

POSTANOWIENIE

z dnia 22 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

wobec cofnięcia w dniu **19 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2014 r.

przez wykonawcę: **ITERNITY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup systemu DWDM* (nr postępowania TZ/271/82/14)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. „TRECOM sp. z o.o.” S.K.A. z siedzibą w Warszawie

B. DIMENSION DATA POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – ITERNITY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 13500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. 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

Zamawiający: Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Zakup systemu DWDM* (nr postępowania TZ/271/82/14). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 października 2014 r. pod nr 2014/S_201-354586. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 grudnia 2014 r. Odwołujący: ITERNITY sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł, w formie pisemnej {pismo datowane na 11 grudnia 2014 r.}, odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej {zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu} od czynności Zamawiającego polegającej na zmianie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. – przez zaniechanie sporządzenia postanowień SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Art. 29 ust. 2 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie w uzasadnieniu następujących okoliczności prawnych i faktycznych.

Odwołujący podał, że w załączniku nr 1 do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający, w części pn. *Wymagania dotyczące systemu DWDM*, dodał pkt 52 w brzmieniu: *Urządzenie musi zapewniać szyfrowanie wszystkich przesyłanych sygnałów podłączonych po stronie abonenckiej przed wysłaniem ich w światłowód*. Zamawiający uczynił to 1 grudnia 2014 r., w zw. z pytaniem nr 15 jednego z wykonawców, który w treści pytania zawarł sugestię takiego brzmienia postanowienia SIWZ. Uprzednio Zamawiający nie przewidywał obowiązku szyfrowania wszystkich przesłanych sygnałów podłączonych po stronie abonenckiej.

Odwołujący podniósł, że co do zasady, dostarczane urządzenia zapewniają wyłącznie

szyfrowanie danych (w celu zapewnienia ich poufności), a nie wszystkich sygnałów, co nie znajduje uzasadnienia merytorycznego.

Odwołujący powołał się na to, że Komisja Nadzoru Finansowego w rekomendacji D ze stycznia 2013 r., dotyczącej zarządzania obszarami technologii informacyjnej i bezpieczeństwa środowiska teleinformatycznego w bankach, w rekomendacji 10, dotyczącej współpracy z zewnętrznymi dostawcami usług, w pkt. 10.6 (punkt pierwszy) zawarła obowiązek szyfrowania danych w celu zapewnienia poufności tych danych, a nie wszystkich sygnałów.

Odwołujący dodał, że sygnałami mogą być połączenia poprzez protokół typu ISC-3, który służy do synchronizacji czasowej serwerów, a w sygnałach tych nie są przesyłane żadne dane, którym należy zapewnić poufność.

Odwołujący wskazał na treść dokumentacji technicznej firmy IBM dotyczącą systemów mainframe, gdzie zamieszczono informacje odnośnie sposobu użycia połączeń typu ISC-3 w systemach odległych, rozproszonych centrów danych: *ServerTime Protocol (STP), ma na celu zapewnienie możliwości zarządzania synchronizacją czasu dla wielu serwerów oraz CFs bez konieczności posiadania zegara IBM sysplex. STP zapewnia korzyści funkcjonalne i ekonomiczne w porównaniu do zegara IBM sysplex. (...) STP jest protokołem w ramach którego informacje STP są przesyłane poprzez połączenia typu ISC-3 oraz PSIFB. Protokoły ISC-3 i PSIFB są połączeniami które mogą przysyłać komunikaty synchronizacji czasu STP między dwoma centrami danych na platformie DWDM.*

Ponadto analiza dostępnych danych dotyczących oferowanych na rynku urządzeń zapewniających wykonanie zamówienia, produkowanych przez głównych liderów branży, przywiodła Odwołującego do wniosku, że o ile zapewniają szyfrowanie danych, o tyle nie zapewniają szyfrowania sygnałów, takich jak protokół ISC-3, służących do synchronizacji czasowej.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien uwzględniać uwarunkowania rynkowe i dopuszczać szyfrowanie danych w celu zachowania poufności, a nie wymagać szyfrowania wszystkich sygnałów, również takich, które nie zawierają danych, gdyż w przeciwnym razie dochodzi do naruszenia art. 29 ust. 1 pzp, z uwagi na nie uwzględnienie powyższych okoliczności faktycznych. W myśl art. 29 ust. 1 pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zdaniem Odwołującego powyższa kwestia budzi zastrzeżenia również u innych podmiotów, pewnie były składane pytania do Zamawiającego, jednak Zamawiający pozostawił je bez odpowiedzi z uwagi na upływ ustawowego terminu na udzielenie

odpowiedzi przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł również, że art. 29 ust. 2 pzp to zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zaś podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co znajduje odzwierciedlenie w art. 7 ust. 1 pzp.

Odwołujący podkreślił, że wystarczy uprawdopodobnienie przez niego utrudnienia uczciwej konkurencji, albowiem ciężar dowodu udowodnienia uczciwej konkurencji spoczywa na Zamawiającym {wyrok Izby z 17 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1164/11}.

Odwołujący przytoczył za wyrokiem Izby z 5 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 765/14): *Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy Zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbytnie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego.*

Odwołujący zarzucił, że zmiana treści SIWZ znacząco ograniczyła konkurencję, gdyż wymaga się szyfrowania wszystkich sygnałów, a nie szyfrowania danych, z wyłączeniem szyfrowania sygnałów z zastosowaniem protokołu ICS-3 służącego do synchronizacji czasowej.

Odwołujący dodał, że ww. rekomendacja D w zakresie szyfrowania dotyczy przetwarzania danych przez podmioty trzecie, a takiej sytuacji w tym wypadku nie będzie, gdyż system DWDM będzie obsługiwał Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego jeżeli jednak nadmiarowo Zamawiający pragnie szyfrować wszelkie informacje, powinien ograniczyć się przynajmniej do informacji rzeczywiście wysoce poufnych, wymagających tak daleko posuniętej ochrony.

Wobec tego w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien bądź zrezygnować z szyfrowania, które na ma specjalnego uzasadnienia przy transmisji w systemach DWDM, bądź faktycznie ograniczyć szyfrowanie do części interfejsów transmitujących dane specjalnego znaczenia, z pewnością z wyłączeniem interfejsu ISC-3.

Odwołujący podsumował, że treść pkt 52 powinna być wykreślona lub mieć następujące brzmienie: *Urządzenie powinno zapewniać szyfrowanie danych o wysokim stopniu poufności wpisywanych po stronie abonenckiej, a następnie transmitowanych w światłowód w wybranych przez Zamawiającego 50% dostępnych interfejsów z wyłączeniem protokołu ISC-3.*

11 grudnia 2014 r. Zamawiający zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

12 grudnia 2014 r. „TRECOM sp. z o.o.” S.K.A. z siedzibą w Warszawie zgłosiła, w formie pisemnej, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

15 grudnia 2014 r. DIMENSION DATA POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosiła, w formie pisemnej, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania obu zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności któregokolwiek z przystąpień, co do których nie zgłoszono również opozycji.

19 grudnia 2014 r. do Izby wpłynęło pismo Odwołującego z 18 grudnia 2014 r., w którym oświadczył, że na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy pzp cofa odwołanie z 11 grudnia 2014 r. wniesione w postępowaniu o nr TZ/271/82/14.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Odwołujący skorzystał z powyższego uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron i Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

Sygn. akt KIO 2623/14

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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: