

POSTANOWIENIE

z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego 16 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 1 sierpnia 2016 r.

przez wykonawcę: **IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie wsparcia oraz opieki serwisowej oprogramowania Oracle wraz z nabyciem dodatkowych licencji Oracle Tuxedo lub równoważnych* (nr postępowania TZ/271/34/2016)

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

przy udziale wykonawcy: **DahliaMatic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – kwoty 13 500 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 2015 r. poz. 2164 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

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie wsparcia oraz opieki serwisowej oprogramowania Oracle wraz z nabyciem dodatkowych licencji Oracle Tuxedo lub równoważnych* (nr postępowania TZ/271/34/2016). Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 lipca 2016 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S_140-253785. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

1 sierpnia 2016 r. Odwołujący – IT.expert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} w zakresie objętym zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie postanowień pkt 1 ppkt 3 lit. a „Opisu przedmiotu zamówienia” {dalej również: „OPZ”} w sposób wskazujący na konkretnego producenta oprogramowania bezterminowych licencji/sublicencji Oracle Tuxedo, w praktyce uniemożliwiający złożenie ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty wykonawcom posiadającym w ofercie oprogramowanie, licencję/sublicencję na oprogramowanie innych producentów niż Oracle Tuxedo, a w konsekwencji w sposób naruszający i utrudniający uczciwą konkurencję między wykonawcami oraz niezapewniający równego traktowania wykonawców.
2. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie postanowień pkt 1 ppkt 2 lit. e vii oraz § 2 ust. 2 i 3 wzoru umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, polegający na sformułowaniu przez Zamawiającego żądania dostawy przez wybranego wykonawcę oprogramowania Oracle Tuxedo lub równoważnego, zrealizowanej przez pobranie oprogramowania ze strony www. wskazanej przez wykonawcę, w dniu podpisania umowy oraz potwierdzenia tej dostawy protokołem odbioru licencji również w tym dniu. Co naraża wykonawców innych niż producent Oracle Tuxedo na konieczność poniesienia kosztów (wynikających

z konieczności wcześniejszego zamówienia oprogramowania Oracle Tuxedo) w sytuacji, gdy nie jest pewne, czy umowa z konkretnym wykonawcą zostanie zawarta. Podczas gdy w normalnych (standardowych, racjonalnych) warunkach dopiero po podpisaniu umowy większość wykonawców może zamówić oprogramowanie Oracle Tuxedo (by nie narazić się na konieczność zapłaty za zamówione oprogramowanie w sytuacji, gdy z jakiegoś powodu nie dojdzie do podpisania umowy w sprawie zamówienia). Udostępnienie (tj. przekazanie oprogramowania) trwa zazwyczaj około 10 dni. Powyższe powoduje, że jedynie Oracle może złożyć ofertę bez ryzyka poniesienia kosztów z tytułu zamówienia oprogramowania i niesprzedania go Zamawiającemu, co w konsekwencji narusza i utrudnia uczciwą konkurencję między wykonawcami oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców.

3. Art. 29 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie postanowień wskazanych w pkt 1 ppkt 3 lit. a-k OPZ w sposób pozornie dopuszczający możliwość zaoferowania przez wykonawców oprogramowania równoważnego, gdy w rzeczywistości sformułowane parametry rozwiązania równoważnego wprost wskazują na oprogramowanie Oracle Tuxedo, co jest niedozwolonym sposobem określenia warunków równoważności, a w konsekwencji uniemożliwia wykonawcom złożenie oferty na oprogramowanie o parametrach równoważnych innego niż Oracle Tuxedo, co narusza uczciwą konkurencję między wykonawcami oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian zaskarżonych postanowień specyfikacji:

1. Pkt 1 ppkt 3 lit. a-k – polegających na rzeczywistym, a nie pozornym określeniu warunków równoważności.
2. Pkt 1 ppkt 2 lit. e vii oraz § 2 ust. 2-3 wzoru umowy – polegającym na usunięciu fragmentu *w dniu podpisania umowy oraz potwierdzenia Protokołem odbioru licencji* i zastąpienia ich realnym terminem dostawy i potwierdzenia protokołem odbioru licencji, tj. 15 dni od podpisania umowy.

Ponadto w odwołaniu podano dodatkowe okoliczności faktyczne i prawne, które zdaniem Odwołującego uzasadniają podniesienie powyższych zarzutów.

Pismem z 4 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 3 sierpnia 2016 r. przekazał kopię odwołania ujawnionym dotychczas wykonawcom zainteresowanym prowadzonym postępowaniem, a także zamieścił ją na swojej stronie internetowej.

5 sierpnia 2016 r. r. do Prezesa Izby wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez DahliaMatic sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego, do którego załączono potwierdzenie przesłania jego kopii do Odwołującego i Zamawiającego.

16 sierpnia 2016 r. Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie {datowaną na 12 sierpnia 2016 r.}, w której wniósł o jego oddalenie, uzasadniając swoje stanowisko odrębnie dla każdego z trzech zarzutów.

W szczególności Zamawiający poinformował, że 11 sierpnia 2016 r. dokonał zmiany postawień objętych drugim zarzutem, polegającej na wydłużeniu terminu dostawy oprogramowania przez pobranie go ze strony internetowej wskazanej przez wykonawcę do 7 dni od daty zawarcia umowy, dopuszczając jednocześnie możliwość dostarczenia wymaganych licencji Zamawiającemu.

W odniesieniu do pierwszego i trzeciego zarzutu Zamawiający powołał się na to, że zaskarżone postanowienia wynikają z jego uzasadnionych potrzeb, które opisał przez odniesienie znaczenia przedmiotu tego zamówienia dla całości Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS.

16 sierpnia 2016 r. wpłynęło do Izby pismo Odwołującego, w którym oświadczył, że działając na podstawie art. 187 ust. 8 pzp, wycofuje odwołanie oraz wnosi o zwrot 90% wpisu.

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 przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia 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.

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 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), nakazując zwrot 90% procent uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: