym idzie jego interes będzie naruszony, gdyż będzie pozbawiony możliwości realizacji Zamówienia.



2. Uzasadnienie zarzutów

W dniu 28 czerwca 2014 r. w Dzienniku Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o Zamówieniu. Dnia 30 czerwca 2014 r. na stronie internetowej Zamawiającego ogłoszony został SIWZ do Zamówienia.

Niezależnie od zarzutów wyżej podniesionych, wskazujemy, iż zgodnie z dyspozycją art. 42 ust. 1 UPZP *Specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.*

Biorąc pod uwagę powyższe, wskazujemy, iż odpowiednio do treści art. 182 ust.2 pkt 1 UPZP, Odwołujący zachował wyznaczone terminy na wniesienie odwołania od niezgodnych z obowiązującym porządkiem prawnym postanowień SIWZ, który liczy się w terminie 10 dni od daty zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego (tu 30.06.2014 r.). Odpowiednio do wyroku KIO o sygn. 887/12 z dn. 14 maja 2012 r. - *spójnik "lub" użyty w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP nie powoduje, że termin ten może być liczony od tego, że zdarzeń, które nastąpiło wcześniej.* Tym samym jednoznacznie świadczy to, iż Odwołujący może zastosować się do daty, która nastąpiła później i która wyraźnie odnosiła się do publikacji SIWZ.

W związku zawartymi w SIWZ zapisami, Odwołujący nie może pozostać bierny wobec naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, mającej bezpośredni związek z dyskryminacją potencjalnych wykonawców lub Odwołującego. W Opisie Przedmiotu Zamówienia, w części odnoszącej się do specyfikacji dotyczącej „*Macierzy dyskowej dla ośrodka produkcyjnego*” oraz „*Macierzy dyskowej dla ośrodka zapasowego*” Zamawiający na stronie 5 i 9 w pkt 8 – klaster rozległy – wymaga dostarczenia licencji umożliwiających uruchomienie klastra rozległego, geograficznie opartego o posiadane serwery z systemem HP-UX Serviceguard w wersji A.11.20.00 oraz dostarczone macierze. Zgodnie z warunkami i realiami panującymi na rynku, a także z opublikowanymi przez Hewlett-Packard informacjami na stronie Producenta „*Serviceguard Solution Documentation Index Page*”

Dowód:

http://b20566.www2.hp.com/portal/site/hpsc/template.BINARYPORTLET/public/ kb/docDisplay/resource/process/?spf_p.rst=kbDocDisplay_wsrp-6%257CdocLocale%253D%26javax.portlet.endCacheTok=com.vignette.cachetoken&spf_p.rst_kbDocDisplay=wsrp-resourceState%3DdocId%253Demr-na-d03592989-6%257CdocLocale%253D%26javax.portlet.endCacheTok=com.vignette.cachetoken

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

klaster rozległy HP Serviceguard Metrocluster dla HP-UX Serviceguard wspierany jest jedynie czterema typami macierzy dyskowych:

- HP 3Par z oprogramowaniem do zdalnej replikacji danych 3Par Remote Copy,
- HP EVA z oprogramowaniem do zdalnej replikacji danych Continuous Access EVA,
- HP XP z oprogramowaniem do zdalnej replikacji danych Continuous Access XP,
- EMC Symmetrix z oprogramowaniem do zdalnej replikacji danych EMC SRDF.

Mimo, iż w wymienionym katalogu możliwe jest zastosowanie rozwiązania innego niż HP producenta - EMC - w praktyce, ze względu na pozostałe wymagania techniczne zawarte w pozostałej części Opisu Przedmiotu Zamówienia dotyczącej macierzy dyskowej dla ośrodka podstawowego oraz ośrodka zapasowego należy zwrócić uwagę, że zostały tak skonstruowane aby faktycznie wyeliminować macierze dyskowe EMC Symmetrix oraz

umożliwić łączne spełnienie wszystkich wymagań jedynie wyłącznie przez macierze dyskowe HP.

Następujące zapisy SIWZ eliminują możliwość oferowania wszystkich modeli macierzy dyskowych z rodziny EMC Symmetrix – to jest VMAX 10k, VMAX 20k lub VMAX 40k:

- a) Zapisy dla macierzy dyskowej do ośrodka podstawowego:
- i. W punkcie 1 - Obudowa – wymaganie instalacji oferowanej macierzy dyskowej w szafie rack 19” eliminuje możliwość oferowania modeli EMC Symmetrix VMAX 20k oraz 40k, dopuszczając model EMC Symmetrix VMAX 10k.;
 - ii. W punkcie 4 - Porty zewnętrzne – wymaganie rozbudowy ilości portów FC do 96 bez możliwości wykorzystania dodatkowych przełączników lub koncentratorów FC eliminuje z możliwości oferowania model EMC VMAX 10k.;
 - iii. W punkcie 8 - Funkcjonalność, Migawkowe kopie danych – wymaganie wskazuje na możliwość wykonywania minimum 128 kopii migawkowych per wolumen co eliminuje z możliwości oferowania model EMC VMAX 10k.;

Tym samym, mimo że teoretycznie rozwiązania konkurencyjne, marki EMC jest dopuszczona, to w praktyce, przez szczegółowe i pozostałe zapisy SIWZ jedynie urządzenia marki HP mogą być zastosowane, nie wspominając także o rozwiązaniach innych producentów na rynku.

- b) Zapisy dla macierzy dyskowej do ośrodka zapasowego:
- i. W punkcie 1 - Architektura – wymaganie dotyczące zaoferowania macierzy z architekturą opartą o protokół SAS eliminuje z możliwości oferowania wszystkie macierze z rodziny EMC Symmetrix. Ważne podkreślenia jest, że wymagania to zostało pominięte w specyfikacji macierzy dyskowej do ośrodka podstawowego;
 - ii. W punkcie 2 - Obudowa – wymaganie instalacji oferowanej macierzy dyskowej w szafie rack po macierzy HP EVA 8100 eliminuje z możliwości oferowania modele EMC Symmetrix VMAX 20k oraz 40k, dopuszczając model EMC Symmetrix VMAX 10k.;
 - iii. W punkcie - Obudowa – wymaganie instalacji oferowanej macierzy dyskowej w szafie rack przy zajęciu nie więcej niż przestrzeni o wysokości nie większej niż 20U eliminuje z możliwości oferowania model EMC Symmetrix VMAX 10k.;
 - iv. W punkcie 8 - Funkcjonalność, Migawkowe kopie danych – wymaganie na możliwość wykonywania minimum 128 kopii migawkowych per wolumen eliminuje z możliwości oferowania model EMC VMAX 10k.

Wyżej wskazane zapisy SIWZ w sposób jednoznaczny skutkują tym, iż **produkty wyłącznie jednego producenta (HP) są w stanie spełnić postawione w nim wymagania.** W ocenie Odwołującego jedynie produkty marki HP dysponują wszystkimi wskazanymi przez Zamawiającego komponentami. Pozostali producenci nie mają w ofercie wszystkich powyższych komponentów, tak żeby można było stworzyć z nich w całości jednolity system pochodzący wyłącznie od jednego producenta.

Obecnie wszystkie środowiska informatyczne to środowiska heterogeniczne (pochodzące od wielu dostawców), które współpracują ze sobą bez problemów, bowiem każdy producent dba o kompatybilność z komponentami innych producentów i tworzy tzw. listy kompatybilności, na których znajduje się sprzęt lub oprogramowanie, które współpracuje z oferowanym produktem konkurencyjnym bez problemów. Mając powyższe na uwadze uznać należy, iż nie ma żadnego uzasadnienia, dla zapisu nakazującego aby komponenty systemu pochodziły od jednego producenta. Zaś jedyny zapis, wskazany powyżej i odnoszący się do produktów innego niż HP producenta (EMC) jedynie na pierwszy rzut oka pozwala na zastosowanie elementu dostarczanego przez podmiot trzeci, gdyż pozostałe zapisy SIWZ eliminują innych producentów z udziału w postępowaniu.

Dla wykazania prawdziwości swoich twierdzeń pragniemy wskazać, iż w specyfikacji obu macierzy dyskowych występuje szereg parametrów, które łącznie opisują konkretne modele macierzy dyskowych z rodziny HP 3Par StoreServ, odpowiednio:

a) Zapisy dla macierzy dyskowej do ośrodka podstawowego, model HP 3Par StoreServe 10400:

- i. W punkcie 1 - obecność na liście wsparcia klastra rozległego HP Serviceguard Metrocluster;
- ii. Pominięcie zapisu dotyczącego architektury SAS (zawartego w wymaganiu dla macierzy do ośrodka zapasowego) – macierz dyskowa HP 3Par StoreServe 10400 wykorzystuje architekturę FC-AL: dokumentacja Producenta "HP 3Par StoreServ 10000 Storage Physical Planning Manual"; Dowód: http://h20628.www2.hp.com/km-exst/kmcsdirect/emr_na-c03101890-9.pdf
- iii. W punkcie 2 - Przestrzeń dyskowa – możliwość rozbudowy do min. 900 dysków – dokumentacja Producenta „HP 3Par StorServ 10000 Storage QuickSpec”; Dowód: <http://www8.hp.com/h20195/v2/GetDocument.aspx?docname=c04164475&search=3par10000>
- iv. W punkcie 3 - Wolumeny logiczne – wsparcie dla wolumenów logicznych o wielkości 16TB – dokumentacja Producenta HP EVA to 3Par Online Import Migration Guide; Dowód: http://h20565.www2.hp.com/portal/site/hpsc/template.BINARYPORTLET/public/ kb/docDisplay/resource/process/?spf.p.tst=kbDocDisplay_wsr_BI&spf.p.rid.kbDocDisplay=docDisplayResourceURL&javax.portlet.begCacheTok=com.vignette.cachetoken&spf.p.rst.kbDocDisplay=wsrp-resourceState%3DdocId%253Dcmr_na-c03597451-2%257C.docl_ncale%253D&javax.portlet.endCacheTok=com.vignette.cachetoken

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

- v. W punkcie 5 - Kontrolery – oferowana macierz musi być wyposażona 2 kontrolery z możliwością rozbudowy do min. 4 – dokumentacja Producenta „HP 3Par StorServ 10000 Storage QuickSpec”; Dowód: <http://www8.hp.com/h20195/v2/GetDocument.aspx?docname=c04164475&search=3par10000>

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

- vi. W punkcie 4 - Porty zewnętrzne – możliwość rozbudowy do 96 portów – dokumentacja Producenta „HP 3Par StorServ 10000 Storage QuickSpec”; Dowód: <http://www8.hp.com/h20195/v2/GetDocument.aspx?docname=c04164475&search=3par10000>

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

- vii. W punkcie 5 - Pamięć cache – oferowana macierz musi być wyposażona w min. 192GB pamięci cache z możliwością rozbudowy do 384GB – dokumentacja Producenta „HP 3Par StorServ 10000 Storage QuickSpec”; Dowód: <http://www8.hp.com/h20195/v2/GetDocument.aspx?docname=c04164475&search=3par10000>

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

- b) Zapisy dla macierzy dyskowej do ośrodka zapasowego, model HP 3Par StoreServe 7400:
- i. W punkcie 1 - Obecność na liście wsparcia klastra rozległego HP Serviceguard Metrocluster;
 - ii. W punkcie 1 - Architektura – zapis dotyczący architektury SAS intencjonalnie pominięty przy specyfikacji macierzy do ośrodka podstawowego w celu możliwości zaoferowania modelu HP 3Par StoreServ 10400; model HP 3Par StoreServe 7400 posiada architekturę wewnętrzną SAS – dokumentacja Producenta „HP 3Par StoreServ 7000 Storage Installation Guide”; Dowód: http://h20628.www2.hp.com/km-ext/kmcsdirect/emr_na-c03606625-9.pdf

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

- iii. W punkcie 3 - Przestrzeń dyskowa – możliwość rozbudowy do min. 460 dysków – dokumentacja Producenta „HP 3Par StorServ 7000 Storage QuickSpec”; Dowód: <http://www8.hp.com/h20195/v2/GetDocument.aspx?docname=c04164476&search=3par 7000>

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

- iv. W punkcie 4 - Wolumeny logiczne – wsparcie dla wolumenów logicznych o wielkości 16TB – dokumentacja Producenta HP EVA to 3Par Online Import Migration Guide; Dowód:

http://h20565.www2.hp.com/portal/site/hpsc/template.BINARYPORTLET/public/ kb/ docDisplay/resource.process/?spfl p.tpst=kbDocDisplay ws BI&spfl p.rid kbDocDisplay=docDisplayReURL&javax.portlet.begCacheTok=com.vignette.cachetoken&spfl p.rst kbDocDisplay=wsrp-resourceState%3DdocId%253Ddemr_na-c03597451-2%257C.docLocale%253D&javax.portlet.endCacheTok=com.vignette.cachetoken

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

- v. W punkcie 5 - Kontrolery – oferowana macierz musi być wyposażona 2 kontrolery z możliwością rozbudowy do min. 4 – dokumentacja Producenta „HP 3Par StorServ 7000 Storage QuickSpec”; Dowód: <http://www8.hp.com/h20195/v2/GetDocument.aspx?docname=c04164476&search=3par 7000>

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

- vi. W punkcie 6 - Porty zewnętrzne – możliwość rozbudowy do min. 16 portów FC – dokumentacja Producenta „HP 3Par StorServ 7000 Storage QuickSpec”; Dowód: <http://www8.hp.com/h20195/v2/GetDocument.aspx?docname=c04164476&search=3par 7000>

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

- vii. W punkcie 7 - Pamięć podręczna – minimum 32GB z możliwością rozbudowy do 64GB – dokumentacja Producenta „HP 3Par StorServ 7000 Storage QuickSpec”. Dowód: [tp://www8.hp.com/h20195/v2/GetDocument.aspx?docname=c04164476&search=3par 7000](http://www8.hp.com/h20195/v2/GetDocument.aspx?docname=c04164476&search=3par 7000)

Niezależnie od powyższego do Odwołania w toku postępowania dostarczony zostanie wydruk + tłumaczenie powyższego opisu.

Powyższe jednoznacznie wskazuje na zamknięcie kręgu ewentualnych wykonawców i producentów poprzez zastosowanie takich wymogów, które faktycznie wykluczają z postępowania innych niż HP producentów.

Zmiana zapisu umożliwiająca stosowanie elementów różnych producentów, pod warunkiem zachowania ich wzajemnej kompatybilności dopuści rozwiązania innych producentów, a co za tym idzie w efekcie nie będą naruszane zasady uczciwej konkurencji oraz tworzenia specyfikacji i zapewni równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie taki zapis da najlepsze zabezpieczenie interesu Zamawiającego oraz pewność, że całość rozwiązania na pewno będzie działać poprawnie.

Scharakteryzowane w postanowieniach Opisu Przedmiotu Zamówienia szczegółowe wymagania, które jedynie pro forma ustanawiają możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych, przy obecnym brzmieniu w praktyce je wykluczają. Macierz dyskowa, w ocenie Odwołującego stanowi w zasadzie charakterystykę produktu marki HP dostępnego na rynku, a mianowicie modelu HP 3Par z oprogramowaniem do zdalnej replikacji danych 3Par Remote Copy. Według fachowej wiedzy Odwołującego, żaden inny producent nie posiada macierzy i sprzętu spełniającego jednocześnie wszystkie minimalne wymagania Zamawiającego o określonej w SIWZ specyfikacji.

Takie praktyki, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 grudnia 2013 r. KIO 2833/13 zostały uznane za naruszające przepisy prawa. Jak wskazano w w/w wyroku *naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 PZP i powtórzonej w art. 29 ust. 2 PZP jest rażącym naruszeniem przez zamawiającego przepisów prawa. Co więcej, już samo nieuzasadnione wskazanie produktów jednego producenta jest nieprawidłowe.* W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wskazał wprost nazwy produktu, jednak określił go w sposób na tyle precyzyjny aby żaden inny produkt nie spełniał wszystkich wymagań łącznie i w efekcie tylko produkty HP wskazane w SIWZ spełniają wymagania Zamawiającego.

Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może wystąpić na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikać z działania, jak i z zaniechania zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem opisuje produkty konkretnego producenta. Wskazać należy, iż to na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lipca 2012 r., KIO 1306/12 *utrudnianiem dostępu do rynku może być każde nieuczciwe działanie innego przedsiębiorcy, które powoduje eliminowanie z wolnej gry rynkowej innych przedsiębiorców rzetelnie oferujących swoje towary czy usługi.* Odnosząc przedstawione powyżej orzeczenie do przedmiotowej sytuacji wskazać należy, iż zarówno wymóg produkcji wszystkich komponentów systemu oraz oprogramowania przez jednego producenta, jak i przedstawione w SIWZ dane techniczne przedmiotu zamówienia powinny zostać potraktowane jako wymagania przedstawione jedynie w celu wyłonięcia konkretnego wykonawcy.

Występujące w niniejszym postępowaniu wymagania stawiane przez Zamawiającego niewątpliwie należy uznać za nadmierne i nie wynikające w żaden sposób z jego uzasadnionych potrzeb, bowiem zarówno komponenty stworzone przez jednego producenta, jak i komponenty stworzone przez wielu producentów zawierające potwierdzenie kompatybilności danego elementu z pozostałymi komponentami zachowuje te same właściwości techniczne oraz

zapewnia ten sam poziom świadczenia usług. W ocenie Odwołującego brak jest również przeciwwskazań dla stosowania urządzeń innego producenta, jeśli pozostałe parametry dotyczące ich wydajności pozostają w zgodzie z założeniami Zamawiającego. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. KIO 3027/13 *stosownie do brzmienia art. 7 ust. 1 PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Z zasady tej wynika, że zamawiający nie może ograniczyć konkurencji określając nadmierne warunki udziału w postępowaniu, a zatem wszyscy potencjalni wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia powinni mieć możliwość ubiegania się o dane zamówienie.*

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. KIO 49/14 wskazano, iż *zasada równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 PZP, wyraża się w konieczności równego traktowania wykonawców na wszystkich etapach postępowania, a nie tylko na etapie badania ofert. Obowiązek równego traktowania dotyczy wszystkich wykonawców, a zatem i takich, którzy wskutek wady postępowania nie zdecydowali się złożyć własnej oferty, ze względu na wadliwe brzmienie SIWZ.*

Co więcej, również orzecznictwo jurysdykcyjne w postaci Sądu Apelacyjnego w Warszawie w wyroku z dn. 24 stycznia 2012 r. o sygn. VI ACa 965/11 stwierdził, iż *przygotowanie o przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 PZP. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. – zaś z taką sytuacją bez wątpienia nie mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Zasada obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie musi być przez Zamawiającego traktowana priorytetowo.*

Odwołujący podnosi, iż określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia wymagane minimalne parametry techniczne sprzętu powinny odnosić się do jego właściwości użytkowych, które mogłyby rozróżnić elementy na lepsze lub gorsze z punktu widzenia Zamawiającego. Określone zaś parametry techniczne sprzętu powinny być spełnione łącznie. Z tych względów istotna z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego konieczność pozyskania elementów o określonych parametrach użytkowych winna znajdować uzasadnienie we wszystkich określonych parametrach technicznych istniejących łącznie. Przy tym nie jest dopuszczalna taka konfiguracja parametrów - jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - która wskazywałaby na produkt tylko jednego producenta, jeżeli istnieją produkty o zbliżonych parametrach technicznych innych producentów, których właściwości użytkowe odpowiadają istotnym i usprawiedliwionym potrzebom Zamawiającego - produkty równoważne. Sytuacja, w której istnieje szereg produktów zachodzi w szczególności w przypadku rynku informatycznego. Na rynku tym są bowiem dostępne elementy różnych producentów, których szczegółowe parametry techniczne mogą różnić się między sobą. Jednakże, pomimo tych różnic sprzęt ten posiada tożsame walory użytkowe, których istnienie determinuje ocenę przydatności dla Zamawiającego. Celem procedur udzielania zamówień publicznych jest zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania w sprawie udzielania zamówienia publicznego, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochrona rynku, który powinien być zorganizowany przy zachowaniu zasady równości wszystkich uczestniczących w nim podmiotów.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 UPZP zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Jednocześnie zgodnie z art. 29 ust. 2 PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazane przepisy służą realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 PZP. Dla uznania zaś naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy wystarczające jest takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które spowoduje ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. W przypadku, gdy zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, że wskazuje na konkretny produkt mamy do czynienia z rażącym naruszeniem niniejszej normy, zaś z takim przypadkiem mamy do czynienia w realiach niniejszej sprawy, gdzie Zamawiający tak określił przedmiot zamówienia, że łącznie parametry techniczne w nim wskazane spełniały urządzenia tylko jednego producenta - HP. Zapis SIWZ wskazujący na możliwość dostawy urządzeń równoważnych, przy jednoczesnym opisanie konkretnych wymogów wyraźnie pozwalających na użycie tylko jednego producenta, pozostaje w istocie nierealny. Jeżeli Zamawiający chciał rozbudować posiadane urządzenia marki HP o nowe elementy wyprodukowane przez tego samego producenta to mógł zastosować inny tryb udzielania zamówień publicznych. Jeżeli jednak zdecydował się na przetarg ograniczony, to nie może to oznaczać pełnej dowolności w kształtowaniu wymogów uczestnictwa eliminujących przedstawicieli innych producentów.

Okoliczności te uzasadniają tezę, iż przedmiot zamówienia został opisany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób umożliwiający utrudnienie uczciwej konkurencji, a w ustalonej sytuacji nie zachodzi wyjątek przewidziany w art. 29 ust. 3 PZP. Zamawiający zobowiązany jest zawsze do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Zatem, bardzo precyzyjne określenie parametrów technicznych urządzeń, które w rzeczywistości spełnia sprzęt tylko jednego producenta niewątpliwie ogranicza uczciwą konkurencję, eliminując z góry innych producentów. Nie można, więc mówić o jednakowym traktowaniu wszystkich oferentów lub zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, jeżeli przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt. Produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego. Wystarczające jest, iż wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są w taki sposób, że aby je spełnić, Wykonawca może dostarczyć tylko jeden konkretny produkt występujący na rynku.

Respektując wyżej wskazane zasady, orzecznictwo i informacje, Zamawiający zobligowany jest do zmiany SIWZ i dostosowania jego treści do stanu zgodnego z obowiązującym porządkiem prawnym.

Mając powyższe na względzie, niniejsze odwołanie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Piotr Jelski

Przewodniczący Zarządu

Przewodniczący Zarządu

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu.
2. Odpis z KRS Odwołującego.
3. Potwierdzenie przekazania Odwołania Zamawiającemu.