

Katowice, dn. 08.02.2021r.

DDB.201.19.2020

l. dz. 8/18

Wszyscy wykonawcy

Dotyczy: Postępowania nr **DDB.201.19.2020** prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dla zamówienia na dostawę platformy serwerowej, systemu backupu, macierzy dyskowych, urządzeń sieciowych na potrzeby projektu pn.: „Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego”

Biblioteka Śląska w Katowicach informuje, że w dniu 4.02.2021r. Wykonawca SPIRE Sp. z o.o., ul. Samuela Lindego 1C, 30-148 Kraków, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym na podstawie art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.) – dalej Pzp, Zamawiający w załączeniu do niniejszego pisma przekazuje kopię wniesionego odwołania, jednocześnie wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

DYREKTOR

[Signature]
dr hab. prof. US Zdzisław TADLUBEK

KIEROWNIK PROJEKTU

„Śląskie Digitalium”

[Signature]
mgr Elżbieta Popieloka

Szy-- Fojil

Warszawa, dnia 04.02.2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: **SPIRE Sp. z o.o.**
ul. Samuela Lindego 1C, 30-148 Kraków
numer KRS: 0000657434
e-mail: biuro@spire.com.pl
tel.: 697-639-606
reprezentowana przez:
r.pr. Damiana Budzisa
BUDZIS PRZETACKA Kancelaria Prawna
ul. Targowa 84/1B, 03-448 Warszawa
e-mail: budzis@budzispzetacka.pl

Zamawiający: **1. Biblioteka Śląska**
40-021 Katowice, Pl. Rady Europy 1
2. Opera Śląska w Bytomiu
41-902 Bytom, ul. Moniuszki 21 – 23
prowadzący postępowanie:
Biblioteka Śląska
40-021 Katowice, Pl. Rady Europy 1
e-mail: przetargi@bs.katowice.pl

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: dostawę platformy serwerowej, systemu backupu, macierzy dyskowych, urządzeń sieciowych na potrzeby projektu pn.: „Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego”.

Oznaczenie postępowania: DDB.201.19.2020

ODWOŁANIE

I. W imieniu wykonawcy: SPIRE Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako: „Odwołujący”) wnoszę odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i

Ogłoszenia o zamówieniu ustalonych w wyniku zmian dokonanych w dniu 25.01.2021 r. oraz informacji o wyznaczeniu terminu wizji lokalnej na dzień 26.01.2021 r. oraz 27.01.2021 r.

- II.** Ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zostały opublikowane w dniu 24.12.2020 r. Odwołanie składane jest w odniesieniu do wymagań określonych w treści SIWZ, które zostały opublikowane w dniu 25.01.2021 r. Niniejsze odwołanie składane jest w dniu 04.02.2021 r. z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu.
- III.** Przedmiotem zamówienia jest dostawa platformy serwerowej, systemu backupu na potrzeby projektu pn.: „Śląskie Digitalium. Digitalizacja i udostępnianie zasobów instytucji kultury województwa śląskiego”. Zamówienie podzielono na 2 części w następujący sposób:
- 1) Część 1 – Serwery macierze, urządzenia sieciowe, backup dla Biblioteki Śląskiej:
Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 1.1 do SIWZ.
 - 2) Część 2 – Sprzęt komputerowy wraz z oprogramowaniem dla Opery Śląskiej w Bytomiu.
Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 1.2 do SIWZ.
- IV.** Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24.12.2020 r., numer ogłoszenia 2020/S 251-628808.
- V.** Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „ustawa Pzp”) w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;

- VI.** Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał modyfikacji treści SIWZ (opisu przedmiotu zamówienia) w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.
- VII.** Odwołujący wskazuje, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący zamierza złożyć ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pozwala w sposób obiektywny konkurować z innymi wykonawcami, którzy złożą ofertę w Postępowaniu.
- Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji Opis Przedmiotu Zamówienia pozwalałby na obiektywne konkurowanie wykonawców w Postępowaniu.
- Poprzez zaniechanie dokonania powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*).
- Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.
- Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.
- VIII.** Kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

- IX.** Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

UZASADNIENIE

- I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez
Opisanie Przedmiotu Zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję**

Zgodnie z treścią art. 29 ust. 1 PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Treść art. 7 ust 1 PZP, zobowiązuje Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zaś w myśl art. 29 ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Konkludując treść przytoczonych dyspozycji PZP, ustawodawca nałożył na Zamawiającego bezwzględny zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie wykonać zamówienie. Wymagania stawiane w SIWZ winny znajdować odzwierciedlenie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Potwierdził to Zespół Arbitrów w orzeczeniu z dnia 24.08.2007 sygn. UZP/ZO/0-1040/07 i UZP/ZO/0-1045/07 wskazując, że „wymagania muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnych, albo więcej - zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu”. Wyraz takiemu rozumieniu zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu dał również ustawodawca, który w ramach obecnie obowiązujących już przepisów ustawowych wskazał, że naruszeniem tej zasady jest uprzywilejowanie lub wyeliminowanie niektórych wykonawców lub produktów.

Również bogate i jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdza przedstawione wyżej stanowisko i formułowane zarzuty.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest bowiem nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają niektórym wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. W wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 434/09, www.uzp.gov.pl, wskazano, że: "Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 p.z.p., która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia".

Zamawiający pamiętać powinien, że jest on zobowiązany dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie i które zgodnie z przepisami prawa uznane mogą zostać za obiektywnie uzasadnione.

Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być zatem prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Zamawiający, dokonując opisu sposobu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że

taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 maja 2015 r. KIO 853/15).

W ocenie Odwołującego szereg zapisów wskazanych w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób istotny ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu wskazując na wymagania, które w żaden sposób nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, zaś służą faworyzowaniu konkretnej grupy wykonawców współpracujących z konkretnymi producentami.

Odwołujący kwestionuje następujące elementy wprowadzone w ramach udzielania odpowiedzi z dnia 25.01.2021 r. na pytania zadane przez poszczególnych wykonawców:

- I. Dopuszczenie możliwości zaoferowania urządzenia wyposażonego w składany monitor o przekątnej 18,5" o rozdzielczości 1600x1200 pkt;
- II. Dopuszczenie możliwości zaoferowania jedynie statycznej analizy próbek celem wykrycia malware;
- III. Wyznaczenia w dniu 25.01.2021 r. wizji lokalnej na dzień 26.01.2021 r. oraz 27.01.2021 r.

Zarzut nr I: Dopuszczenie możliwości zaoferowania urządzenia wyposażonego w składany monitor o przekątnej 18,5" o rozdzielczości 1600x1200 pkt.

Wskazać należy, że Zamawiający przewidział pierwotnie, następujące wymaganie dotyczące konsoli serwera produkcyjnego wskazując w Rozdziale III. lit. A ust. 8 Załącznika nr 1.2 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia następujące wymaganie:

„Konsola: dla serwera musi zostać dostarczona konsola, montowalna w szafie rack 19”, wyposażona w składany monitor o przekątnej 17”, z matrycą IPS, o rozdzielczości 1920x1080 pkt., klawiaturę i touchpad;”

Następnie udzielając w dniu 25.01.2021 r. odpowiedzi na pytanie wykonawcy (pytanie z dnia 12 stycznia 2021 r. – zestaw nr 1) Zamawiający dopuścił urządzenie wyposażone w ekran o przekątnej 18,5" oraz rozdzielczości jedynie 1600x1200 pkt.

W ocenie Odwołującego naruszenia zasady uczciwej konkurencji ma swój wyraz w uprzywilejowaniu konkretnego wykonawcy i konkretnego produktu poprzez dopuszczenie urządzenia o gorszej jakości (mniejszej rozdzielczości przy większej wielkości ekranu). Jednocześnie nierówno traktując wykonawców Zamawiający nie dokonał modyfikacji Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez wskazania wielkości ekranu czy rozdzielczości jako parametrów minimalnych. Tym samym w postępowaniu na obecnym etapie można zaoferować urządzenie z ekranem o parametrach przewidzianych pierwotnie bądź urządzenia z ekranem konkretnego producenta, który skierował wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ.

W kontekście udzielonej odpowiedzi wskazać również należy, że nie sposób zrozumieć działania Zamawiającego, ponieważ jeżeli rozdzielczość ekranu urządzenia była/jest nieistotna z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego to w ocenie Odwołującego winien element ten usunąć z grona postawionych wymagań w OPZ a nie dopuszczać jedynie sprzęt konkretnego wykonawcy o gorszej jakości niż wymagana od innych wykonawców.

Mając na uwadze dokonane naruszenia Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany treści SIWZ - **Rozdział III. lit. A ust. 8 Załącznika nr 1.2 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i nadanie temu zapisowi brzmienia:**

„Konsola: dla serwera musi zostać dostarczona konsola, montowalna w szafie rack 19”, wyposażona w składany monitor o przekątnej 17”, z matrycą IPS, o rozdzielczości 1920x1080 pkt., klawiaturę i touchpad.”

ewentualnie

„Konsola: dla serwera musi zostać dostarczona konsola, montowalna w szafie rack 19”, wyposażona w składany monitor o przekątnej 17”, z matrycą IPS, klawiaturę i touchpad.”

ewentualnie

zmianę udzielonej odpowiedzi poprzez podtrzymanie dotychczasowych zapisów SIWZ aby nie faworyzować konkretnego wykonawcę, który skierował wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ.

Zarzut nr II: Dopuszczenie możliwości zaoferowania jedynie statycznej analizy próbek celem wykrycia malware

Wskazać należy, że Zamawiający przewidział pierwotnie, następujące wymaganie dotyczące konsoli serwera produkcyjnego wskazując w Rozdziale III. pkt 4.a.2 ust. 2 lit. f ppkt. vi) Załącznika nr 1.1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia następujące wymaganie:

„Urządzenie musi umożliwiać wykrycie malware poprzez statyczną i dynamiczną analizę próbki.”

Mając na uwadze dokonane naruszenia Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany treści SIWZ - **Rozdziale III. pkt 4.a.2 ust. 2 lit. f ppkt. vi) Załącznika nr 1.1 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i nadanie temu zapisowi brzmienia:**

„Urządzenie musi umożliwiać wykrycie malware.”

ewentualnie

zmianę udzielonej odpowiedzi poprzez podtrzymanie dotychczasowych zapisów SIWZ, aby nie faworyzować konkretnego wykonawcę, który skierował wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ.

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego w postaci udzielonej odpowiedzi na pytanie i modyfikację SIWZ prowadzi do ograniczenia konkurencji poprzez uprzywilejowanie rozwiązań jednego producenta, dodatkowo również poprzez umożliwienie wskazanemu producentowi obniżenia modelu urządzenia, który ma być zaoferowany przez co Zamawiający narusza elementarne zasady udzielania Zamówień publicznych. Jeśli sposób analizy próbek w celu wykrycia malware nie ma znaczenia z punktu widzenia Zamawiającego i jego obiektywnych i uzasadnionych potrzeb to w ocenie Odwołującego Zamawiający winien usunąć całkowicie jakiegokolwiek wymagania co do sposobu oceny próbki lub ewentualnie powrócić do zapisów sprzed udzielenia odpowiedzi, aby nie faworyzować konkretnego wykonawcy.

Zarzut nr III: Wyznaczenia w dniu 25.01.2021 r. wizji lokalnej na dzień 26.01.2021 r. oraz 27.01.2021 r.

Wskazać należy, że wizja lokalna pozwala wykonawców na szczegółowe zapoznanie się z przedmiotem zamówienia, który powinien zostać opisany przez Zamawiającego zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest zakomunikowanie w dniu 25.01.2021 r. potencjalnym wykonawcom możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej w dniu 26.01.2021 r. lub 27.01.2021 r. Wskazać należy, że przedmiot zamówienia nie jest obejmuje dostarczenia sprzętu czy świadczenia usług ograniczonych jedynie do lokalnych małych podmiotów, które mogłyby w ciągu jednego dnia dokonać analizy treści Opisu Przedmiotu Zamówienia w kontekście elementów niezbędnych do sprawdzenia podczas wizji lokalnej i oddelegować do udziału w niej kompetentnych pracowników. Zamawiający nie wziął przy tym całkowicie pod uwagę występującej w kraju sytuacji pandemicznej, która również ma wpływ na możliwości wzięcia udziału w wyznaczonej wizji lokalnej.

W ocenie Odwołującego, aby zapewnić zgodność prowadzonego postępowania z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców konieczne jest odpowiednio wczesne poinformowania wykonawców o terminie wizji, co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca.

Mając na uwadze dokonane naruszenia Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany treści SIWZ – **dokumenty pn.: „WYZNACZENIE TERMINU WIZJI LOKALNEJ” i wyznaczenie terminu wizji lokalnej z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem, który pozwoli na zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i udział wszystkich potencjalnych wykonawców w wizji przeprowadzonej przez Zamawiającego**

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.

W imieniu Odwołującego:

BUDZIS PRZETACKA

KANCELARIA PRAWNA

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości,
2. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego,
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.



Signed by /
Podpisano przez:

Damian Budzis

Date / Data:
2021-02-04
21:10