

Sygn. akt: KIO/UZP 1540/09

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 19 listopada 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie:** Barbara Bettman  
Magdalena Grabarczyk

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"SOLIDEX" S.A., 30-133 Kraków, ul. J. Lea 124** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Główna Straży Granicznej- Zespół do Spraw Zamówień Publicznych, 00-463 Warszawa, ul. Podchorążych 38** protestu z dnia 25 września 2009 r.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **"SOLIDEX" S.A., 30-133 Kraków, ul. J. Lea 124** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **"SOLIDEX" S.A., 30-133 Kraków, ul. J. Lea 124,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **"SOLIDEX" S.A., 30-133 Kraków, ul. J. Lea 124** na rzecz **Komenda Główna Straży Granicznej- Zespół do Spraw Zamówień Publicznych, 00-463 Warszawa, ul. Podchorążych 38** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"SOLIDEX" S.A., 30-133 Kraków, ul. J. Lea 124.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Komenda Główna Straży Granicznej prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup pakietów gwarancyjnych producenta do eksploatowanego sprzętu telekomunikacyjnego Straży Granicznej.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2009 roku, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 sierpnia 2009 roku pod poz. 233001 - 2009 - PL.

W dniu 25 września 2009 roku, odwołujący – Solidex S.A. wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na zmianie opisu przedmiotu zamówienia na skutek udzielonych odpowiedzi na pytania (pismo z dnia z dnia 24 września 2009 roku). W ocenie odwołującego zamawiający odpowiadając na pytania 9 i 10 sformułował na nowo opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

W dniu 30 września 2009 roku, zamawiający protest oddalił, wskazując przede wszystkim że udzielając odpowiedzi na pytania 9 i 10 podtrzymał dotychczasowe zapisy siw i wbrew twierdzeniom odwołującego nie dokonał żadnej modyfikacji.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, w dniu 9 października 2009 roku odwołujący złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym wskazał na

naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję przez nieuprawnioną modyfikację opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że na skutek modyfikacji z dnia 24 września 2009 roku zamawiający uniemożliwił złożenie oferty równoważnej, co powoduje konieczność zaoferowania usług producenta, a tym samym konieczność ich zakupu co podniesie wartość oferty, która stanie się mniej konkurencyjna. Zatem interes prawny odwołującego doznał uszczerbku przez zmniejszenie szans na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1. dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia tak, aby nie naruszał przepisów ustawy.
2. jeżeli okaże się to niemożliwe – nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu w dniu 9 października 2009 roku.

***Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników stron na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Przedmiotem zamówienia jest zapewnienie obsługi serwisowej eksploatowanego przez Straż Graniczną systemu sieciowego Cisco Systems oraz zapewnienie wsparcia technicznego w rozwiązywaniu problemów i administracji systemem telekomunikacyjnym przez:

- dostawę gwarancji producenta w postaci pakietów gwarancyjnych dla wskazanych urządzeń i oprogramowania w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej,
- zapewnienie zaawansowanego wsparcia technicznego w usuwaniu awarii i diagnostyce sieci przez inżynierów sieciowych producenta urządzeń, w jednostkach organizacyjnych Straży Granicznej,
- dostarczenie kredytów szkoleniowych dla inżynierów sieciowych Straży Granicznej.

Szczegółowe wymagania co do realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający opisał w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ), stanowiącym załącznik nr 1 do siwz. Jednocześnie zastrzegł, że jeśli w OPZ użyto do opisanie przedmiotu zamówienia oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta, produkt lub wskazano znaki towarowe, patenty lub pochodzenie urządzeń, zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych, przez które należy rozumieć produkty o parametrach nie gorszych od przedstawionych w OPZ spełniające wymagania zamawiającego co najmniej w tym samym zakresie co produkty opisane w OPZ.

W OPZ, zamawiający wskazał, że Straż Graniczna wykorzystuje platformę teleinformatyczną w całości zbudowaną w oparciu o sprzęt i oprogramowanie firmy Cisco Systems. W celu zapewnienia optymalnego poziomu obsługi oraz niezawodności eksploatowanego systemu telekomunikacyjnego Straż Graniczna planuje dostawę dodatkowych pakietów gwarancyjnych producenta sprzętu sieciowego SMARTNET na następne 36 - miesięcy funkcjonowania. Dla zapewnienia możliwie największego bezpieczeństwa poczynionych inwestycji i wysokiego poziomu pewności usługi serwisowej Zamawiający wymaga, aby oferta serwisowa (zarówno w zakresie pakietów gwarancyjnych jak i wsparcia technicznego) była oparta na bazie usług producenta kierowanych do posiadanego przez Zamawiającego rozwiązania i zapewniała możliwość automatycznego przejęcia usług przez innego partnera lub bezpośrednio przez producenta w przypadku nie wywiązywania się Wykonawcy wyłonionego w przetargu z przyjętych zobowiązań (pkt 3 OPZ Wymagania Ogólne).

W ramach zamówienia wybrany wykonawca musi m.in.:

- dostarczyć pakiety gwarancyjne dla wskazanych urzędzeń, gwarantujące naprawę lub wymianę urządzenia w przypadku awarii,
- dostarczyć pakiety gwarancyjne dla wskazanych urzędzeń i oprogramowania, zapewniające dostęp do poprawek, aktualnych sygnatur dla urzędzeń IPS i uaktualnienia oprogramowania.

W zakresie wsparcia technicznego (pkt 5 OPZ Zaawansowane wsparcie techniczne), Zamawiający wymaga by wykonawca zapewnił zaawansowane wsparcie techniczne w usuwaniu awarii i diagnostyce sieci zamawiającego zbudowanej w całości na bazie sprzętu oraz oprogramowania Cisco Systems przez:

1. trzech inżynierów producenta z certyfikatem Cisco Certified Internetwork Expert – CCIE lub równoważnego.
2. inżyniera producenta ze stopniem certyfikacji dla bezpieczeństwa Cisco Certified Internetwork Expert – CCIE Security lub równoważnego.

Zamawiający wymaga, aby inżynierowie mieli bezpośredni dostęp do wewnętrznych baz danych producenta w celu skutecznej diagnostyki sieci oraz szybkiej reakcji na awarie, a w szczególności powinni:

1. mieć bezpośredni i nieograniczony, co do liczby zgłoszeń, dostęp do zespołu producenta odpowiedzialnego za rozwój technologii i produktów,
2. mieć dostęp do zasobów stanowiących własność intelektualną producenta. Zakres dostępu musi obejmować co najmniej wewnętrzną bazę wiedzy producenta na temat konfiguracji (Internal Best Practice), wewnętrzną bazę na temat błędów w oprogramowaniu (Internal IOS Bug scrubs) oraz bazę wiedzy producenta (Technical Knowledge Library),

3. mieć możliwość bezpośredniej zmiany priorytetów i kolejowania zgłoszeń serwisowych,
4. dostęp pozwalający na uzupełnianie i zmianę numerów seryjnych urządzeń w bazach producenta

Izba ustaliła, że pismem z dnia 24 września 2009 roku (ZP/1432/09), zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania do treści siwz, wskazując w odpowiedzi na pytanie nr 9 „Czy zamawiający uzna za równoważne dostarczenie pakietów gwarancyjnych bazujących na usłudze Shared Suport kierowanej do partnerów serwisowych producenta, przy czym oferent zapewni zamawiającemu parametry usługi nie gorsze niż opisane w OPZ pkt 4?”, że „Zamawiający podtrzymuje zapisy OPZ i wymaga dostarczenia pakietów gwarancyjnych opartych na usłudze producenta kierowanej bezpośrednio do użytkowników końcowych a nie na usłudze kierowanej do partnerów serwisowych producenta, co zostało wcześniej uzasadnione i wyjaśnione w OPZ”.

Z kolei na pytanie nr 10 „Czy zamawiający uzna za równoważne dostarczenie zaawansowanego wsparcia technicznego bazującego na inżynierach CCIE zatrudnionych przez oferenta i posiadających dostęp do baz serwisowych producenta dedykowanych partnerów serwisowych?”, zamawiający wskazał, że „Zamawiający podtrzymuje zapisy OPZ i wymaga dostarczenia zaawansowanego wsparcia technicznego bazującego na inżynierach CCIE pracujących na rzecz producenta, posiadających dostęp do wewnętrznych baz i zasobów producenta dedykowanych dla inżynierów świadczących usługi wsparcia technicznego i serwisu w imieniu producenta, tak jak to wcześniej opisano w siwz.

Izba ustaliła także, iż termin składania ofert upłynął w dniu 28.09.2009 roku, a odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie wymogów w zakresie zaawansowanego wsparcia technicznego. Ponadto zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia okoliczność wynikającą z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wyjaśniając, że otrzymane w dopowiedzi na pismo z dnia 12 października 2009 roku wyjaśnienia nie zawierają wyjaśnień rażąco niskiej ceny, o które zwracał się zamawiający. Strony potwierdziły, że czynność odrzucenia oferty odwołującego Solidex S.A. jest objęta odrębnym postępowaniem protestacyjnym.

W dniu 23.10.2009 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Intertrading Systems Technology.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba jest obowiązana z urzędu badać przesłanki określone w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, których ziszczenie się skutkuje obligatoryjnym odrzuceniem odwołania na posiedzeniu Izby. Zebrany w przedmiotowej sprawie materiał i wyjaśnienia stron złożone na posiedzeniu wskazują na zaistnienie przesłanki określonej w art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że zarzuty podniesione w proteście i odwołaniu zostały zgłoszone po upływie ustawowego terminu przewidzianego na ich wniesienie.

Odwołujący wskazał na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz na art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję przez nieuprawnioną modyfikację opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, udzielone w dniu 24 września 2009 roku, odpowiedzi na pytania nr 9 i 10 (pismo ZP/1432/09), wbrew twierdzeniom odwołującego, nie stanowiły modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, nie wytworzyły nowej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Udzielone wyjaśnienia, mimo iż nie zawierały literalnie identycznych sformułowań, jak użyte w treści opisu przedmiotu zamówienia, nie doprowadziły do powstania nowej treści czy zmiany opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz. Zamawiający wskazał w trakcie posiedzenia, że już z zamieszczonych w opisie przedmiotu zamówienia sformułowań wynikało jednoznacznie, iż wymaga dostarczenia pakietów opartych na usłudze kierowanej bezpośrednio do użytkowników końcowych a nie na usłudze kierowanej do partnerów serwisowych. O wykluczeniu możliwości zaoferowania produktów opartych na usłudze kierowanej do partnerów serwisowych świadczą choćby przywołane przez zamawiającego postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, gdzie wskazał, że „w celu zapewniania optymalnego poziomu obsługi oraz niezawodności eksploatowanego systemu telekomunikacyjnego Straż Graniczna planuje dostawę dodatkowych pakietów gwarancyjnych producenta sprzętu sieciowego SMARTNET”. Zamawiający wskazał, że istotną cechą charakterystyczną pakietu gwarancyjnego producenta sprzętu sieciowego SMARTNET jest to, że produkt ten jest oparty na usłudze kierowanej bezpośrednio do użytkowników końcowych a nie do partnerów serwisowych. Zdaniem Izby informację o tym, że zamawiający wymaga dostarczenia pakietów opartych na usłudze kierowanej do partnerów końcowych, odwołujący, jako podmiot profesjonalny działający w tej branży mógł powziąć już z treści samego opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w siwz,

udostępnionej wykonawcom na stronie internetowej zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2009 roku.

Analogicznie, przez odpowiedź na pytanie nr 10, gdzie zamawiający określił, że wymaga zaawansowanego wsparcia technicznego bazującego na inżynierach CCIE pracujących na rzecz producenta, nie doszło do wykreowania nowej treści wymogów w stosunku do treści zawartej w opisie przedmiotu zamówienia. Informacja co do wskazanych w odpowiedzi na pytanie 10 wymagań wynikała już z treści pkt 5 opisu przedmiotu zamówienia, gdzie zamawiający wskazał na konieczność zapewnienia wsparcia technicznego przez „inżynierów producenta” a dodatkowo przez precyzyjne określenie zakresu dostępu do wewnętrznych baz danych producenta w celu skutecznej diagnostyki sieci oraz szybkiej reakcji na awarie, do których dostęp mają wyłącznie inżynierowie CCIE pracujący na rzecz producenta, wykluczył możliwość zaproponowania wsparcia technicznego bazującego na inżynierach zatrudnionych u oferenta i posiadających dostęp do baz serwisowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, odpowiedzi na pytania nr 9 i 10 potwierdziły jedynie pierwotnie zawarte już w opisie przedmiotu zamówienia siwz wymagania, tak w zakresie dostarczonych pakietów gwarancyjnych jak i zaawansowanego wsparcia technicznego, nie zmieniły treści siwz i nie doprowadziły do wytworzenia nowych wymogów. Zamawiający, udzielając odpowiedzi podtrzymał wcześniejsze postanowienia opisu przedmiotu zamówienia, co wprost zaznaczył w treści odpowiedzi.

Ponieważ udzielone na pytania 9 i 10 odpowiedzi nie doprowadziły do powstania nowych wymogów i nie były, zdaniem Izby, modyfikacją siwz, a jedynie potwierdzeniem określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań, to należy uznać, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję winien być zgłoszony w terminie, wynikającym z art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp tj. w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia siwz na stronie internetowej (21 sierpnia 2009 roku), która te wymogi już określała.

Zdaniem Izby, udzielane w toku trwania procedury o zamówienie publiczne wyjaśnienia do siwz, które nie kreują nowych wymogów i nie tworzą nowej treści, a są jedynie potwierdzeniem, choć nie literalnym, wcześniejszych postanowień zawartych w siwz, nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego przedłużania przez wykonawców terminu na skorzystanie ze środka ochrony prawnej, jakim jest protest. Skoro, jak wykazało przeprowadzone posiedzenie, już w oparciu o treść siwz odwołujący mógł wywnioskować, że zamawiający dopuszcza jedynie zaoferowanie pakietów opartych na usłudze kierowanej do użytkowników końcowych oraz, że przez określenie zakresu dostępnych baz danych wymaga aby inżynierowie CCIE pracowali na rzecz producenta, to należy uznać, że w istocie już postanowienia siwz winny stanowić skuteczną podstawę do wniesienia protestu. Termin na wniesienie protestu należy liczyć od dnia powzięcia lub możliwości powzięcia informacji o

podstawie do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Termin ten ma charakter zawity co oznacza, że jego bezskuteczny upływ powoduje utratę prawa do wniesienia protestu. Należy podzielić stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, który w wyroku z dnia 26 listopada 2007 roku (Sygn. akt V Ca 2056/07) wskazał, że „wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana w art. 183 Pzp a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym”.

Uwzględniając powyższe, należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....