

Sygn. akt: KIO 65/13

POSTANOWIENIE
z dnia 22 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 22 stycznia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2013 r. przez **wykonawcę ATM Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 7**

przy udziale wykonawcy **GTS Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 65/13 po stronie odwołującego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ATM Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21a** tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług kolokacji obejmujących najem powierzchni serwerowej, usługi transmisji światłowodowej do Centrali usługi migracji i inne powiązane zostało wszczęte przez zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 7 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 stycznia 2013r. za numerem 2013/S 005-005766.

W dniu 11 stycznia 2013r. odwołanie wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wniósł odwołujący ATM Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grochowska 21a. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że dokonał opisu przedmiotowego zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców i uniemożliwiający złożenie oferty zamawiającemu przez odwołującego, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w zw. z art. 5 k.c.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia albowiem został on pozbawiony możliwości złożenia oferty, a przez to może ponieść szkodę.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiedniej zmiany treści siwz zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania, a w konsekwencji, na zasadzie art. 38 ust. 4a ustawy dokonania stosownej zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w „Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia”, stanowiącym załącznik nr 2 do siwz oraz w załączniku nr 3c do siwz Formularz Oferty Technicznej” zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie oferty przez firmy świadczące usługi kolokacyjne objęte przedmiotem zamówienia lub ograniczający krąg potencjalnych wykonawców do jednego, preferowanego przez niego wykonawcy.

Zamawiający w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, w pkt 4 Tabeli opisującej wymagane parametry usługi związane z jej lokalizacją wprowadził wymóg sformułowany w następujący sposób:

„teren, na którym znajduje się obiekt powinien znajdować się w odległości minimum 100 m od pomieszczeń lub obszarów trudnych lub niemożliwych do kontrolowania np. parking

publiczny, budynki należące do innych podmiotów gospodarczych lub osób fizycznych itp. ”

Powyższy wymóg został powtórzony w załączniku nr 3c do siwz - Formularz Oferty Technicznej w pkt 6 Tabeli opisującej wymagane parametry obiektu. Dodatkowo zamawiający wskazał, iż jest to dla niego warunek „krytyczny”, a zatem niezbędny na dzień podpisania umowy z wyłonionym w wyniku przedmiotowego postępowania wykonawcą.

Niespełnienie wymagań określonych przez zamawiającego jako „krytyczne” będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy (art. XXIII ust. 3 lit. a) siwz). Dodatkowo zamawiający zastrzegł, iż „Nie spełnienie chociażby jednego warunku, skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania” (art. VIII ust. 4 siwz).

W ocenie odwołującego wymóg położenia terenu, na którym znajduje się obiekt w odległości minimum 100 m od pomieszczeń lub obszarów trudnych lub niemożliwych do kontrolowania, jak np. parking publiczny, budynki należące do innych podmiotów gospodarczych lub osób fizycznych itp. jest niezmiernie trudny lub niemożliwy do spełnienia przez większość lub prawie wszystkie centra kolokacyjne znajdujące się w „odległości nie większej niż 25 kilometrów i nie mniejszej niż 6 kilometrów od siedziby Zamawiającego, zlokalizowanej w Warszawie, al. Jerozolimskie 7” (art. VII ust. 2 pkt 1) siwz), co w sposób istotny utrudnia uczciwą konkurencję oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców, a ponadto uniemożliwia złożenie oferty przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że konsekwencją tak opisanego warunku będzie ograniczenie liczby ofert do jednej - w przypadku, gdy spełnia go centrum danych, którym obecnie znajdują się zasoby zamawiającego (Warszawa, ul. Mory 8) lub żadnej - jeżeli przyjąć, że na terenie serwerowni przy ul. Mory 8, w odległości od ok. 10 do ok. 65 m (obliczenia na podstawie Google Maps) od budynku centrum danych znajduje się kilka budynków należących do innych firm.

Bazując na liście centrów danych przedstawionej w raporcie „Rynek usług Data Center w Polsce” (<http://www.audvtel.pl/publication/catId/2/p/1/id/202>) za rok 2012, przygotowanym przez Audytel S.A., obejmującym centra danych o powierzchni co najmniej 600 m² i dokonując analizy lokalizacji wymienionych w tym raporcie centrów danych stwierdzamy, że przyjęcie określonego w siwz warunku może skutkować tym, że nie będzie możliwe złożenie oferty przez podmioty prowadzące centra danych znajdujące się w Warszawie w odległości nie mniejszej niż 6 kilometrów od siedziby zamawiającego i nie większej niż 25 kilometrów od jego siedziby. Dotyczy to centrów danych m.in. takich operatorów - poza odwołującym - jak: Telekomunikacja Polska S.A., GTS Poland Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., Comarch S.A. czy Wąsko SA

Odwołujący podniósł, że świadczenie usług kolokacyjnych związanych z najmem

powierzchni serwerowej centrów danych wiąże się z koniecznością zapewnienia (zaprojektowania i zrealizowania) klientom wysokich norm bezpieczeństwa, co potwierdzone jest stosownymi certyfikatami ISO (9000 i 27000), ale również audytami przeprowadzanymi przez podmioty mające zamiar kolokowania swoich urządzeń w takich centrach danych. W części są to podmioty z szeroko rozumianego sektora finansowego, w którym normy dotyczące zabezpieczenia i integralności danych są szczególnie surowe (zgodność z zaleceniami normy TIA 940 oraz obowiązującymi przepisami prawa, np. prawa bankowego).

Ponadto odwołujący wskazał, że aspekt „krytyczności” kwestionowanego przez odwołującego wymogu określonego w załączniku nr 2 i załączniku nr 3c do siwz wiążącego się z wymogami zapewnienia bezpieczeństwa obiektu i usługi jest istotnie osłabiony przez potraktowanie przez zamawiającego jedynie jako „istotne”, tj. niezbędne na dzień świadczenia usług (czyli nie „krytyczne”), wymogów określonych w pkt 4 i 5 Tabeli załącznika nr 3c do siwz, które zobowiązują wykonawcę do posiadania całkowitej kontroli nad ruchem osobowo-materiałowym w udostępnianych pomieszczeniach oraz na obszarach bezpośrednio przyległych do takich pomieszczeń a także do tego, aby teren na którym znajduje się obiekt był ogrodzony przy pomocy ogrodzenia stałego.

W związku z przedstawioną wyżej argumentacją w ocenie odwołującego wymóg, aby „teren, na którym znajduje się obiekt powinien znajdować się w odległości minimum 100 m od pomieszczeń lub obszarów trudnych lub niemożliwych do kontrolowania np. parking publiczny, budynki należące do innych podmiotów gospodarczych lub osób fizycznych itp.” jest wymogiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców i dlatego też odwołujący żądał usunięcia powyżej przytoczonego wymogu z siwz, a w szczególności z załącznika nr 2 oraz załącznika nr 3c do siwz.

Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 stycznia 2013r. faksem.

W dniu 14 stycznia 2013r. zamawiający poinformował wykonawców, którzy pobrali siwz o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię oraz zamieszczając kopię odwołania na stronie internetowej i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 17 stycznia 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca GTS Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 15 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, bo uwzględnienie odwołania spowoduje, że będzie mógł złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika

działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 stycznia 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu zgłaszającego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 17 stycznia 2013r. na dowód czego załączono dowody transmisji faksowej i elektronicznej.

W dniu 21 stycznia 2013r. pisemnie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione przez odwołującego i zobowiązuje się do dokonania czynności związanej z modyfikacją treści postanowień siwz w zakresie wskazanym w odwołaniu poprzez eliminację z siwz (załącznik nr 2 i 3c) postanowień warunkujących, aby teren, na którym znajduje się obiekt, którym dysponują potencjalni wykonawcy „powinien znajdować się w odległości minimum 100 m od pomieszczeń lub obszarów trudnych lub niemożliwych do kontrolowania np. parking publiczny, budynki należące do innych podmiotów gospodarczych lub osób fizycznych itp.” Odpowiedź została podpisana przez wiceprezesa zarządu działającego na podstawie uchwały nr 12/2013/DI/ORG z dnia 21 stycznia 2013r. upoważniającego go do samodzielnego wykonywania w imieniu kierownika zamawiającego czynności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uchwała została podpisana przez prezesa zarządu zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie po stronie odwołującego spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

W związku z faktem, iż przed otwarciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania i nie nastąpiło skuteczne zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego, zaszły podstawy do umorzenia postępowania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w

prowadzonym postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący