

Bydgoszcz, dnia 28 września 2020r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Immitis Sp. z o.o. w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 83, 85-009 Bydgoszcz; tel.: +48 523390600, faks: +48 523390611, e-mail: przetargi@immitis.pl

reprezentowany przez:

Adwokata Bartosza Mikołajczyka- Pełnomocnika,
Kancelaria Hermelin, Magdziarz, Mikołajczyk Sp.p. Adwokatów i Radców Prawnych, ul. Jana Kazimierza 4, 85-035 Bydgoszcz, tel. + 48 52 524 62 51, e-mail: biuro@kancelaria-hmm.pl

Zamawiający:

Komenda Stołeczna Policji w Warszawie, Wydział Zamówień Publicznych, ul. Nowolipie 2, 00-150 Warszawa, tel.: +48 477237862 (zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu), +48 477238608 (zgodnie z SIWZ), faks: +48477237642, e-mail: anna.kukawka@ksp.policja.gov.pl; zamowienia@ksp.policja.gov.pl,

dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 139 000 EURO w celu zawarcia umowy ramowej na:

*„Dostawy zestawów komputerowych” (dalej **Postępowanie**)*

znak (nr referencyjny) postępowania nadany przez Zamawiającego:

WZP-4210/20/225/ł

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Wykonawcy IMMITIS Sp. z o. o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Immitis**”), jako dalszy pełnomocnik, ustanowiony do reprezentowania **Odwołującego** przez Przemysława Smętka- pełnomocnika umocowanego przez Adama Sawczuka- Prezesa Zarządu uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji Immitis Sp. z o.o., na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 PZP, art. 182 ust. 1 pkt 1 i 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm., dalej: „**PZP**”), **wnoszę niniejsze odwołanie.**

I. Zaskarżone czynności lub zaniechania

1. czynność Zamawiającego – zmiany Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) dokonane odpowiednio sprostowaniem z dnia 16.09.2020r. (opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 180-434431) oraz ogłoszeniem o zmianie z dnia 16.09.2020r. (znak pisma WZP- 4944/421920), polegające na:
 - 1.1. wprowadzeniu wymogu przedłożenia na żądanie Zamawiającego dokumentu, potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego w postaci oświadczenia o zgodności oferowanego sprzętu z systemem operacyjnym Windows w programie Windows Hardware Compatibility Program potwierdzonego wydrukiem ze strony <https://partner.microsoft.com/en-us/dashboard/hardware/search/cpl>, mimo uprzednio dwukrotnego (w odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 01.09.2020r. oraz 07.09.2020r.) odrzucenia wprowadzenia takiego wymogu i mimo braku możliwości dostosowania przez Wykonawców ofert do w/w wymogu w tak krótkim czasie, jaki pozostał pomiędzy opublikowaniem w/w zmiany a wyznaczonym terminem składania ofert,
 - 1.2. przedłużeniu terminu składania ofert do dnia 28 września 2020r., godz. 11:00 oraz zmianie terminu otwarcia ofert na dzień 28 września 2020r. godz. 11:30, zamiast o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach;

a w konsekwencji również:

2. zaniechanie Zamawiającego, polegające na nieprzedłużeniu terminu składania ofert o czas niezbędny do przygotowania ofert i wprowadzenia w nich ewentualnych zmian;

a nadto:

3. treść ogłoszenia o zamówieniu w brzmieniu nadanym po zmianie z dnia 16.09.2020r. oraz treść SIWZ – w brzmieniu nadanym zmianami z dnia 16.09.2020r., w zakresie, w jakim Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego będzie żądał przedłożenia *oświadczenia o zgodności oferowanego sprzętu z systemem operacyjnym Windows w programie Windows Hardware Compatibility Program **potwierzonego wydrukiem ze strony <https://partner.microsoft.com/en-us/dashboard/hardware/search/cpl>***, tj. w zakresie odpowiednio sekcji VI.3 *Informacje dodatkowe* pkt 4 lit. i) Ogłoszenia o zamówieniu w brzmieniu nadanym sprostowaniem z dnia 16.09.2020r. oraz Rozdziału VI lit. i) i Rozdziału XVII § 7 ust. 4 lit. h) SIWZ w brzmieniu po zmianie z dnia 16.09.2020r.

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

1. art. 25 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 PZP, polegające na żądaniu przedłożenia przez Wykonawców dokumentów zbędnych do przeprowadzenia postępowania, na potwierdzenie wymogu, który nie został postawiony, poprzez wskazanie w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wymogu przedłożenia dokumentu w postaci oświadczenia (potwierzonego wydrukiem ze strony Microsoft) o zgodności oferowanego sprzętu z systemem operacyjnym Windows w sytuacji, w której Zamawiający nie żądał takiej zgodności a nadto dopuścił dostawę sprzętu z systemem operacyjnym

innym niż Windows, określając w treści załącznika nr 1 do SIWZ *Opis Przedmiotu Zamówienia-Zestawy komputerowe* (dalej **OPZ**), pkt. 15 *System operacyjny* OPZ kryteria równoważności takiego systemu;

2. art. 29 ust. 1 – 3 w zw. z art. 7, polegające na pośrednim (poprzez określenie wymogu przedłożenia dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami Zamawiającego determinujących określone cechy oferowanych urządzeń, nieopisane wprost w treści OPZ) dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady proporcjonalności i w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez żądanie przedłożenia *oświadczenia o zgodności oferowanego sprzętu z systemem operacyjnym Windows w programie Windows Hardware Compatibility Program potwierdzonego wydrukiem ze strony <https://partner.microsoft.com/en-us/dashboard/hardware/search/cpl>*, w sytuacji, w której:
- wpis na stronę w/w programu nie stanowi obowiązku producentów urządzeń komputerowych, a jego brak nie wyklucza zgodności oferowanych urządzeń z systemem operacyjnym Windows, a tym samym jest to wymóg sztuczny i nadmiarowy, ograniczający konkurencję
 - tak postawiony wymóg dyskryminuje polskich producentów sprzętu komputerowego, spełniającego wszelkie wymogu SIWZ, którzy nie dokonują odgórnie wpisu wszystkich swoich urządzeń na w/w listę
 - tak postawiony wymóg skutkuje faworyzowaniem przez Zamawiającego urządzeń wyposażonych w system operacyjny Windows (pośrednio- wyłączeniem teoretycznie dopuszczonej możliwości zaoferowania alternatywnego, równoważnego systemu operacyjnego)

ewentualnie również:

3. art. 12a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 7 PZP, polegające na nieprzedłużeniu przez Zamawiającego terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach wobec wprowadzenia zmian w treści SIWZ o charakterze istotnym, skutkującym koniecznością albo certyfikacji (wpisu na w/w listę) oferowanych urządzeń, albo- wyborem zupełnie odmiennych urządzeń, aniżeli pierwotnie przewidziane do zaoferowania, a tym samym prowadzenie postępowania bez zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji i w sposób dyskryminujący polskich producentów sprzętu komputerowego, którzy nie dokonują odgórnie wpisu wszystkich swoich urządzeń na w/w listę producenta Microsoft, jak również poprzez faworyzowanie urządzeń wyposażonych w system operacyjny Windows.

III. Stawiając powyższe zarzuty wnoszę o:

1. merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania w całości- na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedstawione w toku postępowania, w tym wskazanych w treści uzasadnienia, na okoliczności, na które zostaną powołane;
- 4.1. unieważnienie czynności zmiany ogłoszenia o zamówieniu i zmiany treści SIWZ z dnia 16.09.2020r. a w konsekwencji – nakazanie Zamawiającemu wykreślenia:
 - 4.1.1. lit. i z rozdziału VI SIWZ
 - 4.1.2. lit. h z rozdziału XVII § 7 ust. 4 SIWZ oraz
 - 4.1.3. lit. i z sekcji VI.3 pkt. 4 ogłoszenia o zamówieniu

ewentualnie:

- 4.2. nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach proporcjonalnie do wagi wprowadzonej zmiany, tj. o dalsze 24 dni;
5. zasądzenie od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedłożonym na rozprawie rachunkiem.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej 139 000 EURO w celu zawarcia umowy ramowej na *Dostawy zestawów komputerowych*, znak (nr referencyjny) WZP-4210/20/225/Ł (dalej **Postępowanie**). Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.08.2020 roku pod numerem 158-385291, a SIWZ w tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego- platformie zakupowej. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 17.08.2020r. godz. 11:00.

dowód: dokumentacja postępowania- ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ wraz z OPZ i pozostałymi załącznikami,

Zamawiający w toku postępowania udzielał odpowiedzi na pytania Wykonawców. W dniu 01.09.2020r. a następnie w dniu 07.09.2020r. odpowiadając na pytanie nr 3 (w obu przypadkach) Zamawiający odrzucił sugerowaną przez pytającego zmianę SIWZ polegającą na wprowadzeniu wymogu potwierdzenia zgodności zaoferowanych urządzeń z zaoferowanym systemem operacyjnym certyfikatem wystawionym przez firmę Microsoft w programie Windows Hardware Compatibility Program, dostępnym na stronie <https://partner.microsoft.com/en-us/dashboard/hardware/search/cpl>.

dowód: dokumentacja postępowania- odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 01.09.2020r. oraz z dnia 07.09.2020r.

Mimo powyższego, w drodze sprostowania ogłoszenia i zawiadomienia o zmianie treści SIWZ opublikowanych w dniu 16.09.2020r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia o

zamówieniu, wprowadzając do nich postanowienia odpowiednio: Rozdziału VI lit. i) i rozdziału XVII § 7 ust. 4 lit h) SIWZ a także sekcji VI.3 *Informacje dodatkowe* pkt. 4 lit. i Ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którymi Zamawiający, na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, będzie żądał od Wykonawców przedłożenia *oświadczenia o zgodności oferowanego sprzętu z systemem operacyjnym Windows w programie Windows Hardware Compatibility Program potwierdzonego wydrukiem ze strony <https://partner.microsoft.com/en-us/dashboard/hardware/search/cpl>*. Jednocześnie Zamawiający przedłużył termin składania ofert do dnia 28.09.2020r. do godz. 11:00.

dowód: dokumentacja postępowania- sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 16.09.2020r., zawiadomienie o modyfikacji treści SIWZ z dnia 16.09.2020r.

W treści SIWZ (zarówno pierwotnej, jak i po zmianie z dnia 16.09.2020r.) nie znalazł się wymóg zgodności oferowanych urządzeń z systemem operacyjnym Windows. Co więcej, w treści załącznika nr 1 do SIWZ *Opis Przedmiotu Zamówienia - Zestawy komputerowe* (dalej **OPZ**) w pkt. 15 tabeli wyraźnie wskazano, iż Zamawiający dopuszcza dostarczenie urządzeń z systemem operacyjnym równoważnym do Windows.

dowód: dokumentacja postępowania- SIWZ wraz z załącznikami, w tym OPZ w wersji pierwotnej i po zmianie z dnia 16.09.2020r.

II. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w myśl art. 179 ust. 1 PZP, jest bowiem podmiotem w pełni zdolnym i realnie zainteresowanym wykonaniem przedmiotu zamówienia. Dokonane zmiany SIWZ oraz etap postępowania, na którym je wprowadzono, czyni jednak powyższą zdolność iluzoryczną i uniemożliwia mu złożenie w niniejszym postępowaniu oferty konkurencyjnej, skutkując utratą możliwości zawarcia z Zamawiającym umowy na realizację zamówienia.

Tym samym Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody majątkowej w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby z realizacji uzyskanego ewentualnie zamówienia. Uwzględnienie odwołania umożliwi z kolei Odwołującemu złożenie oferty i udział w postępowaniu, a w dalszej kolejności- uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z Zamawiającym.

III. ZARZUTY

1. Zarzut naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 PZP

W myśl art. 7 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Pochodną wyrażonej w tym przepisie zasady proporcjonalności jest m.in. norma art. 25 ust. 1 PZP, określająca zakres swobody Zamawiającego w żądaniu od Wykonawców przedstawienia określonych dokumentów. Stosownie do tego przepisu Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia **może żądać wyłącznie oświadczeń lub**

dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, o ile wskazał je w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W niniejszym Postępowaniu, zaskarżoną zmianą SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał na wymóg przedłożenia dokumentów, które dla przeprowadzenia Postępowania są zbędne, albowiem mają na celu potwierdzenie spełniania przez oferowane urządzenia wymogu, który nie został postawiony. Zamawiający nie żądał bowiem, by oferowane urządzenia były zgodne z systemem Windows, co jest o tyle oczywiste, że dopuścił dostawę urządzeń wyposażonych w system operacyjny równoważny do Windows (vide pkt. 15 tabeli OPZ). W konsekwencji niedopuszczalne i skutkujące ograniczeniem uczciwej konkurencji oraz naruszeniem zasady proporcjonalności jest żądanie przedłożenia oświadczenia o wystąpieniu takiej zgodności, potwierdzonego wydrukiem ze strony internetowej producenta oprogramowania Microsoft.

2. zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 – 3 w zw. z art. 7 PZP

W ocenie Odwołującego na skutek wprowadzonych przez Zamawiającego zmian doszło *de facto*- do zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia, albowiem wprowadzony wymóg przedłożenia określonych oświadczeń i dokumentów doprowadził do wytworzenia dodatkowego, nieistniejącego w dacie publikacji pierwotnej SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wymogu względem oferowanych urządzeń. W efekcie tak skonstruowany SIWZ i OPZ naruszają zasadę proporcjonalności i obowiązek prowadzenia postępowania (w tym konstruowania opisu przedmiotu zamówienia) z zachowaniem uczciwej konkurencji, a nadto- zakaz opisywania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych (tu- *Windows*), w sposób eliminujący niektórych Wykonawców i faworyzujący innych. Wprowadzone zmiany Ogłoszenia i SIWZ powodują, że po pierwsze- zawarte w pkt. 15 OPZ dopuszczenie zaoferowania równoważnego do Windows systemu operacyjnego staje się fikcyjne a po wtóre – faworyzuje wykonawców, oferujących urządzenia producentów, którzy dokonują wpisu wszystkich oferowanych przez siebie urządzeń na listę programu *WHCP* i jej publikacji na wskazanej przez Zamawiającego stronie internetowej.

W myśl art. 7 ust. 1 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z kolei art. 29 ust. 1 -3 przewidują obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, dostatecznie dokładny i zrozumiały, zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz zakaz opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na znaki towarowe, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W doktrynie i orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych podkreśla się, że zakaz z art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP wyklucza wszelkie formy tak uprzywilejowania, jak i dyskryminowania, nieznajdujące oparcia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Niewłaściwe konstruowanie opisu

przedmiotu zamówienia może prowadzić do bezpośredniego lub pośredniego dyskryminowania lub uprzywilejowania wykonawców czy to ze względu na przedmiot zamówienia, czy też ze względu na szczególne uwarunkowania związane z jego realizacją, którym sprostać może tylko jeden wykonawca lub grupa wykonawców.^[1] Podobnie niedopuszczalne jest konstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który w jakikolwiek inny sposób mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności takich, które stanowiłyby nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego, wyspecyfikowanych w art. 9 Ustawy OKIK.

Zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma prawo do stawiania nawet wysokich wymagań w odniesieniu do zamawianych dostaw lub usług, jednak pozostaną one niedyskryminujące a tym samym będą mieścić się one w granicach wyznaczonych przepisami PZP (w tym zasadą proporcjonalności i obowiązkiem zachowania uczciwej konkurencji) wyłącznie wówczas, gdy wszystkie te wymagania były uzasadnione obiektywnie określonymi potrzebami instytucji zamawiającej. Powyższy pogląd znajduje szerokie odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, przykładowo:

- Wyrok KIO z 4.12.2009r. ws. KIO/UZP 1602/09 w którym wskazano, iż (...) *zakaz wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. nie nakłada na zamawiającego obowiązku dostępu do zamówienia przez wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. Zamawiającemu przysługuje bowiem uprawnienie do określania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby. I nie chodzi tu tylko o rodzaj potrzeb, ale również konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności, czy wymaganych parametrów technicznych. Granicę swobody zamawiającego w tym zakresie stanowi sformułowanie przez zamawiającego takich wymogów, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję (...)*
- Wyrok KIO z 4.01.2018 r. ws. KIO 2707/17 (...) *To podmiot zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma prawo i obowiązek opisać przedmiot zamówienia oraz wymagania związane z jego realizacją (...). Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który dyskryminuje jakikolwiek produkt stanowiący element składowy zamówienia, lub eliminuje jakąkolwiek technologię bez uzasadnionej przyczyny stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 29 ust. 2 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. jeżeli dokonanie takiego opisu nastąpiło bez uzasadnionej przyczyny.*
- Wyrok KIO z dnia 30.08.2017 r. ws. KIO 1718/17 (...) *Zamawiający opisując przedmiot zamówienia musi mieć na uwadze, że jest uprawniony do zakupu dóbr, które są niezbędne do zrealizowania powierzonych mu zadań, ale winien mieć także na względzie umożliwienie jak najszerszemu kręgu wykonawców złożenie oferty. **Zamawiający winien więc przy opisie wymagań rozważyć, gdzie jest granica pomiędzy istotnymi a nieistotnymi cechami, parametrami, funkcjonalnościami zakupywanych produktów**, tak aby mieć pewność, że potrzeby zamawiającego zostaną zrealizowane, przy jednoczesnym zagwarantowaniu uczciwej konkurencji.*
- wyrok KIO z dnia 11.07.2018r. ws. KIO 1292/18, zgodnie z którym przepisy art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) wprowadzają dla zamawiającego zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakaz ten oznacza konieczność eliminacji z opisu

przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób czy konkretnego wykonawcę, czy to w sposób bezpośredni, czy jedynie pośredni. Zachowaniu zasady uczciwej konkurencji służyć ma stosowanie obiektywnych cech zamawianego produktu czy usługi.

Potrzeby Zamawiającego są uzasadnione o tyle, o ile odnoszą się do rzeczywistych, racjonalnych i obiektywnych celów, zamierzeń i planów inwestycyjnych, zabezpieczają bieżące potrzeby instytucji zamawiającej, jej potencjał techniczny, infrastrukturalny, logistyczny czy kadrowy. Powinny one każdorazowo respektować regułę celowości i oszczędności w wydatkowaniu finansów publicznych z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz zachowaniem optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, wyrażoną w art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.^[2] W wyroku z 24.04.2017 r., KIO 664/17 wskazano, iż *Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękopmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia z góry eliminować z udziału w postępowaniu czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne.*^[3]

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że wprowadzenie w dniu 16.09.2020r. wymogu, zgodnie z którym Wykonawcy zobowiązani będą przedłożyć na wezwanie Zamawiającego oświadczenie o zgodności oferowanego sprzętu z systemem operacyjnym Windows w programie Windows Hardware Compatibility Program potwierdzone wydrukiem ze strony <https://partner.microsoft.com/en-us/dashboard/hardware/search/cpl>, narusza wskazane wyżej reguły, w szczególności- uczciwej konkurencji i proporcjonalności w sytuacji. Po pierwsze- wymóg ten jest nieadekwatny do potrzeb Zamawiającego. Wpis na w/w listę, mającą komercyjny charakter i prowadzoną przez producenta oprogramowania jako fakultatywny element jego współpracy z producentami urządzeń komputerowych, nie jest obowiązkiem producentów urządzeń a jego brak nie determinuje wniosku o braku zgodności danego urządzenia z systemem operacyjnym Windows. Obowiązek zapewnienia zgodności urządzenia z przypisanym do niego systemem operacyjnym pozostaje w wyłącznej gestii producenta, który nie jest zobligowany do udziału w komercyjnym programie producenta oprogramowania. Wymóg ten faworyzuje *de facto* dużych, międzynarodowych producentów, którzy wszystkie lub większość swoich urządzeń poddają wpisowi w ramach w/w programu, eliminując krajowych wytwórców, którzy nie mają potrzeby dokonywania takiego wpisu w odniesieniu do wszystkich swoich produktów, a którzy jednocześnie oferują urządzenia zgodne z w/w systemem operacyjnym i spełniające komplet wymagań SIWZ. Procedura dokonania wpisu jest bowiem żmudna i czasochłonna. Co więcej, skutkiem wymogu jest *de facto*- wymóg zaoferowania urządzenia wyposażonego w system operacyjny Windows, mimo teoretycznego dopuszczenia równoważnych systemów operacyjnych, co nie powinno mieć miejsca.

Podsumowując- postawiony wymóg ma sztuczny, antykonkurencyjny charakter i nie znajduje odzwierciedlenia w realnych potrzebach Zamawiającego.

3. zarzut naruszenia art. 12a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 7 PZP

Stosownie do brzmienia art. 12a ust. 1 i ust. 2 pkt 1 PZP w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, mającej charakter zmiany istotnej, w tym dotyczącej określenia m.in. przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający **przedłuża** termin składania ofert **o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach**, przy czym w postępowaniach powyżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP w trybie przetargu nieograniczonego termin składania ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. „Niezbędny” okres przedłużenia nie może być w konsekwencji krótszy niż wynikający z art. 12a ust. 2 pkt 1 PZP, jednak nie oznacza to, że zawsze minimalny, dopuszczony tam termin będzie terminem odpowiednim. Termin ten powinien być adekwatny do charakteru zmiany i jej skutków dla możliwości złożenia oferty w kształcie zbliżonym do pierwotnie dopuszczalnego. Tym samym, jeżeli skutkiem zmiany SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu jest wyeliminowanie możliwości złożenia oferty na dostawę urządzeń określonego rodzaju, które pierwotnie byłoby możliwe, to nowy, zmieniony termin winien zbliżyć się do pierwotnego przewidzianego na przygotowanie i złożenie ofert. W przeciwnym wypadku dokonana zmiana prowadziłaby do obejścia unormowań art. 43 PZP. Termin nowo wyznaczony powinien być także adekwatny do zakresu zmian, które należy wprowadzić do oferty i czynności, które w celu wprowadzenia takiej zmiany należy podjąć.

W niniejszym Postępowaniu skutkiem zmian SIWZ i Ogłoszenia jest konieczność przeprowadzenia certyfikacji (wpisu na listę prowadzoną przez producenta oprogramowania Microsoft) oferowanych urządzeń, które pierwotnie odpowiadały wymogom SIWZ, względnie- konieczność skonstruowania oferty w oparciu o zupełnie inne urządzenia. Proces ten jest czasochłonny i niemożliwy do przeprowadzenia w okresie, o jaki Zamawiający przedłużył termin składania ofert (11 dni, w tym jedynie 7 dni roboczych), zwłaszcza, że wskazana platforma Microsoft nie działała z przyczyn technicznych, leżących po stronie jej właściciela. Moment wprowadzenia zmiany (krótco przed terminem składania ofert) i jej okoliczności (uprzednie dwukrotne odrzucanie wprowadzenia takiego wymogu a następnie jego dodanie „w ostatniej chwili”) sprawiają, że jawi się ona jako jednoznacznie obliczona na wyeliminowanie urządzeń produkowanych przez podmioty, którzy nie dokonują z góry wpisu na przedmiotową listę wszystkich oferowanych przez siebie urządzeń, a więc sprzętu producentów krajowych. Tylko takie podmioty (w praktyce – duzi, ogólnosiwiatowi producenci) mają bowiem praktykę certyfikowania ogółu wytwarzanych produktów w ramach współpracy z producentem oprogramowania Microsoft poprzez ich umieszczenie na liście dostępnej przez wskazaną w SIWZ platformę. Wprowadzony wymóg, w połączeniu z okresem przedłużenia, ma zatem jednoznacznie antykonkurencyjny charakter i narusza wskazane na wstępie przepisu.

IV. DATA WNIESIENIA ODWOŁANIA I PRZESŁANIA KOPII ZAMAWIAJĄCEMU

Zamawiający opublikował informację o zaskarżonych niniejszym odwołaniem zmianach SIWZ i Ogłoszenia o zamówieniu (odpowiednio na swojej stronie internetowej – platformie zakupowej oraz w Dzienniku Urzędowym UE) w dniu 16.09.2020r. Odwołujący składa odwołanie w dniu 28 września 2020r. tj. w terminie zgodnym z art. 182 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 2 i art. 185 ust. 8 PZP. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu w dniu 28 września 2020r., dochowując tym samym wymogów art. 180 ust. 5 PZP.

V. OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem **2020/S 158-385291**, adres <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:385291-2020:TEXT:PL:HTML>, zaś SIWZ został opublikowany na stronie internetowej Zamawiającego- platformie zakupowej <https://platformazakupowa.pl/transakcja/370756>, w obu przypadkach w dniu w dniu 17 sierpnia 2020r.

Informacja o zmianie Ogłoszenia oraz zmianie SIWZ, objętych niniejszym odwołaniem, zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem **2020/S 180-434431**, adres <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:434431-2020:TEXT:PL:HTML> oraz na stronie internetowej Zamawiającego – platformie zakupowej, w obu przypadkach 16.09.2020r. i w tej dacie Odwołujący miał najwcześniej możliwość dowiedzieć się o nich

VI. WPIS OD ODWOŁANIA

Wpis od odwołania w kwocie 15.000 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (data zlecenia przelewu- 26 września 2020 roku), a zatem zgodnie z wymaganiami 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. jedn. Dz.U. z 2018r., poz. 972 ze zm.).

[1] T. Filipowicz, Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych, Warszawa 2015r. Por. też E. Wiktorowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2018 i cytowane tam orzeczenie KIO/KD 29/16: „Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie”

[2] Por. A. Sasin, Opis przedmiotu zamówienia po nowelizacji PZP, cz. I, komentarz praktyczny, opubl. ABC (LEX)

[3] Por. też KIO 729/17 z dn. 08.05.2017r., gdzie wskazuje się, iż: „(...) Jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest jego analiza w odniesieniu do "uzasadnionych potrzeb zamawiającego". Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają potencjalnych wykonawców, jednakże zawężenie do następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. (...)”

Załączniki:

1. pełnomocnictwa
 - 1.1. dla Przemysława Smętka
 - 1.2. dla adw. Bartosza Mikołajczyka
2. odpis aktualny z KRS Odwołującego
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

W imieniu Odwołującego:

Adwokat Bartosz Mikołajczyk
Pełnomocnik