

WYROK

z dnia 23 maja 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2013 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 9 maja 2013 roku przez wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie**
- B. w dniu 9 maja 2013 roku przez wykonawcę **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Statystyczny w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT.expert Sp. z o.o. (Lider), Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1087/13 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **IT.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1087/13 po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: IT.expert Sp. z o.o. (Lider), Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1093/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących wykonawców **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** i **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisów od odwołań przez Odwołujących wykonawców, w tym 15 000 zł 00 gr uiszczoną przez **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** i kwotę 15 000 zł 00 gr uiszczoną przez **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie**,

2.2. zasądza na rzecz **Głównego Urzędu Statystycznego w Warszawie** kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika od wykonawców Odwołujących **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** i **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie**, w tym kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 1087/13

W dniu 9 maja 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Hurtowni Danych Statystycznych (HDS) wraz z budową Publicznej Hurtowni Danych (PHD) (części). Rozbudowa środowiska sprzętowo- systemowego o elementy infrastruktury oraz oprogramowanie systemowe i narzędziowe dla projektu SISP (część II)” nr ewidencyjny 14/SISP/PN//2013 przez Zamawiającego Główny Urząd Statystyczny w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.02.2013 r. pod numerem 2013/S 039 - 062157.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania Zamawiającego polegającego na nie dokonaniu przez Zamawiającego czynności nakazanych wyrokiem KIO z dnia 22 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 522/13) w zakresie:

1. modyfikacji postanowień załącznika nr 2 do załącznika nr 2.1. do SIWZ w zakresie wymagania oznaczonego jako WN.01.012 poprzez zdefiniowanie pojęcia „system” oraz doprecyzowanie zakresu świadczeń wykonawcy;
 2. modyfikacji postanowień załącznika nr 2.2. do SIWZ poprzez doprecyzowanie wymagań dotyczących równoważności zaoferowanych produktów do produktów wykorzystywanych przez Zamawiającego w zakresie Serwerowego systemu operacyjnego.
- Powyższymi zaniechaniami Zamawiający naruszył art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz dopuścił do sytuacji, w której postanowienia SIWZ w dalszym ciągu naruszają przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu także zaniechanie polegające na tym, iż Zamawiający, mimo zajścia przesłanki określonej w art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie unieważnił postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykonując wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 522/13) doprowadził do sytuacji, w której dokonanie korekt SIWZ wynikających z powyższego wyroku nie jest już możliwe, bowiem w dniu 29 kwietnia 2013 r. upłynął termin składania ofert w postępowaniu.

W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż wskazane w odwołaniu naruszenia mają wpływ na wynik postępowania, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący był i jest zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący jest podmiotem, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Wprowadzenie przez Zamawiającego kwestionowanych, niezgodnych z prawem postanowień do treści SIWZ i co ważniejsze - nie poprawienie ich zgodnie z prawomocnym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 522/13) uniemożliwiło Wykonawcy złożenie bardziej konkurencyjnej cenowo oferty, a w konsekwencji tego naraziło go na szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty. Gdyby Zamawiający wprowadził do SIWZ zmiany nakazane przedmiotowym wyrokiem KIO, Odwołujący złożyłby ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że nie miał możliwości wcześniejszego złożenia odwołania, gdyż takie odwołanie należałoby uznać za przedwczesne. Wynikająca z przepisów konieczność złożenia odwołania po upływie terminu składania ofert spowodowała, iż w przedmiotowej sytuacji podobnie jak w przypadku korzystania ze środków ochrony prawnej na nieprawidłowe zastosowanie przez Zamawiającego trybu postępowania z wolnej ręki, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany szeroko jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem, a nie jako możliwość uzyskania dokładnie tego zamówienia. W przeciwnym bowiem razie w obu przypadkach należałoby uznać iż potencjalnym wykonawcom nie przysługują żadne środki ochrony prawnej, gdyż w każdym z powyższych przypadków zgłoszony przez odwołującego środek ochrony prawnej prowadzić będzie w konsekwencji do unieważnienia danego postępowania. Uznanie, iż w przedmiotowej sytuacji Odwołujący nie ma interesu prawnego prowadziłoby do sytuacji, w której jest on pozbawiony jakiegokolwiek możliwości obrony swoich słusznych praw potwierdzonych prawomocnym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej.

Co do daty wniesienia odwołania wskazano, iż zgodnie z art. 38 ust 4 ustawy Pzp Zamawiający może dokonywać zmiany SIWZ przed upływem terminu składania ofert. Brzmienie powyższego przepisu wskazuje na dwa ważne w przedmiotowej sprawie aspekty. Po pierwsze na fakt, iż do czasu upływu terminu składania ofert Zamawiający może w dowolnym momencie wprowadzić zmianę SIWZ. Po drugie, że dopiero upływ terminu składania ofert powoduje, iż nie jest już możliwe wprowadzanie dalszych zmian do SIWZ.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wyrokiem z dnia 22 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 522/13) został zobowiązany do dokonania określonych zmian SIWZ, wynikających z niezgodnego z Pzp określenia treści tejże specyfikacji. Jedyne zmiany SIWZ, jakich Zamawiający dokonał w okresie od dnia wydania powyższego wyroku do dnia upływu terminu składania ofert w postępowaniu, miały miejsce w dniu 5 kwietnia 2013 r. i nie obejmowały zmian nakazanych w punktach 1.5 i 1.8 przedmiotowego wyroku dotyczących zdefiniowania pojęcia „system”, doprecyzowania zakresu świadczeń wykonawcy, a także doprecyzowania wymagań dotyczących równoważności zaoferowanych produktów do produktów wykorzystywanych przez Zamawiającego w zakresie Serwerowego systemu operacyjnego. Istotnym w rozpoznawanej sprawie jest to, że Zamawiający, powiadamiając o dokonaniu zmian SIWZ w dniu 5 kwietnia 2013 r., nie wskazał ani na to, iż zmiany te są dokonywane w związku z wykonaniem wyroku z dnia 22 marca 2013 roku, ani też że są to wszystkie zmiany, jakie zamierza wprowadzić do SIWZ w postępowaniu. Tym samym Odwołujący miał pewne prawo uważać, iż zmiany SIWZ dokonane z w dniu 5 kwietnia 2013 roku nie są zmianami dokonywanymi przez Zamawiającego w wykonaniu przedmiotowego wyroku. Wpływa na to chociażby fakt, iż Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2013 roku nie był (według wiedzy Odwołującego) w posiadaniu pisemnego wyroku KIO wraz z uzasadnieniem. A zatem Zamawiający nie mógł w dniu 5 kwietnia 2013 roku wykonać wyroku w sposób pełny i dokładny. Odwołujący - mając powyższe na uwadze - czekał na wykonanie wyroku KIO.

W związku z powyższym, mając na uwadze artykuł 38 ust 4 ustawy Pzp, Odwołujący dopiero w chwili upływu terminu składania ofert dowiedział się o tym, że Zamawiający ostatecznie zaniechał wykonania części wyroku z dnia 22 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 522/13). Tym samym należy uznać, że odwołanie jest złożone z zachowaniem terminów określonych w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Na marginesie Odwołujący zauważył, iż ewentualne złożenie odwołania przed dniem 29 kwietnia 2013 r. należało by uznać za przedwczesne bowiem Zamawiający zgodnie z art. 38 ust 4 ustawy Pzp mógł dokonać zmiany SIWZ wynikającej z przedmiotowego wyroku w dowolnej chwili do upływu terminu składania ofert. Istotnym jest także fakt, iż przedmiotowy wyrok KIO został umieszczony na stronie Urzędu Zamówień Publicznych dopiero w dniu 6 maja 2013 roku i dopiero po tym dniu Odwołujący mógł się zapoznać się z jego treścią i stwierdzić z całą pewnością, iż Zamawiający zaniechał wykonania wyroku. Przedmiotowy wyrok jest bowiem załącznikiem do protokołu, a zatem zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący mógł wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o wgląd dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Z kolei Odwołujący nie był uczestnikiem postępowania KIO 522/13 i nie otrzymał odpisu wyroku z urzędu.

W uzasadnieniu podniesiono, że:

Artykuł 29 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje Zamawiającemu zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określając, iż przedmiot ten 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. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem powyższych zasad prowadzi w konsekwencji także do naruszenia artykułu 7 ust. 1. Użyte przez ustawodawcę w powyższym przepisie określenie „jednoznaczny” powinno być interpretowane jako „mający jedno znaczenie”, „niebudzący wątpliwości” zaś określenie „wyczerpujący” jako „opisujący w sposób wszechstronny i szczegółowy”, z kolei określenie „dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń” należy interpretować w odniesieniu do określeń technicznych obowiązujących w danej branży.

Na istotne znaczenie powyższej zasady w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje bogate orzecznictwo sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 23 czerwca 2008 r. sygnatura akt XIC Ga 214/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2012 r. sygn. akt KIO 360/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 302/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 136/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11.

Z powyższego wynika, że bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego jest taki opis przedmiotu zamówienia, który prowadzi do złożenia ofert porównywalnych, obejmujących rozwiązania lub produkty spełniające identyczne wymagania techniczne i jakościowe. Zgodnie z przywołanym orzecznictwem Zamawiający musi opisać w SIWZ wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wycenienia oferty przez Wykonawcę.

W ocenie Odwołującego oraz w ocenie składu rozstrzygającego Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonej w wyroku z dnia 22 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 522/13), Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wypełnił powyższego obowiązku w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 2 („Opis wymagań dla podsystemów HDS i PHD”) do załącznika nr 2.1 do SIWZ („Opis Przedmiotu Zamówienia”) dotyczącego wymagania WN.01.012. W powyższym opisie Zamawiający określił, że przedmiotem świadczeń wykonawcy jest także bliżej nieokreślony „System”. Brak zdefiniowania tego, co Zamawiający rozumie poprzez wskazany „System” powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie ocenić jakie dokładnie świadczenie ma wykonać, a co za tym idzie nie mając wycenić takiego świadczenia. Taki opis przedmiotu zamówienia narusza art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający zobowiązany był do zamieszczenia w SIWZ definicji „Systemu” ale tego nie

uczynił pozostawiając opis przedmiotu zamówienia nieprecyzyjnym i uniemożliwiając w ten sposób Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Załączniku nr 2.2 do SIWZ - „Opis Przedmiotu Zamówienia - Część 2” (str. 36- 37) zawarł postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, które w ocenie składu rozstrzygającego Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze akt KIO 522/13 były zbyt ogólne i niejednoznacznie określały wymagania dotyczące „równoważności” zaoferowanych produktów do produktów wykorzystywanych przez Zamawiającego w zakresie Serwerowego systemu operacyjnego. Zamawiający nie dokonał wymaganej powyższym wyrokiem zmiany SIWZ, gdyż do upływu terminu składania ofert nie określił minimalnych kryteriów równoważności. Przed upływem terminu składania ofert Zamawiający w odniesieniu do Serwerowego systemu operacyjnego dodał jedynie w treści dotyczącej określenia równoważność serwerowego systemu operacyjnego w punkcie 6 zapis:

„ (tzn. Active Directory 2008 R2 i MS WSUS v3 SP2 obsługujących ponad 460 serwerów z systemem Windows 2008 lub wyższej wersji, MS SCOM 2007 R2 monitorujący ponad 380 serwerów fizycznych i wirtualnych, MS SCCM 2007 R2 SP 2 zarządzający konfiguracją ponad 540 serwerów fizycznych i wirtualnych) ”

Tym samym Zamawiający doprecyzował jedynie systemy eksploatowane u Zamawiającego, z jakimi ma współpracować oprogramowanie równoważne nie precyzując w żaden sposób kryteriów owej „równoważności”.

Powyższego działania Zamawiającego nie można uznać za wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej która zobowiązywała go do „doprecyzowania wymagań dotyczących równoważności zaoferowanych produktów do produktów wykorzystywanych przez zamawiającego w zakresie Serwerowego systemu operacyjnego”.

Na marginesie należy wskazać, iż Zamawiający wprowadzając powyższy zapis do SIWZ nie tylko nie wykonał wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, ale też wyeliminował możliwość zaoferowania produktu równoważnego. Z zapisu, że oprogramowanie równoważne musi w pełni współpracować z oprogramowaniem Microsoft WSUS v3 SP2 (tj. oprogramowaniem dedykowanym dla aktualizacji wyłącznie oprogramowania Microsoft, z którym nie współpracuje inne oprogramowanie poza oprogramowaniem firmy Microsoft) w praktyce wynika, że oprogramowaniem równoważnym powinno być oprogramowanie Microsoft. Wprowadzony przez Zamawiającego zapis jest niczym nieuzasadniony gdyż skoro Wykonawca ma prawo zaproponować oprogramowanie równoważne to aktualizacja oprogramowania równoważnego (innego niż produkt firmy Microsoft) nie będzie wymagała współpracy z oprogramowaniem do aktualizacji oprogramowania Microsoft udostępnianym

przez firmę Microsoft a w konsekwencji takie wymaganie prowadzi jedynie do ograniczenia konkurencji.

Zamawiający poprzez zaniechanie polegające na nie wykonaniu zobowiązań określonych w wyroku z dnia 22 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 522/13) naruszył artykuł 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

W dniu 13 maja 2013 roku do postępowania odwoławczego, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 maja 2013 roku, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca IT.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca wskazał, że posiada interes w przystąpieniu, ponieważ cena zaoferowana przez niego w postępowaniu jest najniższa i oferta ma duże szanse zostać uznana za najkorzystniejszą. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie postępowania uniemożliwi wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Wykonawca wnosil o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5, ponieważ odwołanie zostało złożone po terminie i dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 22 marca 2013 roku. Zatem postanowienia SIWZ są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W dniu 13 maja 2013 roku do postępowania odwoławczego, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 maja 2013 roku, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - wykonawcy IT.expert Sp. z o.o. oraz Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą dla Lidera w Warszawie.

Wykonawca wskazał, że posiada interes w przystąpieniu, ponieważ cena zaoferowana przez niego w postępowaniu jest najniższa i oferta ma duże szanse zostać uznana za najkorzystniejszą. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie postępowania uniemożliwi wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Wykonawca wnosil o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5, ponieważ odwołanie zostało złożone po terminie i dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 22 marca 2013 roku. Zatem postanowienia SIWZ są zgodne z przepisami ustawy Pzp. Brak jest podstaw po unieważnienia postępowania.

Na posiedzeniu przed KIO Przystępujący dodatkowo podnosił, że Odwołujący nie legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, nie mieści się bowiem w żadnej z kategorii podmiotów wymienionych w tym przepisie.

Zamawiający przedstawiając pisemne stanowisko dotyczące zarzutów odwołania, wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Zauważono, że Odwołujący Asseco nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 522/13. Brak złożenia odwołania oraz zgłoszenia przystąpienia do odwołania na treść SIWZ powoduje brak możliwości merytorycznego rozpoznania przedmiotowego odwołania. Interesem nie może legitymować się podmiot, który nie zakwestionował w żaden sposób zapisów SIWZ.

Podstawą wniesienia odwołania może być wyłącznie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co w przedmiotowym postępowaniu oznacza, że odwołanie wniesiono po wyznaczonym ustawowym terminie na jego złożenie. Odwołujący nie dochował należytej staranności i przekroczył ustawowy termin na wniesienie odwołania. Treść odwołania na treść SIWZ złożona przez firmę POLCOM została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego 8 marca 2013 roku. W tym dniu każdy zainteresowany wykonawca mógł zapoznać się z treścią zarzutów i żądań. W dniu 5 kwietnia 2013 roku Zamawiający wykonując wyrok KIO zamieścił na stronie internetowej zmiany treści SIWZ, w ewidentny sposób dotyczące zarzutów i żądań odwołania złożonego przez firmę POLCOM. Dla racjonalnego, zapobiegliwego i zdolnego do przewidywania wykonawcy oczywistym było, iż ogłoszone zmiany dotyczą kwestii rozstrzygniętych wyrokiem KIO, gdyż termin ich ogłoszenia nastąpił po ustawowym terminie wydania wyroku a dodatkowo zamieszczone na stronie internetowej zmiany treści SIWZ wyraźnie odnosiły się do kwestionowanych w odwołaniu zapisów. Powinno to skłonić wykonawcę minimum do zadania pytań do Zamawiającego o to czy zmiany te są wykonywane w związku z wykonaniem wyroku i czy są to wszystkie zmiany, jakie zamierza wprowadzić do SIWZ.

Istotną kwestią jest również fakt kwestionowania zapisów SIWZ po wyznaczonym terminie na składanie ofert i po akceptacji jej treści, ponieważ Odwołujący podpisał załącznik nr 9 do SIWZ – Formularz ofertowy i złożył ofertę. Treść zarzutów w istocie nie dotyczy niewykonania wyroku KIO a konkretnych zapisów SIWZ, co oznacza, że Odwołujący kwestionuje zapisy SIWZ dopiero po złożeniu oferty, jedynie formalnie wskazując, iż zarzuty dotyczą niewykonania czynności Zamawiającego polegającej na niewykonaniu wyroku KIO.

Dodatkowo, na posiedzeniu Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 1093/13

W dniu 9 maja 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie złożył wykonawca Odwołujący **POLCOM S.A. z siedzibą w Skawinie**.

Odwołanie wniesiono od:

I. od zaniechania przez Zamawiającego dokonania nakazanych w postępowaniu wyrokiem KIO z dnia 22 marca 2013 r. (sygn. akt: KIO 522/13) czynności, do których Zamawiający został zobowiązany, tj. m.in.:

1. zgodnie z pkt 1.3. Wyroku KIO do zmiany terminów realizacji poszczególnych części zamówienia przez wydłużenie terminu wykonania etapu 2 dla części I zamówienia do 12 tygodni od dnia podpisania umowy i skrócenie terminu wykonania etapu 2 w części II zamówienia do 11 tygodni,

- Zamawiający dokonał zmiany w zakresie części II postępowania, ale dla części I zmienił (przedłużył do 12 tygodni) tylko jeden z dwóch terminów;

2. zgodnie z pkt 1.5. Wyroku KIO do modyfikacji postanowień załącznika nr 2 do załącznika nr 2.1 do SIWZ wymagania oznaczonego jako WN.01.012 przez doprecyzowanie pojęcia „dokumentacja eksploatacyjna”, zdefiniowanie pojęcia „system” oraz doprecyzowanie zakresu świadczenia wykonawcy,

- Zamawiający nie dokonał powyższej zmiany i nie zdefiniował pojęcia „system”, a także nie doprecyzował zakresu świadczenia wykonawcy;

3. zgodnie z pkt 1.8. Wyroku KIO do modyfikacji załącznika nr 2.2 do SIWZ przez doprecyzowanie wymagań dotyczących równoważności zaoferowanych produktów do produktów wykorzystywanych przez Zamawiającego w zakresie Serwerowego systemu operacyjnego, Systemu bazodanowego dla środowiska testowo-rozwojowego, Systemu bazodanowego pomocniczego zapewniającego dostęp do systemu nieograniczonej liczbie użytkowników, Systemu bazodanowego głównego zapewniającego dostęp do systemu nieograniczonej liczbie użytkowników,

- Zamawiający nie dokonał powyższej zmiany i nie doprecyzował wymagań dotyczących równoważności zaoferowanych produktów do produktów wykorzystywanych przez Zamawiającego, dodając jedynie kilka informacji odnośnie Serwerowego systemu operacyjnego.

II. od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w trakcie postępowania następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz niezależnie naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w szczególności na skutek niewykonania wyroku KIO, który nakazywał Zamawiającemu dokonanie stosownych zmian w SIWZ, w tym w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia, które to zmiany miały doprowadzić do równego traktowania

wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a także miały powstrzymać Zamawiającego przed dalszym naruszaniem zasad uczciwej konkurencji;

2) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z powyższych względów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 29 kwietnia 2013 r., kiedy po upływie terminu składania ofert stwierdził, że Zamawiający nie uczynił zadość nałożonym na niego Wyrokiem KIO obowiązkom i nie dokonał stosownej zmiany treści SIWZ (w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia). W tym miejscu Odwołujący podkreślił, że przed wymienioną datą, tj. przed dniem 29 kwietnia 2013 r. nie było możliwe jednoznaczne stwierdzenie, czy Zamawiający wykona dyspozycję Wyroku KIO. Dopiero po upływie terminu składania ofert Odwołujący dowiedział się, że Zamawiający zaniechał dokonania wskazanych przez Krajową Izbę Odwoławczą zmian SIWZ, a tym samym uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu oraz doprowadził do sytuacji, w której wykonanie Wyroku KIO stało się niemożliwe, ponieważ zgodnie z art. 38 ust 4 ustawy Pzp Zamawiający może dokonywać zmiany SIWZ jedynie przed upływem terminu składania ofert. Z powyższego jednoznacznie wynika, że skoro KIO zobowiązało Zamawiającego do dokonania zmian w treści SIWZ, to Zamawiający mógł uczynić zadość temu obowiązkowi jedynie do dnia 29 kwietnia 2013 r., z zastrzeżeniem, że zmiana taka mogła być dokonana w dowolnym terminie, aż do wymienionej daty.

POLCOM podkreślił, że dnia 5 kwietnia 2013 r. Zamawiający dokonał w postępowaniu zmiany SIWZ, jednak zmiany te nie obejmowały modyfikacji wskazanych w pkt 1.3., 1.5. i 1.8. Wyroku KIO. Istotnym dla przedmiotowej kwestii jest również okoliczność, że dokonując wspomnianej zmiany SIWZ z dnia 5 kwietnia 2013 r., Zamawiający nie poinformował wykonawców jaki charakter mają modyfikacje, tzn. czy są to zmiany w wyniku Wyroku KIO, czy też niezależne od niego, a także, czy zamierza wprowadzać do SIWZ dalsze zmiany.

Co więcej, Odwołujący zauważył, że otrzymał kopię Wyroku KIO w dniu 15 kwietnia 2013 r. (wysłano 10 kwietnia 2013 r.). Prawdopodobnie Zamawiający otrzymał kopię w tym samym terminie, co wskazuje na okoliczność, że w dniu modyfikacji SIWZ (5 kwietnia 2013 r.) Zamawiający nie dysponował jeszcze dokładnymi wytycznymi KIO odnośnie zmian SIWZ jakie mają być dokonane, a co za tym idzie zmiany mogły być nieadekwatne do zaleceń Izby.

Mając na uwadze powyższe, oraz przypominając treść art. 38 ust 4 ustawy Pzp, Odwołujący podkreślił, że dopiero w chwili upływu terminu składania ofert mógł powziąć ostateczną informację o tym, że Zamawiający zaniechał wykonania części Wyroku KIO. Ewentualne wcześniejsze wniesienie przez POLCOM S.A. odwołania prawdopodobnie zostałoby uznane za przedwczesne. Tym samym zdaniem Odwołującego dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania przewidziany w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany.

Niezależnie od powyższego, wykazując interes we wniesieniu odwołania POLCOM wskazał, iż był zainteresowany udziałem w postępowaniu i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, o czym świadczą m.in. czynności podjęte przez Odwołującego w postępowaniu, a mające na celu doprecyzowanie treści SIWZ w sposób zwiększający konkurencyjność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców, a tym samym umożliwiającą POLCOM złożenie oferty i uzyskanie zamówienia (w szczególności wniesienie odwołania w dniu 6 marca 2013 r., w wyniku którego wydano Wyrok KIO).

Z przedstawionych okoliczności jednoznacznie wynika, że zaniechanie przez Zamawiającego dokonania wskazanych na wstępie zmian SIWZ w zakresie pkt 1.3., 1.5. oraz 1.8. Wyroku KIO uniemożliwiło POLCOM dalszy udział w postępowaniu i złożenie oferty, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia, czego w konsekwencją było narażenie Odwołującego go na szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący szczególnie podkreślał, że ustawodawca nie przewidział sytuacji, w której Zamawiający (w postępowaniu centralny organ administracji państwowej, podległy Prezesowi Rady Ministrów i częściowo finansowany z budżetu państwa, a tym samym zobligowany do poszanowania dyscypliny wydatków publicznych i racjonalnego dokonywania zakupów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa) nie zastosuje się do prawomocnego orzeczenia wydanego przez organ państwowy i tym samym wyraża lekceważenie dla systemu prawnego. Wobec wskazanej luki w Prawie zamówień publicznych, uznać należy, że zasadnym będzie skorzystanie z ogólnej, przewidzianej ustawą PZP drogi ochrony interesu Odwołującego, tj. z możliwości wniesienia odwołania. Zatem interes Odwołującego powinien być w przedmiotowej sprawie rozumiany szeroko - jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem, a nie tylko jako możliwość uzyskania dokładnie tego zamówienia. W przypadku odmiennego ujęcia przedmiotowego zagadnienia doszłoby do sytuacji, w której wykonawcom takim jak Odwołujący, pomimo ewidentnego naruszenia prawa przez Zamawiającego nie przysługiwałyby żadne środki ochrony prawnej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowej sytuacji Prawo zamówień publicznych nie daje POLCOM możliwości skorzystania z żadnego innego

środka ochrony swoich interesów, niż wniesienie przedmiotowego odwołania. Uznanie, że POLCOM nie ma interesu w jego wniesieniu byłoby równoznaczne z pozbawieniem Odwołującego jakiegokolwiek możliwości obrony swoich słusznych praw potwierdzonych prawomocnym wyrokiem Izby.

W zakresie poszczególnych zarzutów wskazano:

I. Naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie wykonania Wyroku KIO, a tym utrzymanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Jak wynika z art. 29 ust. 1 ustawy 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. Dodatkowo, jak wynika z ust. 2 tego przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, do której zachowania jest Zamawiający obowiązany m.in. na podstawie art. 7 ust. 1 Pzp.

Z uwagi na okoliczność, że w postępowaniu Zamawiający sporządził SIWZ w sposób naruszający fundamentalne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego POLCOM w dniu 6 marca 2013 r. wniósł odwołanie m.in. od czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. W wyniku wniesionego odwołania Izba orzekła Wyrokiem KIO, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp zobowiązując Zamawiającego m.in. do:

- a) zmiany terminów realizacji poszczególnych części zamówienia przez wydłużenie terminu wykonania etapu 2 dla części I zamówienia do 12 tygodni od dnia podpisania umowy i skrócenie terminu wykonania etapu 2 w części II zamówienia do 11 tygodni;
- b) modyfikacji postanowień załącznika nr 2 do załącznika nr 2.1 do SIWZ wymagania oznaczonego jako WN.01.012 przez doprecyzowanie pojęcia „dokumentacja eksploatacyjna”, zdefiniowanie pojęcia „system” oraz doprecyzowanie zakresu świadczenia wykonawcy;
- c) modyfikacji załącznika nr 2.2 do SIWZ przez doprecyzowanie wymagań dotyczących równoważności zaoferowanych produktów do produktów wykorzystywanych przez zamawiającego w zakresie Serwerowego systemu operacyjnego, Systemu bazodanowego dla środowiska testowo-rozwojowego, Systemu bazodanowego pomocniczego zapewniającego dostęp do systemu nieograniczonej liczbie użytkowników, Systemu bazodanowego głównego zapewniającego dostęp do systemu nieograniczonej liczbie użytkowników.

W toku postępowania, Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r. dokonał zmian SIWZ, odpowiednio:

Ad a) pkt 1.3. Wyroku KIO.

Zamawiający zmienił terminy realizacji zamówienia dla części nr II etap 2 pkt 2 - 4 zgodnie z dyspozycją Wyroku KIO, tj. poprzez skrócenie wskazanych w załączniku nr 16.2 do SIWZ terminów do 11 tygodni (str. 28 i 29 pisma z dnia 5 kwietnia 2013 r.), jednak w odniesieniu do części nr I nie zastosował się do wytycznych Izby, zmieniając załącznik 16.1 do SIWZ jedynie w zakresie Etap II pkt 3., wydłużając go z 9 do 12 tygodni od dnia podpisania umowy (str. 28 pisma z dnia 5 kwietnia 2013 r.).

Zamawiający nie zastosował się do Wyroku KIO w zakresie wydłużenia do 12 tygodni od dnia podpisania umowy terminu realizacji etapu 2 pkt 2, który zmieniając załącznik 16.1 do SIWZ wysłużył tylko do 8 tygodni od dnia podpisania umowy (str. 28 pisma z dnia 5 kwietnia 2013 r.).

Powyższe stoi w sprzeczności z dyspozycją Wyroku KIO, który wprost wskazywał, że ma nastąpić wydłużenie do 12 tygodni od dnia podpisania umowy terminu wykonania etapu 2 dla części I zamówienia.

Bez wątpliwości chodziło o termin jako całość, a więc o obydwa punkty, bez rozbicia na podetapy. Niezrozumiałym jest więc dlaczego Zamawiający wybiórczo potraktował wytyczne Izby i w przypadku części II zastosował się do nakazanej zmiany SIWZ w zakresie wszystkich terminów, natomiast dla części I jedynie odnośnie terminu opisanego w pkt 3.

Ad b) pkt 1.5. Wyroku KIO.

Zamawiający zmienił treść Załącznik nr 2 do załącznika 2.1. do SIWZ wymaganie WN.01.007 poprzez nadanie mu następującej treści:

„Wraz z podsystemem powinna być dostarczona dokumentacja eksploatacyjna w języku polskim zawierająca instrukcje obsługi systemu dla użytkowników oraz dla administratorów niezbędne dla potrzeb eksploatacji budowanego podsystemu przez Zamawiającego” (str. 7 pisma z dnia 5 kwietnia 2013 r.).

Powyższe nie stanowi wypełnienia dyspozycji Wyroku KIO w zakresie pkt 1.5., ponieważ Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „system”, a także nie doprecyzował zakresu świadczenia wykonawcy, do czego zobligowała go Izba.

Na skutek zaniechania Zamawiającego doszło do sytuacji, w której zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, przedmiotem świadczenia, które ma być realizowane na rzecz Zamawiającego jest nieokreślony „system”, bez precyzyjnych cech oraz bez opisu elementów, które musi zawierać. Wobec takiego opisu przedmiotu zamówienia niemożliwe było złożenie w postępowaniu konkurencyjnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty, zawierającej możliwie dokładną kalkulację ceny za realizację zamówienia.

POLCOM szczególnie podkreślał, że opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwić wykonawcom rzetelne przygotowanie oferty, a także obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników i elementów, które mogą mieć na nią wpływ.

Lakoniczność i brak precyzji opisu przedmiotu zamówienia, których dopuścił się Zamawiający w postępowaniu (a które miał możliwość skorygować wykonując Wyrok KIO) doprowadziły do sytuacji, w której wykonawcy zobligowani byli do uwzględnienia i wyceny nieznanego zakresu prac, a w konsekwencji nieznanego zakresu odpowiedzialności i nieznanymi kosztów wykonania zamówienia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

Ad c) Pkt 1.8. Wyroku KIO.

Zamawiający zmienił treść załącznika nr 2.2. do SIWZ, Zadanie 2, podtytuł „Serwerowy system operacyjny spełniający poniższe wymagania”, „Równoważność serwerowego systemu operacyjnego oznacza, że: „pkt 6, po zdaniu:

„6. Oprogramowanie równoważne musi w pełni współpracować z systemami już eksploatowanymi u Zamawiającego”,

dodano stwierdzenie:

„(tzn. Active Directory 2008 R2 i MS WSUS v3 SP2 obsługujących ponad 460 serwerów z systemem Windows 2008 lub wyższej wersji, MS SCOM 2007 R2 monitorujący ponad 380 serwerów fizycznych i wirtualnych, MS SCCM 2007 R2 SP 2 zarządzający konfiguracją ponad 540 serwerów fizycznych i wirtualnych)” (str. 9 i 10 pisma z dnia 5 kwietnia 2013 r.).

Powyższe nie stanowi wypełnienia dyspozycji Wyroku KIO w zakresie pkt 1.8., ponieważ Zamawiający określił jedynie z jakimi systemami, jakie eksploatuje powinno współpracować oferowane przez wykonawców równoważne oprogramowanie, nie opisując zakresu tej równoważności, co należy uznać za niedopuszczalne.

Dopuszczając rozwiązania równoważne, Zamawiający zobligowany jest do wskazania co najmniej minimalnych parametrów, które w jego ocenie potwierdzą, że oferowany przedmiot zamówienia można uznać za równoważny. Powyższe stanowisko wielokrotnie prezentowane jest w orzecznictwie Izby, m.in. w: wyroku KIO z dnia 12 sierpnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 984/09), wyroku KIO z dnia 21 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 585/09), w wyroku KIO z dnia 7 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 248/08).

Dokonane przez Zamawiającego zmiany nie wypełniają dyspozycji Wyroku KIO, co Odwołujący wykazał na przykładzie „Serwerowego systemu operacyjnego”. Co więcej, Odwołujący podnosi, że także w stosunku do pozostałych systemów, na które wskazała Izba w Wyroku KIO, tzn. do Systemu bazodanowego dla środowiska testowo-rozwojowego, Systemu bazodanowego pomocniczego zapewniającego dostęp do systemu nieograniczonej liczbie użytkowników oraz Systemu bazodanowego głównego zapewniającego dostęp do

systemu nieograniczonej liczbie użytkowników, zmiany dokonane przez Zamawiającego nie są kompletne.

Niezależnie od powyższego, jedynie na marginesie POLCOM zauważył, że dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ oznacza, że ewentualne oprogramowanie równoważne do opisanego przedmiotu zamówienia powinno być kompatybilne (powinno w pełni współpracować) z oprogramowaniem Microsoft WSUS v3 SP2 dedykowanym jedynie do aktualizacji oprogramowania firmy Microsoft. Odwołujący szczególnie podkreślał, że żadne inne oprogramowanie, które mogliby zaoferować wykonawcy w postępowaniu nie będzie współpracowało z wskazanym w piśmie z dnia 5 kwietnia 2013 r. oprogramowaniem Microsoft WSUS v3 SP2. Dokonana przez Zamawiającego zmiana jest więc de facto równoznaczna z wyłączeniem możliwości złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia ofert równoważnych, co rażąco narusza uczciwą konkurencję w postępowaniu oraz przesądza o nierównym traktowaniu wykonawców.

Wskazane powyżej zaniechanie przez Zamawiającego dokonania stosownych zmian SIWZ do których Zamawiający był obowiązany na podstawie pkt 1.3., 1.5. oraz 1.8. Wyroku KIO samo w sobie stanowi rażące naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych, ponieważ doprowadziło w konsekwencji do utrzymania w mocy opisu przedmiotu zamówienia sformułowanego sprzecznie z regułami wyrażonymi w art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, a co za tym idzie niedopuszczalnego i ograniczającego uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w postępowaniu (tak też w: wyroku KIO z dnia 5 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2023/11; wyroku KIO z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2376/10).

II. Zaniechanie unieważnienia postępowania.

Przedstawione w pkt I niniejszego pisma zarzuty i wykazane zaniechania jakich dopuścił się Zamawiający odnoszą się do obydwu części postępowania.

POLCOM wskazał, że na obecnym etapie postępowania niemożliwe jest skorygowanie błędów Zamawiającego i wykonanie Wyroku KIO, ponieważ zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp ustawodawca przewidział możliwość zmiany SIWZ jedynie przed upływem terminu składania ofert. W przedmiotowej sprawie doszło do rażącego naruszenia przepisów postępowania oraz do skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający wykonawcom rzetelne przygotowanie zgodnej z oczekiwaniami, a przede wszystkim porównywalnej oferty, zawierającej prawidłową i realną wycenę. POLCOM zauważył, że jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu (zarówno dla części I, jak i dla części II) jest cena - waga 100%. Wobec braku prawidłowo dokonanego opisu przedmiotu zamówienia i faktycznej niemożności rzetelnego oszacowania przez wykonawców ceny oferty, Zamawiający nie będzie władny dokonać obiektywnej oceny złożonych

w postępowaniu ofert, a tym samym uczynić zadość dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i dokonać w postępowaniu wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej.

W przedmiotowej sprawie bezsprzecznie zachodzi więc przesłanka, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a więc postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedynie unieważnienie całego postępowania umożliwi Zamawiającemu naprawienie błędów, których dopuścił się prowadząc procedurę o udzielenie zamówienia publicznego.

W wykonaniu dyspozycji art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia odwołania została w terminie na wniesienie odwołania przekazana jednocześnie Zamawiającemu. Wpis w kwocie 15.000,00 złotych został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

W dniu 13 maja 2013 roku do postępowania odwoławczego, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 maja 2013 roku, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca IT.expert Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca wskazał, że posiada interes w przystąpieniu, ponieważ cena zaoferowana przez niego w postępowaniu jest najniższa i oferta ma duże szanse zostać uznana za najkorzystniejszą. Uwzględnienie odwołania i unieważnienie postępowania uniemożliwi wykonawcy uzyskanie zamówienia.

Wykonawca wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5, ponieważ odwołanie zostało złożone po terminie i dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 22 marca 2013 roku. Zatem postanowienia SIWZ są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Na posiedzeniu przed KIO Przystępujący dodatkowo podnosił, że Odwołujący nie legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, nie mieści się bowiem w żadnej z kategorii podmiotów wymienionych w tym przepisie.

Zamawiający przedstawiając pisemne stanowisko dotyczące zarzutów odwołania, wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podstawą wniesienia odwołania może być wyłącznie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co w przedmiotowym postępowaniu oznacza, że odwołanie wniesiono po wyznaczonym ustawowym terminie na jego złożenie. Odwołujący nie dochował należytej staranności i przekroczył ustawowy termin na wniesienie odwołania. Treść odwołania na treść SIWZ złożona przez firmę POLCOM została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego 8 marca 2013 roku. 20 marca 2013 roku odbyła się rozprawa przed KIO, 22 marca 2013 roku

nastąpiło ustne odczytanie wyroku, na którym obecny był jedynie przedstawiciel Zamawiającego. 5 kwietnia 2013 roku na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczono modyfikację i wyjaśnienia SIWZ w związku z ogłoszonym wyrokiem, 15 kwietnia 2013 roku Zamawiający otrzymał odpis wyroku.

Zdaniem Zamawiającego zapobiegliwy i rzetelny wykonawca powinien stawić się na ustnym odczytaniu wyroku, co pozwoliłoby na uzyskanie przez niego informacji o treści uwzględnionych żądań, po opublikowaniu modyfikacji SIWZ skierować do Zamawiającego zapytania o podstawy dokonania modyfikacji i po otrzymaniu odpowiedzi, ewentualnie wnieść odwołanie w terminie 10 dni od daty otrzymania odpowiedzi. W tym przypadku, maksymalnym terminem, od którego należało liczyć termin na wniesienie odwołania byłby dzień 15 kwietnia 2013 roku, tj. dzień w którym Odwołujący otrzymał pisemne uzasadnienie wydanego wyroku. W tym dniu można było już dokładnie skonfrontować dokonane zmiany w treści SIWZ z treścią wyroku a w przypadku stwierdzenia niezgodności działań Zamawiającego z treścią wyroku podjąć odpowiednie działania, w tym złożyć odwołanie do KIO.

Do rozważenia jest także bierna podstawa prezentowana przez Odwołującego po doręczeniu wyroku. Gdyby Odwołujący wykazał się należyłą starannością, to po upływie terminu do złożenia skargi, kiedy postanowienia wyroku nie uległyby zmianie, poddałby analizie ogłoszone zmiany SIWZ i postępując zgodnie ze swoim interesem, jakim jest uzyskanie zamówienia, powinien co najmniej wystąpić do Zamawiającego o wyjaśnienia, czego nie uczynił. Brak inicjatywy i oczekiwanie do dnia otwarcia ofert może być również poczytywany za nadużycie prawa. Odwołujący wbrew swojemu interesowi albo nie śledził zmian w postępowaniu albo nie był zainteresowany złożeniem oferty. Powyższe wiąże się z brakiem interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Konsekwencją braku złożenia oferty przez Odwołującego jest brak interesu w uzyskaniu zamówienia, a tym samym Odwołujący nie ma możliwości skutecznego podważania czynności Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 17 listopada 2010 roku, sygn. akt KIO 2412/10).

Dodatkowo, na posiedzeniu Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przedstawiając w tym zakresie szczegółową argumentację.

Na rozprawie Zamawiający oraz Przystępujący wnosili o oddalenie odwołań w całości, natomiast obaj Odwołujący wykonawcy wnosili o uwzględnienie odwołań.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, dokonanych modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, stanowisk

i oświadczeń stron i uczestników postępowania, zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

W tym zakresie oddalono wnioski o odrzucenie obu odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Niezbędna jest szczegółowa analiza głównej osi sporu między stronami, mianowicie zagadnienia czy Zamawiający prawidłowo wykonał czynności oznaczone wspomnianym powyżej wyrokiem KIO i dokonał nakazanych wyrokiem KIO odpowiednich modyfikacji SIWZ, dlatego nie można było na etapie posiedzenia przed Izbą przesądzić, że odwołania podlegają odrzuceniu, a konieczna jest merytoryczna ocena czynności podjętych przez Zamawiającego.

Izba nie przychyliła się również do wniosków o odrzucenie odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład orzekający w przedmiotowej sprawie stoi na stanowisku, iż ostatecznym terminem, od którego biegnie termin na zakwestionowanie zaniechania wykonania czynności przez Zamawiającego dotyczącej dokonania odpowiednich modyfikacji SIWZ jest termin wyznaczony na składaniu ofert. Jest to termin, po upływie którego niemożliwe są jakiegokolwiek zmiany zapisów SIWZ. Od upływu tego terminu liczyć należy termin do wniesienia odwołania na zaniechanie wprowadzenia jakiegokolwiek zmiany, do której Zamawiający został zobowiązany choćby uprzednio zapadłym wyrokiem KIO. Niezrozumiała była w tym zakresie argumentacja Zamawiającego, że wykonawcy powinni byli po zamieszczeniu w dniu 5 kwietnia 2013 roku modyfikacji SIWZ zwrócić się do Zamawiającego z zapytaniem, czy są to wszystkie zmiany, które będą dotyczyły SIWZ. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on decyduje jakie zmiany i kiedy wprowadzi do zapisów SIWZ. To na Zamawiającym ciążył obowiązek oznaczenia zmian, które wprowadza do SIWZ i czy dotyczą one wykonania wyroku, czy też przyczyna ich wprowadzenia podyktowana jest innymi, niezależnymi od wydanego rozstrzygnięcia KIO okolicznościami. Wykonawcy nie mogą być zobowiązani do dociekania podstaw wprowadzonych zmian. Nie można im z tego powodu postawić zarzutu niedochowania należytej staranności obowiązującej profesjonalistę. Zmiany SIWZ winny być w sposób jasny i precyzyjny opisane i oznaczone przez Zamawiającego. Domniemywać tylko można, iż gdyby wykonawcy skorzystali z przysługujących im uprawnień i wnieśli odwołania w terminie

10 dni od zamieszczenia modyfikacji bądź też w ciągu 10 dni od otrzymania pisemnego uzasadnienia wyroku, takie odwołania zostałyby uznane za przedwczesne.

Ustalono dalej, że wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności Zamawiającego, a raczej zaniechanie wykonania czynności, do których wykonania Zamawiający był zobowiązany, uniemożliwiają lub znacznie utrudniają Odwołującym złożenie ważnej oferty. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniach, Odwołujący mogliby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i istotnych postanowień umowy, sporządzenie tego opisu lub postanowień w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego pozostał fakt, czy wykonawcy Odwołujący złożyli lub nie złożyli ofertę w postępowaniu, skoro odwołania wniesiono już po upływie terminu składania ofert. Zarzuty obu odwołań skierowane były ku zapisom SIWZ, a więc wcześniejszemu etapowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kiedy to interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia rozumiany jest przez doktrynę i orzecznictwo w sposób szeroki.

W treści odwołań zgodnie z rzeczywistością podano stan faktyczny sprawy zaistniały w toku postępowania o udzielenie zamówienia i prawidłowo zaprezentowano dokonane przez Zamawiającego modyfikacje poszczególnych dokumentów obowiązujących w postępowaniu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w odwołaniu wykonawcy POLCOM, dotyczącego niewykonania wyroku KIO z dnia 22 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 522/13) w pkt 1.3. tego wyroku, stwierdzono, że nie zasługiwał on na uwzględnienie.

W pkt 1.3. wspomnianego wyroku Izba nakazała „zmianę terminów realizacji poszczególnych części zamówienia przez wydłużenie terminu wykonania etapu 2 dla części I

zamówienia do 12 tygodni od dnia podpisania umowy i skrócenie terminu wykonania etapu 2 w części II zamówienia do 11 tygodni”.

Zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ w dniu 5 kwietnia 2013 roku zmienił termin opracowania projektu technicznego HDS i PHD w zakresie infrastruktury sprzętowo-systemowo-narzędziowej, który wydłużono z 6 do 8 tygodni od daty podpisania umowy; zmieniono termin opracowania projektu technicznego HDS i PHD w zakresie modułów funkcjonalnych wydłużając go z 9 do 12 tygodni od daty podpisania umowy; a termin wykonania etapu II dla części II skrócono z 12 do 11 tygodni.

Choć w wyroku KIO wytyczne co do zmiany terminów były precyzyjne, to warto zauważyć, iż w odwołaniu z 6 marca 2013 roku wykonawca domagał się zmiany terminów przez ich dostosowanie w części I i II, w taki sposób, by terminy realizacji części I zamówienia były odpowiednio dłuższe niż terminy realizacji zamówienia w części II. Dostrzeżenia także wymaga okoliczność, iż etap II w części I składa się z kilku podetapów, wyrok zaś nie nakazywał wydłużenia terminów na wykonanie poszczególnych zadań – podetapów - składających się na etap, a jedynie wydłużenie do 12 tygodni realizacji całego etapu II części I.

Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę uznano, iż Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał modyfikacji SIWZ, realizując wytyczne zamieszczone w pkt 1.3. wyroku z 22 marca 2013 roku. Zgodnie z zaleceniami wydłużony został do 12 tygodni od daty podpisania umowy ostateczny termin na wykonanie etapu II części I. Wydłużenie terminu z 6 do 8 tygodni na wykonanie pierwszego z podetapów etapu II części I nie stoi w sprzeczności z postanowieniami wyroku Izby. Mamy tu bowiem do czynienia z jednym z elementów składowych tworzących ostatecznie część II etapu I. Zgodnie z żądaniem odwołania z 6 marca 2013 roku oraz wyrokiem z 22 marca 2013 roku skrócony został termin na wykonanie części II etapu II. Zamawiający uczynił więc zadość zasadzie, że terminy na wykonanie części I miały być dłuższe niż terminy na wykonanie części II.

W przypadku zarzutu podniesionego w obu odwołaniach wskazującego na niewykonanie wyroku KIO z 22 marca 2013 roku w pkt 1.5. tego wyroku, stwierdzono, że zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Punkt 1.5. wspomnianego wyroku nakazywał Zamawiającemu modyfikację postanowień załącznika nr 2 do załącznika nr 2.1 do SIWZ wymagania oznaczonego jako WN.01.012 przez doprecyzowanie pojęcia „dokumentacja eksploatacyjna”, zdefiniowanie pojęcia „system” oraz doprecyzowanie zakresu świadczenia wykonawcy. W pisemnym uzasadnieniu wyroku wzięto pod uwagę oświadczenie złożone przez Zamawiającego na rozprawie, że „rozważy doprecyzowanie pojęć „dokumentacja eksploatacyjna”, zdefiniowanie

pojęcia „system” oraz doprecyzowanie zakresu świadczenia wykonawcy”, dlatego też uznano „że zamawiający powinien dołożyć wszelkich starań w celu jak najbardziej wyczerpującego opisanego przedmiotu zamówienia.”

Wbrew więc twierdzeniom Odwołujących wyrok (jego sentencja i pisemne uzasadnienie) nie zawierał szczegółowych wytycznych w zakresie tego, jakie poszczególne definicje miały mieć ostateczne brzmienie. Zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ w dniu 5 kwietnia 2013 roku wprowadził szereg zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie objętym pkt 1.5. wyroku KIO. Skoro w odwołaniu z 6 marca 2013 roku wykonawca wskazywał, że pojęcie „system”, które służy zdefiniowaniu zakresu świadczenia wykonawcy nie zostało w sposób prawidłowy opisane, a Zamawiający doprecyzował zakres odpowiedzialności wykonawcy choćby zmieniając zapisy dokumentów dotyczących gwarancji, skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający prawidłowo wykonał wyrok KIO z 22 marca 2013 roku.

Nieuprawnione są twierdzenia Odwołujących, że Zamawiający nie wykonał wyroku KIO, ponieważ nie wprowadził wprost do dokumentacji przetargowej definicji pojęcia „system”. Izba nakazała zdefiniowanie podanego pojęcia, ale nie wskazała, że powyższe nastąpić ma w sposób literalny, przez dodanie do słownika pojęć lub przez stworzenie słownika głównych pojęć używanych w postępowaniu przez Zamawiającego, czyli wprowadzenie definicji legalnej. Możliwe i prawidłowe w ocenie obecnie rozpoznającego odwołania wykonawców składu Izby było wykonanie wyroku przez funkcjonalne zdefiniowanie spornego pojęcia „system” przez dokładne wskazanie i opisanie, jakiego rodzaju elementy wchodzi w zakres świadczenia objęty zamówieniem (czyli opisanie jakie elementy tworzą „system”), czy też przez choćby doprecyzowanie zakresu odpowiedzialności wykonawcy za realizowany przedmiot świadczenia, czyli za dostarczenie jakich elementów wykonawca w ramach świadczenia gwarancyjnego i odpowiedzialności za wady „produktu – systemu” będzie odpowiadał. Modyfikacja z 5 kwietnia 2013 roku czyni zadość tym wymaganiom.

Punkt 1.8. wyroku z 22 marca 2013 roku nakazywał Zamawiającemu „modyfikację załącznika nr 2.2 do SIWZ przez doprecyzowanie wymagań dotyczących równoważności zaoferowanych produktów do produktów wykorzystywanych przez zamawiającego w zakresie Serwerowego systemu operacyjnego, Systemu bazodanowego dla środowiska testowo-rozwojowego, Systemu bazodanowego pomocniczego zapewniającego dostęp do systemu nieograniczonej liczbie użytkowników, Systemu bazodanowego głównego zapewniającego dostęp do systemu nieograniczonej liczbie użytkowników.”

Zdaniem Izby „dokonany przez zamawiającego opis równoważności Izba uznała za zbyt ogólny, niejednoznaczny. Podkreślić należy, że ofertą równoważną jest oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o jakości i funkcjonalności takiej samej lub zbliżonej do tej, jaka została opisana w SIWZ. Aby możliwa była obiektywna ocena złożonych w danym postępowaniu ofert, zamawiający powinien określić parametry, oczekiwane rozwiązania czy funkcjonalności, jakie powinny być zapewnione przez rozwiązanie równoważne. Zamawiający zobowiązany jest sprecyzować w sposób dokładny i przejrzysty zakres minimalnych parametrów równoważności.”

Dokonując w dniu 5 kwietnia 2013 roku modyfikacji SIWZ, Zamawiający wskazał posiadane przez niego i wykorzystywane systemy, z którymi oferowane przez wykonawców produkty muszą być kompatybilne i muszą w pełni współpracować. Podał również, że oczekuje serwerowego systemu operacyjnego o funkcjonalności systemu Windows Serwer 2008R2. Wbrew twierdzeniom Odwołujących, wprowadzone i zmienione zapisy SIWZ nie są więc jedynie lakoniczne.

W tym zakresie wykonawcy Odwołujący nie udowodnili, że wprowadzone zapisy w rzeczywistości uniemożliwiły złożenie oferty równoważnej. Skład orzekający Izby uznał, iż powyższe nie zostało przez wykonawców wnoszących odwołania wykazane.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp ciężar dowodowy spoczywa na tym, kto dąży do poparcia swoich twierdzeń. To wykonawcy odwołujący się twierdzili, że modyfikacja SIWZ była dokonana w sposób niezgodny z wcześniejszym orzeczeniem Izby i uniemożliwia zaproponowanie produktów równoważnych, jednak poza twierdzeniami, że wyrok Izby został przez Zamawiającego wykonany jedynie pozornie i inna była intencja Izby w powoływanym wyroku Odwołujący, w żaden sposób nie dowodzą, że dokonana modyfikacja spowodowała, że przedmiot stał się niewykonalny, lub stał się niewykonalny w stopniu wyższym, niż przed modyfikacją, że modyfikacja preferuje konkretnego wykonawcę, czy też narusza uczciwą konkurencję i powoduje, że niemożliwe lub znacznie utrudnione będzie równe traktowanie wykonawców. Odwołujący nie wnosili o przeprowadzenie jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie, wskazywali jedynie swoją własną interpretację zapisów SIWZ, co w ocenie składu orzekającego Izby jest nie wystarczające i nie pozwala na uznanie, że wykazano zasadność podniesionego zarzutu.

W przypadku głównego systemu bazodanowego równoważność zdefiniowano w załączniku nr 2.2. do SIWZ określając szereg (ponad 40 parametrów) wymagań – warunków, które system równoważny musi spełniać. W ramach modyfikacji doprecyzowano te zapisy oraz wykreślono zapisy, które mogłyby ograniczać konkurencję. Podobnie sytuacja przedstawia się w przypadku systemu bazodanowego pomocniczego, gdzie w tabeli z pewnością określono minimalne warunki, które spełniać musi system równoważny do

posiadanego przez Zamawiającego. Przekonująca i logiczna jest także argumentacja Zamawiającego, iż system bazodanowy testowy spełniać powinien wszystkie wymagania określone dla głównego systemu bazodanowego głównego, a więc tym samym w identyczny jak dla głównego systemu bazodanowego sposób określono wymagania równoważności.

Wobec powyższego, wykonawcy wnoszący odwołania, nie udowodnili, że Zamawiający nie wykonał wyroku KIO z dnia 22 marca 2013 roku.

Na marginesie tylko dostrzeżenia wymaga, że podstawą prawną zarzutów w dużym zakresie była w rzeczywistości okoliczność naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp przez Zamawiającego. Tak przytoczoną podstawę prawną zarzutu uznać należy za błędną, ponieważ jest to dyrektywa skierowana do Izby, określające granice kognicji i powinno zachowanie Izby przy uwzględnianiu odwołania, natomiast zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp możliwość korzystania za środków ochrony prawnej wymaga wskazania naruszenia ustawy przez Zamawiającego wynikające z jego działania (czynienia) lub zaniechania. Tym samym aby poprawnie skonstruować zarzut w odwołaniu trzeba wskazać na czynność (zaniechanie) Zamawiającego, która nastąpiła wbrew obowiązкови wynikającemu z ustawy Pzp, albowiem Zamawiający nie może naruszyć przepisu kierowanego do Izby.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniach, w tym także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a więc prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym jednocześnie, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie podlega unieważnieniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: