

Sygn. akt: KIO 2706/13/13

WYROK
z dnia 9 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Cyprian Świś

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2013 r. przez **Odwołującego – AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36A, 04-802 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa,**

przy udziale:

1. **Wykonawcy - "Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.
2. **Wykonawcy - Kapsch Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.
3. **Wykonawcy - S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.
4. **Wykonawcy - SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36A, 04-802 Warszawa,**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **AGN Polska Sp. z o.o., ul. Zbójnogórska 36A, 04-802 Warszawa** 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 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

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest „dostawa sprzętu IT wraz z usługami towarzyszącymi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2013r. pod poz. 2013/S 136-235770.

Powodem wniesienia odwołania są czynności zamawiającego z dnia 13 listopada 2013 r. polegające na opublikowaniu zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej „SIWZ” oraz udzieleniu wyjaśnień do treści SIWZ.

Odwołujący zgodnie z art. 180 ust.1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 - tekst jednolity z późn. zm. zwanej dalej „ustawą PZP” bądź „Prawo zamówień publicznych” wniósł odwołanie wobec dokonanej zmiany treści SIWZ oraz udzielonych wyjaśnień do treści SIWZ.

Wprowadzone czynności / zaniechania dokonania czynności w ocenie odwołującego naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Bowiern zaskarżone postanowienia uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu zgodną z treścią opublikowanej SIWZ z następujących przyczyn:

1. zaniechania określenia w załączniku A do SIWZ SOPZ na czym polegać będzie nadzór konsorcjum HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją przedmiotu umowy zawartej po przeprowadzeniu niniejszego postępowania, co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy PZP, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP, a także art. 192 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1) ustawy PZP; w SOPZ Załącznik IV Wymagane parametry techniczne dla urządzeń teleinformatycznych pkt. 5.5.1 Macierz dyskowa - w tabeli, w wierszu „Skalowalność”, w kolumnie „Charakterystyka” po słowach „128GB pamięci cache” dodał postanowienie: „Zamawiający dopuszcza skalowanie pamięci cache oraz wydajności całej macierzy za pomocą dodawania par kontrolerów przy czym awaria dowolnej pary kontrolerów nie może powodować przerwy w dostępie do danych udostępnianych przez macierz.” co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. Poz. 168-tekstjednolity); zaniechał dokonania czynności przedłużenia terminu składania ofert o 22 dni pomimo dokonania w dniu 13 listopada 2013 r. istotnej zmiany SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia skutkującej koniecznością wprowadzenia szeregu istotnych zmian w

składanej ofercie, co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 38 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy PZP.

Odwołujący wnosi o: uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu: jednoznacznego określenia w załączniku A do SIWZ SOPZ na czym polegać będzie nadzór konsorcjum HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją Umowy, usunięcia w SOPZ Załącznik IV Wymagane parametry techniczne dla urządzeń teleinformatycznych pkt. 5.5.1 Macierz dyskowa - w tabeli, w wierszu „Skalowalność”, w kolumnie „Charakterystyka” po słowach „128GB pamięci cache” postanowienia o treści: ”przy czym awaria dowolnej pary kontrolerów nie może powodować przerwy w dostępie do danych udostępnionych przez macierz”.

Alternatywnie zmianę całego dodanego w dniu 13 listopada 2013 r. postanowienia na następujące brzmienie:

„ Zamawiający dopuszcza skalowanie pamięci cache oraz wydajności całej macierzy za pomocą dodawania par kontrolerów przy czym awaria dowolnego kontrolera nie może powodować przerwy w dostępie do danych udostępnianych przez macierz.”.

3) przedłużenia terminu składania ofert w postępowaniu co najmniej do dnia 13 grudnia 2013 r.

zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz fakt, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP, a także interes w złożeniu odwołania, w tym, że ww. czynności zamawiającego w postaci zaniechania wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2013 r. Sygn. akt: KIO 1823/13, zmiany treści SIWZ, ustalenia nowych postanowień SIWZ oraz wyjaśnień do treści SIWZ oraz zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach uniemożliwiają Odwołującemu złożenie w wyznaczonym terminie oferty w postępowaniu.

Gdyby nie wskazane w niniejszym odwołaniu czynności/zaniechania dokonania czynności zamawiającego, odwołujący mógłby zarówno brać udział w dalszym toku postępowania, jak i uzyskać, a następnie należycie wykonywać zamówienie. Wskutek czynności/zaniechań dokonania czynności przez zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę wyrażającą się w niezyskaniu zamówienia.

Powyższe potwierdza istnienie interesu odwołującego we wniesieniu odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 13 listopada 2013 r. opublikował zmianę treści SIWZ oraz udzielił wyjaśnień do treści SIWZ, co stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienie odwołania w przedmiotowym postępowaniu.

Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 22 listopada 2013 r., co oznacza, że odwołujący uczynił zadość wymaganom określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz ust.3 pkt 1 ustawy PZP, to jest wniósł odwołanie w 10 dniowym terminie.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Co do niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2013r. w sprawie o Sygn. akt KIO1823/13. Wyrokiem z dnia 23 sierpnia 2013 r. sygn. akt: KIO 1823/13, Izba uwzględniła odwołanie Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. dalej „HP Polska” z dnia 26 lipca 2013 r., w tym zarzut, że zamawiający w załączniku A do SIWZ, SOPZ określił:

„Realizacja przedmiotu Umowy będzie nadzorowana przez konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. w formie nadzoru nad realizacją założeń SPKiCSCP i przygotowanym procesem Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych (KiCSCP).”

Izba nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie ww. postanowienia poprzez określenie na czym będzie polegać nadzór konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. w przedmiotowym postępowaniu. Spółka w postępowaniu odwoławczym KIO 1823/13 przystąpiła do odwołania po stronie odwołującego HP Polska.

Zamawiający nie wykonał wyroku Izby, na co HP Polska wniosło w dniu 31 października 2013 r. kolejne odwołanie. Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2013 r. wprowadził dodatkowy załącznik stanowiący załącznik z umowy zawartej z zamawiającym przez konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. określający wyłącznie obowiązki ww. firm w ramach umowy nr C/123/09/DI/B/140. W związku z tym KIO w zakresie tego zarzutu uwzględniło odwołanie (sygn. akt: KIO 2550/13), co wskazało w ustnym wyroku z dnia 19 listopada 2013 r. Jednocześnie KIO oddaliło odwołanie z uwagi na zmianę SIWZ przez zamawiającego w zakresie tego zarzutu, z dniem 13 listopada 2013 r. (co z oczywistych powodów nie było przedmiotem odwołania z dnia 31 października 2013 r.) Spółka podnosi, iż Zamawiający w dalszym ciągu pomimo istnienia prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2013 r., na który nie wnosił skargi nie wprowadził nakazanych przez Izbę zmian w SIWZ. Dokonana w dniu 13 listopada 2013 r. zmiana stanowiła wyłącznie czynność techniczną opublikowania dokumentu, który jest dostępny dla wszystkich zainteresowanych podmiotów w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2001 nr 112 poz. 1198) w związku z art. 139 ust. 3 ustawy PZP. Odwołujący podnosi, iż w wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1823/13 Izba jasno wskazała: „Niemniej jednak zamawiający powinien również wyjaśnić wykonawcom, na czym będzie polegał ów nadzór firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. ”

Po stronie odwołującego będącego partnerem HP Polska jako podmiotu zainteresowanego udziałem w postępowaniu, który potencjalnie chciałby skorzystać w trybie art. 26 ust. 2b

ustawy PZP z zasobów HP, brak określenia roli HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. otwiera możliwość postawienia zarzutu przez innych wykonawców o nieuprawnionym uprzywilejowaniu odwołującego w niniejszym postępowaniu wskutek korzystania z potencjału HP Polska. Następstwem podniesionych zarzutów wobec odwołującego może być wykluczenie, a następnie odrzucenie oferty odwołującego.

Tym samym, zaniechanie dokonania czynności nakazanej przez Izbę w wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 r. w nieuprawniony sposób dyskryminuje odwołującego. Działania zamawiającego stanowią zatem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i wyrokiem z dnia 23 sierpnia 2013 r. sygn. akt: KIO 1823/13, Izba uwzględniła odwołanie Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o. dalej „HP Polska” z dnia 26 lipca 2013 r., w tym zarzut, że Zamawiający w załączniku A do SIWZ, SOPZ określił: „Realizacja przedmiotu Umowy będzie nadzorowana przez konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. w formie nadzoru nad realizacją założeń SPKiCSCP i przygotowanym procesem Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych (KiCSCP). ”

Izba nakazała zamawiającemu doprecyzowanie ww. postanowienia poprzez określenie na czym będzie polegać nadzór konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. w przedmiotowym postępowaniu. Spółka w postępowaniu odwoławczym KIO 1823/13 przystąpiła do odwołania po stronie odwołującego HP Polska.

Zamawiający nie wykonał wyroku Izby, na co HP Polska wniosło w dniu 31 października 2013 r. kolejne odwołanie. Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2013 r. wprowadził dodatkowy załącznik stanowiący załącznik z umowy zawartej z zamawiającym przez konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. określający wyłącznie obowiązki ww. firm w ramach umowy nr C/123/09/DI/B/140. W związku z tym KIO w zakresie tego zarzutu uwzględniło odwołanie (sygn. akt: KIO 2550/13), co wskazało w ustnym wyroku z dnia 19 listopada 2013 r. Jednocześnie KIO oddaliło odwołanie z uwagi na zmianę SIWZ przez zamawiającego w zakresie tego zarzutu, z dniem 13 listopada 2013 r. (co z oczywistych powodów nie było przedmiotem odwołania z dnia 31 października 2013 r.)

Spółka podnosi, iż zamawiający w dalszym ciągu pomimo istnienia prawomocnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2013 r., na który nie wnosił skargi nie wprowadził nakazanych przez Izbę zmian w SIWZ. Dokonana w dniu 13 listopada 2013 r. zmiana stanowiła wyłącznie czynność techniczną opublikowania dokumentu, który jest dostępny dla wszystkich zainteresowanych podmiotów w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2001 nr 112 poz. 1198) w związku z art. 139 ust. 3 ustawy PZP.

Odwołujący podnosi, iż w wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1823/13 Izba jasno wskazała: „Niemniej jednak zamawiający powinien również wyjaśnić wykonawcom, na czym będzie polegał ów nadzór firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. ”

Po stronie Odwołującego będącego partnerem HP Polska jako podmiotu zainteresowanego udziałem w Postępowaniu, który potencjalnie chciałby skorzystać w trybie art. 26 ust. 2b ustawy PZP z zasobów HP, brak określenia roli HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. otwiera możliwość postawienia zarzutu przez innych wykonawców o nieuprawnionym uprzywilejowaniu Odwołującego w niniejszym Postępowaniu wskutek korzystania z potencjału HP Polska. Następstwem podniesionych zarzutów wobec Odwołującego może być wykluczenie, a następnie odrzucenie oferty Odwołującego.

Tym samym, zaniechanie dokonania czynności nakazanej przez Izbę w wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 r. w nieuprawniony sposób dyskryminuje Odwołującego. Działania Zamawiającego stanowią zatem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego, dokonany w ten sposób opis przedmiotu zamówienia jest niejasny i niepełny nie zawierając wszystkich informacji niezbędnych odwołującemu w podjęciu decyzji czy może złożyć ofertę w postępowaniu, która nie zostanie zakwestionowana przez innych wykonawców. Odwołujący podnosi, iż to zamawiający jako dysponent środków publicznych oraz gospodarz postępowania powinien podać wykonawcom wszystkie wymagane informacje.

Brak jednoznacznego określenia na czym będzie polegał nadzór firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad umową powoduje, iż dokonany opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu narusza art. 29 ustawy PZP w szczególności ust. 2, zgodnie z którym: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. ”. Mając na uwadze powyższe, przedmiotowy zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Co do zmiany treści SIWZ ograniczającej uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający w dniu 13 listopada 2013 r., w SOPZ Załącznik IV Wymagane parametry techniczne dla urządzeń teleinformatycznych pkt. 5.5.1 Macierz dyskowa - w tabeli, w wierszu „Skalowalność”, w kolumnie „Charakterystyka” po słowach „128GB pamięci cache” dodał postanowienie: „ Zamawiający dopuszcza skalowanie pamięci cache oraz wydajności całej macierzy za pomocą dodawania par kontrolerów przy czym awaria dowolnej pary kontrolerów Wprowadzenie tak sformułowanego postanowienia uniemożliwia Odwołującemu złożenie zgodnej z SIWZ oferty na rozbudowę dostarczonego w ramach KiC IB środowiska pamięci masowej. Macierze Hewlett - Packard oferowane przez odwołującego obsługują bowiem awarię maksymalnie jednego kontrolera, a nie pary kontrolerów. Awaria pary kontrolerów powoduje niedostępność danych. Odwołujący podnosi, iż większość dostępnych na rynku nowoczesnych rozwiązań macierzowych klasy high-end (a rozwiązania tej klasy są wdrażane w ramach projektu KiC) skaluje się poprzez dokładanie par kontrolerów. W ten

sposób umożliwia się rozbudowę nie tylko pojemności, ale także wydajności całego rozwiązania.

Żadna z tego typu macierzy nie zapewnia jednak dostępności do danych w przypadku awarii dowolnej pary kontrolerów. W ocenie odwołującego wprowadzona zmiana postanowień SIWZ preferuje rozwiązanie IBM dostarczone w ramach KiC 1 A, które zbudowane jest w tradycyjnej architekturze opartej jedynie o dwa kontrolery. Ponadto, wprowadzona zmiana treści SIWZ nosi znamiona poważnej zmiany, gdyż eliminuje możliwość rozbudowy środowiska dostarczonego w ramach KIC IB i złożenia innej oferty niż oferta oparta na rozwiązaniu IBM. Tym samym zamawiający preferuje jednoznacznie rozwiązanie IBM, gdyż rozwiązania innych firm nie spełniają postawionego wymogu. Ponadto, jeżeli zamawiający chce uzyskać dostępność do danych przy awarii pary kontrolerów (czyli chce mieć pewność, że jak dwa ulegną uszkodzeniu, to nie straci dostępu do danych), to odwołującego dziwi dlaczego tego samego wymogu nie postawi każdej macierzy, także macierzy IBM.

Tym samym zamawiający wskutek wprowadzonych zmian treści SIWZ naruszył art. 7 oraz 29 ustawy PZP, w nieuprawniony sposób ograniczając krąg wykonawców, którzy będą mogli złożyć ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu. Zmiana z 13 listopada 2013 r. zaburza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych z zakresu IT wskutek wprowadzonej zmiany nie może złożyć oferty zgodnej z SIWZ do przedmiotowego postępowania opartej na rozwiązaniu na Hewlett - Packard.

Odwołujący wskazuje, iż do stwierdzenia nieprawidłowości w dokumentacji postępowania, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych postanowień specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego, jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust 2 ustawy PZP wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podnosi, że działania zamawiającego naruszają również przepisy ustawy z dnia 17 lutego 2005 roku o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. Nr 65, poz. 565 ze zm., dalej „Ustawa o informatyzacji”). W art.1 pkt 3 Ustawa o informatyzacji określa zasady dostosowania systemów teleinformatycznych używanych do realizacji zadań publicznych do minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych używanych do realizacji zadań publicznych oraz do Krajowych Ram Interoperacyjności systemów teleinformatycznych w sposób gwarantujący neutralność technologiczną i jawność używanych standardów i specyfikacji. Z kolei przepis art. 3 pkt 19) ustanowił definicję legalną neutralności technologicznej, zgodnie z którą: „ neutralność technologiczna - zasada równego traktowania przez władze publiczne

technologii teleinformatycznych i tworzenia warunków do ich uczciwej konkurencji, w tym zapobiegania możliwości eliminacji technologii konkurencyjnych przy rozbudowie i modyfikacji eksploatowanych systemów teleinformatycznych lub przy tworzeniu konkurencyjnych produktów i rozwiązań; ” Tym samym Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien równo potraktować możliwe do zastosowania technologie informatyczne, czego Zamawiający w niniejszym postępowaniu zaniechał.

Mając na uwadze powyższe, przedmiotowy zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu zaniechania przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach.

Zamawiający wprowadzając w dniu 13 listopada 2013 r. zmiany treści SIWZ oraz udzielając wyjaśnień do SIWZ zaniechał przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, przedłużając wyłącznie termin składania ofert o 5 dni.

Odwołujący wskazuje, że wprowadzone zmiany treści SIWZ z dnia 13 listopada 2013 r. odnoszą się do przedmiotu zamówienia wpływając na konieczność dokonania istotnych zmian w ofercie. Tym samym Zamawiający powinien „przedłużyć termin składania ofert” o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy PZP. Decyzja Zamawiającego w tym zakresie nie jest zależna od jego uznania, lecz skutek w postaci konieczności podjęcia decyzji o przedłużeniu terminu składania ofert wynika wprost z przepisu ustawy PZP.

Odwołujący podnosi, że z racji na wysokospecjalistyczny charakter niniejszego zamówienia wprowadzone zmiany treści SIWZ z dnia 13 listopada 2013 r., wymagają od wykonawców dokonania szczegółowej analizy składanej oferty oraz wszystkich komponentów, przede wszystkim uwzględnienia wprowadzonych zmian w ofercie. Przedłużenie terminu składania ofert wyłącznie o 5 dni nie daje Odwołującemu możliwości złożenia oferty w Postępowaniu. Odwołujący wskazuje, iż na gruncie ustawy PZP pojęcie istotności należy postrzegać przez pryzmat wpływu wprowadzonych zmian na zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego, Zamawiający powinien na zasadzie analogii z art. 12a ust. 2 pkt 1 przedłużyć termin składania ofert w Postępowaniu co najmniej o 22 dni, a nie jak uczynił o 5 dni.

Zdaniem Odwołującego wprowadzone zmiany z dnia 13 listopada 2013 r. dla wykonawców chcących zaoferować rozwiązanie inne niż rozwiązanie IBM, w tym dla Odwołującego oznaczają brak możliwości złożenia oferty w wyznaczonym terminie. Tym samym Zamawiający dokonując istotnych zmian w SIWZ, w których następnie przedłużył termin składania ofert wyłącznie o 5 dni naruszył także art. 7 ustawy PZP.

Odwołujący musi dokonać też szczegółowej weryfikacji technicznej obecnej wersji swojej oferty dla Zamawiającego, pod kątem wzajemnego stosunku zmian z 13 listopada 2013 r.

wcześniejszej treści SIWZ, wraz ze wszelkimi, licznymi wcześniejszymi zmianami. Odwołujący musi te wymagania zweryfikować pod kątem zaplanowanych i przygotowywanych do oferty rozwiązań informatycznych, tak w zakresie oprogramowania jak i sprzętu. Mając na uwadze powyższe, przedmiotowy zarzut jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

W zaistniałym stanie prawnym i faktycznym należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne, a zatem zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego przystąpili następujący wykonawcy.

"Hewlett-Packard Polska" Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2a, 02-678 Warszawa, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, co uczynił pismem z dnia 27 listopada 2013r. wnosząc o uwzględnienie odwołania i przedstawiając na rozprawie stosowną argumentację w sprawie.

Kapsch Sp. z o.o., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, co uczynił pismem z dnia 28 listopada 2013r. wnosząc o uwzględnienie odwołania i przedstawiając na rozprawie stosowną argumentację w sprawie.

S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, co uczynił pismem z dnia 27 listopada 2013r. wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Wykonawcy - SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, co uczynił pismem z dnia 28 listopada 2013r. wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 4 grudnia 2013r. zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający, mając na uwadze Wyrok z dnia 23 sierpnia br. sygn. akt KIO 1823/13, w dniu 13 listopada br. opublikował zmiany do SIWZ., m.in. dodając Załącznik nr 3 do Umowy nr C/123/09/DI/B/140 z dnia 13 kwietnia 2010r. Załącznik ten jednoznacznie określa zadania realizowane w ramach nadzoru przez HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. Tym samym Zamawiający wskazał, na czym nadzór nad realizacją przedmiotu zamówienia ma polegać.

Obowiązki tego nadzoru wynikają z Umowy zawartej przez Zamawiającego w dniu 13 kwietnia 2010r. z konsorcjum HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o.. Przedmiotowe postępowanie pozostaje bez wpływu na uprzednio zawartą umowę, a zgodnie z art. 8 Ustawy postępowanie jak i umowa zawarta w wyniku jego przeprowadzenia są jawne i tym samym każdy z Wykonawców mógł zapoznać się z ww. umową. Wobec powyższego Zamawiający, dokonując zmiany treści SIWZ, zachował się zgodnie z poglądem KIO wyrażonym w uzasadnieniu do Wyroku z dnia 23 sierpnia br., tj. dokonał zmiany treści SIWZ wyjaśniając Wykonawcom, na czym będzie polegać nadzór firmy HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją przedmiotu umowy. Tym samym należy uznać zarzut postawiony przez Odwołującego za bezzasadny.

Jednocześnie Zamawiający podnosi, iż nie naruszył zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 Ustawy oraz art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy, gdyż nadzór nad realizacją przedmiotu umowy, która zostanie zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie stanowi przedmiotu tego zamówienia. Ponadto nie można mówić o naruszeniu przez zamawiającego art. 192 ust. 2 w związku z art. 192 ust. 3 pkt 1 Ustawy, gdyż przepisy te nie są adresowane do zamawiającego i nie regulują materii postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym nie mogą zostać przez zamawiającego naruszone. Adresowane są do Krajowej Izby Odwoławczej rozpoznającej odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie do zamawiającego.

Odwołujący podnosi również, że jest partnerem HP Polska i gdyby potencjalnie chciał skorzystać w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy z zasobów HP Polska Spółka z o.o., to brak określenia roli HP Polska Sp. z o.o. mógłby skutkować wykluczeniem Odwołującego. Jak już wyżej wspomniano zamawiający wskazał, na czym nadzór autorski ma polegać i tym samym rola HP Polska Sp. z o.o. jest jasna. Natomiast twierdzenie Odwołującego, że potencjalnie mógłby zostać wykluczony z postępowania w przypadku korzystania z zasobów HP Polska Sp. z o.o., nie zostało poparte w odwołaniu przez wskazanie podstawy prawnej wykluczenia w takim przypadku.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy oraz art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 38 ust. 4 Ustawy, oraz art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004r.

o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez dodanie:

„Zamawiający dopuszcza skalowanie pamięci cache oraz wydajności całej macierzy za pomocą dodawania par kontrolerów przy czym awaria dowolnej pary kontrolerów nie może powodować przerwy w dostępie do danych udostępnianych przez macierz.”

w Załączniku IV do SOPZ Rozdział 5.5 w definicji - pamięć podręczna, pkt. 5.5.1 Macierz dyskowa - w tabeli, w wierszu „Skalowalność”, w kolumnie „Charakterystyka”.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Zamawiający dokonał w tym zakresie stosownej zmiany treści SIWZ w dniu 29 listopada br. Zmiana treści SIWZ stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust, 1 Ustawy oraz art. 38 ust. 6 Ustawy w zw. z art. 38 ust. 4 Ustawy poprzez zaniechanie dokonania czynności przedłużenia terminu składania ofert o 22 dni pomimo dokonania w dniu 13 listopada br. istotnej zmiany SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia, skutkującej koniecznością wprowadzenia szeregu istotnych zmian w składanej ofercie.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Zamawiający, wraz ze zmianą treści SIWZ z dnia 13 listopada br., dokonał zmiany terminu składania ofert, przesuwając go o 5 dni w stosunku do terminu wcześniej ustalonego (termin został przesunięty z dnia 21 listopada br. do dnia 26 listopada br). Wobec tego Wykonawcy mieli łącznie 13 dni na przygotowanie ofert uwzględniających wprowadzone w dniu 13 listopada br. zmiany treści SIWZ. Ponadto powyższa zmiana treści SIWZ nie miała wpływu na zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu.

W ocenie Zamawiającego 13 dniowy termin zapewnił Wykonawcom wystarczającą ilość dodatkowego czasu, niezbędnego do wprowadzenia zmian w ofertach.

Wobec powyższego zamawiający wypełnił postanowienia art. 38 ust. 6 Ustawy w związku z art. 38 ust. 4 Ustawy. Ponadto nie można zgodzić się z zarzutem naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 Ustawy, gdyż zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ z jednoczesną zmianą terminu składania ofert, zamieszczając ją na stronie internetowej Ministerstwa Finansów, tym samym wszyscy Wykonawcy byli traktowani w równy sposób.

Dodatkowo należy zauważyć, iż w obecnym stanie faktycznym termin na przygotowanie ofert od wprowadzenia ww. zmiany treści SIWZ wynosi 27 dni, na skutek przedłużenia terminu składania ofert do dnia 10 grudnia br.

Biorąc pod uwagę powyżej przywołaną argumentację zamawiający wnosi jak na wstępie, tj. o oddalenie Odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Krajowa Izba Odwoławcza trzykrotnie orzekała co do postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wskutek wniesionych odwołań przez potencjalnych wykonawców, którzy powoływali się na zamiar złożenia oferty, a w ich ocenie postanowienia SIWZ uniemożliwiają

im ubieganie się o zamówienie wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013r. poz.709 z późn zm.) zwanej dalej „ustawą”.

I tak w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1823/13 w wyroku z dnia 23 sierpnia 2013r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wyjaśnienie, na czym będzie polegał nadzór konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją założeń SPKiCSCP i przygotowanym procesem Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych (KiCSCP) oraz doprecyzowanie kryteriów spełnienia wymagań załącznika XIX do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia załącznika nr 2 do scenariusza rozbudowy.

Z uzasadnienia wyroku w sprawie o Sygn. akt 1823/13 w związku z przedmiotowym postępowaniem odwoławczym znaczenie ma uzasadnienie o następującej treści „W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie częściowo zasługuje na uwzględnienie.(...)W odniesieniu do żądania 1., tj. wykreślenia z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji o nadzorowaniu wykonania umowy przez HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. Izba przyznała rację zamawiającemu, iż – skoro wskazanie tego wykonawcy wynika z jego nadzoru autorskiego nad realizacją procesu Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych, prowadzonego na podstawie Studium Projektowego na podstawie zawartej z nim wcześniej umowy – wprowadzenie tej zmiany byłoby nie zmianą stanu faktycznego, lecz ukryciem tej informacji przed innymi wykonawcami (zresztą w tym momencie już spóźnionym). Niemniej jednak zamawiający powinien również wyjaśnić wykonawcom, na czym będzie polegał ów nadzór firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o., bowiem z jednej strony HP Polska Sp. z o.o. zasadnie może się obawiać w stosunku do jego oferty zarzutów związanych z nieuczciwą konkurencją, z drugiej wykonawcy pragnący zaoferować rozwiązania inne niż w technologii HP, mogą obawiać się trudności związanych z realizacją zamówienia. Jak wyjaśnił zamawiający podczas rozprawy, nadzór ten nie ma być bezpośrednim nadzorem nad wykonaniem umowy, lecz ma się sprowadzać jedynie do doradztwa zamawiającemu w ramach nadzoru autorskiego. Na marginesie należy też wskazać, iż zamawiający powinien przewidzieć opcję brzmienia tego postanowienia w sytuacji, gdyby spółki HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. rzeczywiście zrezygnowały z wykonania umowy z 13 kwietnia 2010 r.(...)”. Dalsze części uzasadnienia wyroku w sprawie Sygn. akt KIO 1823/13 nie odnoszą się do zakresu przedmiotowego postępowania odwoławczego i tak zajmują się między innymi zagadnieniem doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu odbioru przedmiotu umowy i tak (...)”W odniesieniu do żądania 3. dotyczącego doprecyzowania kryteriów spełniania

wymagań załącznika XIX do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia załącznika nr 2 do scenariusza rozbudowy, Izba nakazała takie doprecyzowanie dając wiarę oświadczeniom odwołującego oraz przystępujących po jego stronie, że w oparciu o sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia wykonawcy ci nie są w stanie wycenić ofert w oparciu o technologię HP. Wykonawcy ci wskazali również, że opis przedmiotu zamówienia oraz warunki umowy w obecnym brzmieniu powodują niepewność co do sposobu realizacji umowy, w szczególności do chwili odbioru pozostawiają nierozstrzygniętym, czy oferowany i wykonany przedmiot umowy spełni wymagania zamawiającego. Taka sytuacja nie powinna mieć miejsca, wykonawcy nie mogą, jak to określili, „w ciemno”, przygotowywać ofert i wykonywać umowy. Zatem zamawiający powinien dookreślić przedmiot zamówienia i warunki wykonywania umowy poprzez doprecyzowanie, w jaki sposób dokona oceny, czy system jest zgodny z jego wymaganiami. Sposób wykonania Izba pozostawia zamawiającemu – może to być uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie kryteriów spełnienia wymagań lub doprecyzowanie warunków umowy. Zamawiający może przy tym wykorzystać propozycje przygotowane przez odwołującego. W odniesieniu do tych propozycji Izba stwierdza jedynie, iż podziela stanowisko zamawiającego, że samo odniesienie się do oświadczenia producenta o spełnieniu wymagań może nie być wystarczające, a tam, gdzie jest to możliwe, odbiór powinien raczej odnosić się do testu, czy dana funkcjonalność została wprowadzona” (...). Dalsze wskazania co do zasadnego wprowadzenia oczekiwanych zmian przez odwołującego HP w uzasadnieniu Izba sformułowała następująco: (...)”W odniesieniu do żądań 7.-11. dotyczących chmury obliczeniowej HP CSE Izba po pierwsze podziela obawy zamawiającego, iż postulowane zmiany mogłyby stanowić ograniczenie konkurencji. Po drugie zaś zamawiający modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 20 sierpnia 2013 r. w ogóle wykreślił wymóg, aby zaoferowane rozwiązania programowe współpracowały z posiadanym przez zamawiającego rozwiązaniem chmury obliczeniowej HP CSE.(...)” W odniesieniu do żądań 15. i 16., tj. uzupełnienia scenariusza rozbudowy o definicję każdego z systemów infrastrukturalnych zrealizowanych w ramach KiC 1a i KiC 1b oraz uzupełnienia definicji równoważności, Izba stwierdziła przede wszystkim, iż żądanie odnośnie systemów infrastrukturalnych zrealizowanych w ramach KiC 1a i KiC 1b jest obecnie niemożliwe do wykonania, gdyż części KiC 1a i KiC 1b nie zostały jeszcze zakończone i zamawiający nie posiada ich dokumentacji. Zamawiający przekazał posiadane przez siebie informacje w zakresie sprzętu i oprogramowania. Oczywiście jeśli zamawiający by takie informacje uzyskał (dokonał odbioru systemów), powinien je wykonawcom przekazać.(...)”.

Z kolei w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 2096/13 z dnia 18 września 2013r. Izba oddaliła odwołanie. Z uzasadnienia tegoż Wyroku wynika między innymi. (...)Biorąc pod uwagę poczynione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym okoliczności, uznano, iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione albowiem żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu nie potwierdził się.(...)Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający ma prawo do dokonania modyfikacji postanowień SIWZ, aż do upływu terminu składania ofert. Powyższe wynika z przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.(...)”Co do wątpliwości Odwołującego wynikających z faktu, że modyfikacja SIWZ z 20 sierpnia 2013 r. nie była konsekwencją oficjalnych pytań lub wątpliwości zgłoszonych przez wykonawców, Izba wyjaśnia, że modyfikacji SIWZ Zamawiający może dokonać także z własnej inicjatywy. Modyfikacja SIWZ może, ale nie musi, być efektem udzielenia odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ. W zakresie argumentacji Odwołującego, że wykreślenie kwestionowanego zapisu z SIWZ oznacza, że wykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1823/13 stało się niemożliwe, to zauważyć należy, iż w uzasadnieniu tego orzeczenia odnośnie wymienionych zapisów Izba nie wypowiadała się merytorycznie, zaznaczając jedynie, że zapis został przez Zamawiającego wykreślony. Oznacza to, iż wyrok się do przedmiotowej kwestii nie odnosił i znaczenie tego zdania jest irrelewantne z punktu widzenia i brzmienia uzasadnienia zapadłego orzeczenia i obowiązków nałożonych na Zamawiającego w wyniku uwzględnienia odwołania. W dalszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów Odwołującego skierowanych wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia. Na wstępie należy wskazać, iż prawem, ale i obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem jego obiektywnych, uzasadnionych potrzeb. W sytuacji, gdy potrzeby Zamawiającego są obiektywnie zasadne, możliwe jest postawienie wymagań, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Brak możliwości spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego przez ogół wykonawców obecnych na danym rynku, w przypadku, gdy postawione wymagania są uzasadnione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, nie stanowi o naruszeniu konkurencji oraz o nieprawidłowości poczynionego opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie brak jest możliwości dowolnego kształtowania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego jest subiektywne preferencje, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby istota kwestionowanej przez Odwołującego modyfikacji sprowadza się do tego, że usunięto zapisy wskazujące na jedno, konkretne rozwiązanie techniczne, pozostałe zaś sformułowania i inne dokonane przez Zamawiającego zmiany oznaczają, że w to

miejsce pojawiły się sformułowania wskazujące na oczekiwaną przez Zamawiającego funkcjonalność. Z punktu widzenia reguł dotyczących konstruowania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, w tym zasady uczciwej konkurencji, jest to rozwiązanie korzystniejsze. W przypadku posłużenia się przy opisie konkretnym rozwiązaniem technicznym, Zamawiający – w razie sporu – musi obronić swe stanowisko, a mianowicie, że inne rozwiązanie nie zapewni jego uzasadnionych potrzeb. Stanowisko powyższe zdawał się podzielać skład orzekający Izby w poprzednim postępowaniu odwoławczym, o sygn. akt KIO 1823/13, który choć w uzasadnieniu nie odnosił się merytorycznie do zarzutów Odwołującego HP z uwagi na usunięcie zapisów z SIWZ, ale na marginesie Izba zauważyła, że „podziela obawy zamawiającego, iż postulowane zmiany mogłyby stanowić ograniczenie konkurencji.”(...) Zdaniem składu orzekającego w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, z pewnością jedno zdanie w SIWZ nie może decydować i nie decyduje o tym, czy dany wykonawca może w postępowaniu złożyć ofertę(...). Wydaje się, że wykonawcy w sposób nieuprawniony upatrują możliwość złożenia oferty w postępowaniu przez obowiązkowe wskazanie przez Zamawiającego w SIWZ, że zaoferowane rozwiązanie ma być kompatybilne z produktem HP CSE. Tymczasem, w ocenie Izby, powyższy wymóg i tak wynika z SIWZ, bez względu na wykreślenie kwestionowanego zapisu, ponieważ Zamawiający w innych miejscach SIWZ i w OPZ wskazał jakiego rodzaju rozwiązania posiada i jakiego stopnia integracji z posiadanymi rozwiązaniami wymaga. Oznacza to, że nie można zaproponować rozwiązań takich, które warunkiem kompatybilności nie będą zapewniały, bez względu, czy wykonawcy zdecydują się złożyć oferty w oparciu o produkty IBM, czy w oparciu o produkty HP i zdecydują, które rozwiązanie będzie kontynuowane. Kontynuowanie i rozwijanie rozwiązań uzyskanych zarówno w KIC 1A, czy też w KIC 1B oznacza konieczność złożenia oferty z takimi komponentami i zakresem wymaganych funkcjonalności, które z wybranym przez wykonawcę rozwiązaniem będą współpracowały, ponieważ to właśnie wybrane przez wykonawcę rozwiązanie będzie referencyjnym dla składanej przez niego oferty. Z tych powodów Izba za chybiony uznała również zarzut Odwołującego, jakoby skutkiem dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ była niejednoznaczność przedmiotu zamówienia. Na powyższą okoliczność nie przedstawiono żadnych dowodów. Oceniając opis przedmiotu zamówienia należy wziąć pod uwagę wszystkie postanowienia SIWZ, a nie jedno zdanie wyrwane z kontekstu. Z wymogu jednoznaczności w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika także obowiązek wskazywania na konkretne rozwiązanie techniczne, w sytuacji gdy na rynku występuje wielość rozwiązań technicznych, które mogą zapewnić oczekiwaną przez Zamawiającego funkcjonalność i odpowiadające jego potrzebom(...) Efektem zmiany SIWZ jest zatem zwiększenie, a nie zmniejszenie możliwych do zaoferowania rozwiązań technicznych. Natomiast to, że opis przedmiotu zamówienia nie będzie identycznie wygodny różnym

wykonawcom nie oznacza jeszcze, że naruszono zasadę uczciwej konkurencji. Przepis art. 29 ust 2 ustawy Pzp nie daje wykonawcom prawa do narzucenia Zamawiającemu konkretnego rozwiązania, jeżeli funkcjonalność wymagana przez Zamawiającego może być osiągnięta także w inny sposób.(...)Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Również w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 2550/13 odwołanie zostało oddalone. Z uzasadnienia tegoż wyroku wynika między innymi co następuje(...)”Odwołanie zostało wniesione wobec zmiany przez Zamawiającego, w zakresie opisanym w odwołaniu, treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), która została dokonana pismem z dnia 21 października 2013 r.(...)”Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu, iż ten zaniechał określenia na czym polegać będzie nadzór konsorcjum HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją przedmiotu umowy zawartej po przeprowadzeniu niniejszego Postępowania, a tym samym nie wykonał prawomocnego wyroku Izby wydanego w sprawie KIO 1823/13.” W dniu 31 października 2013 r. wpłynęło do Prezesa Izby odwołanie, w którym Odwołujący zawarł podnoszone przez siebie zarzuty w siedmiu kolejnych punktach. W punkcie pierwszym, powołując się na treść sentencji orzeczenia Izby wydanego w sprawie KIO 1823/13 oraz odnosząc się do treści pisma z dnia 21 października 2013 r., Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten nie wykonał powołanego wyroku Izby i nie wyjaśnił „na czym będzie polegał nadzór konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją założeń SPKiCSCP i przygotowanym procesem Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych (KiCSCP)”, o którym to nadzorze mowa jest we wstępie do SOPZ. (...)”Zamawiający we wniesionej przez siebie odpowiedzi na odwołanie przyznał, że publikując zmiany treści SIWZ opisane w piśmie z dnia 21 października 2013 r. nie wskazał na czym polegać ma nadzór autorski, a także, że mając na uwadze wyrok wydany w sprawie KIO 1823/13 w dniu 13 listopada 2013 r. dokonał odpowiednich zmian w treści załącznika A do SIWZ, w tym m.in. dodał do załącznika A do SIWZ załącznik nr XX opisujący zakres nadzoru autorskiego realizowanego przez konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o.(...)W dniu 13 listopada 2013 r. Zamawiający dokonał bowiem zmian treści SIWZ. Zmiany te mają, w ocenie Zamawiającego, określać w stopniu wystarczającym zakres nadzoru autorskiego realizowanego przez konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. Co istotne, Izba w tym postępowaniu nie miała podstaw do tego, aby orzekać o tym, czy dokonane przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ nie naruszają przepisów ustawy. (...)Na marginesie wskazać należało, iż w odwołaniu nie zostało zawarte żądanie wskazania w treści SIWZ, że to nie HP jest autorem SIWZ, czy też samego SOPZ, niemniej

jednak, w toku rozprawy przed Izbą, Zamawiający oświadczył, że autorami dokumentacji postępowania są pracownicy Ministerstwa Finansów”.

Odnosząc się do powyżej przedstawionych rozstrzygnięć Izby oraz fragmentarycznie przywołanych uzasadnień wyroków w sprawach oznaczonych sygnaturami akt: KIO 1823/13, 2096/13 i KIO 2550/13 oraz porównując je do zarzutów zawartych w odwołaniu będącym przedmiotem niniejszego rozpoznania (Sygn. akt KIO 2706/13) to jedynie zarzut w zakresie nie określenia przez zamawiającego w SIWZ co oznacza nadzór autorski ma swoje źródło w poprzednich postępowaniach odwoławczych. Natomiast pozostałe dwa zarzuty odnoszące się do po pierwsze opisu przedmiotu zamówienia oraz po drugie co do przedłużenia terminu składania ofert mają swoje źródło w czynności zamawiającego z dnia 13 listopada 2013r. Przy czym należy mieć na uwadze, że również zarzut co do nadzoru autorskiego powstał w związku z czynnością zamawiającego datowaną na dzień 13 listopada 2013r. gdzie zamawiający wykonując wyrok o Sygn. akt KIO 1823/13 z dnia 23 sierpnia 2013r. wyjaśnił na czym będzie polegał nadzór konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. nad realizacją założeń SPKiCSCP i przygotowanym procesem Konsolidacji i Centralizacji Systemów Celnych i Podatkowych (KiCSCP).

Izba przeprowadzając dowód z czynności zamawiającego datowanej na dzień 13 listopada 2013r. stwierdza, że zamawiający w tym dniu następująco zmienił treść SIWZ: 1) w Załączniku A do SIWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dodał postanowienie o następującej treści we wstępie dokumentu w pierwszym akapicie ostatnie zdanie: "Zadania realizowane w ramach nadzoru autorskiego, określone w załączniku Nr 3 do Umowy nr C/123/09/DI/B/140 zawartej w dniu 13 kwietnia 2010r. pomiędzy Ministerstwem Finansów a konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. zostały ujęte w Rozdziale VII- Nadzór autorski. W załączniku A dodaje się Rozdział VII –Nadzór autorski. Do Zał. A do SIWZ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia wprowadzono Rozdział VII pn. nadzór autorski. Treść rozdziału VII nadzór autorski jest następująca "Zadania realizowane w ramach nadzoru autorskiego, zostały zamieszczone w Załączniku XX do SOPZ – Zał. Nr 3 do Umowy nr C-123-09-DI-B-140. Załącznik ten jest częścią umowy Nr C/123/09/DI/B/140 zawartej w dniu 13 kwietnia 2010r. pomiędzy Ministerstwem Finansów a konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o. i wszelkie użyte w nim zwroty i określenia należy odnosić tylko i wyłącznie do ww. Umowy np.; określenie :”Wykonawca” w tym dokumencie odnosi się do konsorcjum firm HP Polska Sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o.”.

Co do drugiego zarzutu Izba ustaliła również na podstawie pisma zamawiającego z dnia 13 listopada 2013r., że wprowadzono następującą zmianę w pkt 5.5.1. Macierz dyskowa – w tabeli, w wierszu „Skalowalność”, w kolumnie „Charakterystyka” po słowach „128 GB pamięci cache” dodaje się „Zamawiający dopuszcza skalowanie pamięci cache oraz wydajności całej macierzy za pomocą dodawania par kontrolerów przy czym awaria dowolnej pary kontrolerów nie może powodować przerwy w dostępie do danych udostępnianych przez macierz.”

W związku z zarzutem odwołującego co do wprowadzonego zapisu („Macierze Hewlett - Packard oferowane przez odwołującego obsługują bowiem awarię maksymalnie jednego kontrolera, a nie pary kontrolerów. Awaria pary kontrolerów powoduje niedostępność danych”) zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w tym zakresie. Bowiem zamawiający dokonał w tym zakresie stosownej zmiany treści SIWZ w dniu 29 listopada br. Zmiana treści SIWZ stanowi załącznik do pisma zamawiającego stanowiącego odpowiedź na odwołanie. Z treści pisma zamawiającego z dnia 4 grudnia 2013r. przedłożonego na rozprawie wynika, że w pełnym zakresie zamawiający uwzględnił zarzut odwołania i aktualna treść kwestionowanego zapisu brzmi: „Zamawiający dopuszcza skalowanie pamięci cache oraz wydajności całej macierzy za pomocą dodawania par kontrolerów przy czym awaria dowolnego kontrolera nie może powodować przerwy w dostępie do danych udostępnianych przez macierz.”. Czyli zamawiający skreślił zwrot „dowolnej pary kontrolerów” i wpisał zgodnie z żądaniem odwołującego „dowolnego kontrolera”.

Co do trzeciego zarzutu a dotyczącego zbyt krótkiego przedłużenia terminu składania ofert w związku ze zmianą SIWZ to Izba ustaliła, że termin składania ofert ustalony jest do dnia 10 grudnia 2013r. czyli w stosunku do 13 listopada 2013 (zmiana SIWZ) uległ przedłużeniu o 27 dni a w stosunku do 29 listopada 2013r.(zmiana SIWZ) uległ przedłużeniu o 10 dni. Odwołujący żąda przedłużenia o 22 dni na podstawie art.12a ust.2 pkt 1 ustawy PZP.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu odwołującego, nie wykonania przez zamawiającego wyroku o Sygn. akt KIO 1823/13 z dnia 23 sierpnia 2013r., w zakresie wyjaśnienia wykonawcom na czym polega nadzór autorski sprawowany przez konsorcjum HP Polska sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o., to powyżej przedstawiona zmiana SIWZ z dnia 13 listopada 2013r. w ocenie Izby, w pełni odzwierciedla zakres i sposób pełnienia nadzoru autorskiego.

Nakaz Izby zamawiający wykonał przez włączenie do SIWZ załącznika do umowy określającego obowiązki w zakresie sprawowanego nadzoru autorskiego.

W ocenie Izby w sposób już bardziej odpowiadający, nakazowi z Wyroku, nie można wyjaśnić wykonawcom, na czym polega nadzór autorski niż załączenie umowy regulującej tenże nadzór.

W związku z powyższym zarzut odwołującego nie znajduje, w ocenie Izby, uzasadnienia do jego uwzględnienia.

Podsumowując należy stwierdzić, że zamawiający w pełnym zakresie wykonał przywołany powyżej Wyrok Izby w zakresie wyjaśnienia wykonawcom na czym polega sprawowanie nadzoru autorskiego przez konsorcjum HP Polska sp. z o.o. i HP Slovakia s.r.o.

Co do drugiego zarzutu odnoszącego się do opisu przedmiotu zamówienia to zarzut ten również nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający po wniesieniu odwołania zmienił opis przedmiotu zamówienia z dnia 13 listopada 2013r. poprzez zmianę tego opisu w dniu 29 listopada 2013r., a co przedstawiono powyżej w ustaleniach Izby.

W związku z powyższym w myśl art. 191 ust.2 ustawy PZP uwzględniając stan rzeczy na dzień orzekania zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający dokonał zmiany zgodnie z żądaniem odwołującego.

Co do trzeciego zarzutu odnoszącego się do zbyt krótkiego przedłużenia terminu składania ofert w związku ze zmianą SIWZ.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania art.12 a ust. 2 pkt 1 ustawy PZP do zmian SIWZ dokonanej na podstawie art.38 ust.4 i 6 ustawy PZP. Bowiem przepisy te pozostawiają zamawiającemu decyzję co do przedłużenia terminu o czas niezbędny na uwzględnienie w ofertach wprowadzonych zmian SIWZ.

Zastosowanie art.12 a ust.2 pkt 1 ustawy PZP w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania chociażby z uwagi na przywołanie w tym przepisie ust.1 art.12 a, który odnosi się do dokonywania zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Poza tym niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ogłoszenia o zamówieniu z dnia 16 lipca 2013r. czyli niebawem upłynie 5 miesięcy od daty ogłoszenia.

W ocenie Izby wykonawcy mieli wystarczającą ilość czasu na przeanalizowanie różnych wariantów złożenia oferty. Z kolei zamawiający od ostatniej zmiany to jest w dniu 29 listopada 2013r. udzielił dodatkowych 10 dni na uwzględnienie w ofertach zmian SIWZ, a co w ocenie Izby jest wystarczające do przygotowania oferty.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: