

POSTANOWIENIE

z dnia 15 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym **15 kwietnia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 8 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

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

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi wsparcia technicznego dla macierzy dyskowej EVA4100 i EVA4400, usługi wsparcia dla środowiska wirtualnego opartego o VMware oraz usługi wsparcia dla systemu TIVOLI Storage Manager* (nr postępowania BDG.240.11.2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Skarbu Państwa, Warszawa**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Engave sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego **odwołującego** 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 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 – Ministerstwo Skarbu Państwa w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego 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”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Usługi wsparcia technicznego dla macierzy dyskowej EVA4100 i EVA4400, usługi wsparcia dla środowiska wirtualnego opartego o VMware oraz usługi wsparcia dla systemu TIVOLI Storage Manager* (nr postępowania BDG.240.11.2016). Ogłoszenie o tym zamówieniu 4 kwietnia 2016 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 76502-2016. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

8 kwietnia 2016 r. {pismem z tej daty} Odwołujący Engave 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 treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4 i 5, art. 29 ust. 2 – przez opisanie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który nie służy zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, a ponadto nie jest związany z przedmiotem zamówienia ani proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym ogranicza dostęp do zamówienia, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany:

1. Ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.3.2 – Wiedza i doświadczenie) i SIWZ (rozdział 8 pkt 2) – polegającej na usunięciu następujących postanowień: 4) *Wykonawca wykaże, że jest autoryzowanym partnerem IBM w zakresie IBM Tivoli Storage Manager.* 5) *Wykonawca wykaże, że jest autoryzowanym partnerem handlowym w zakresie rozwiązań do wirtualizacji VMware.* 6) *Wykonawca wykaże, że jest autoryzowanym partnerem oraz posiada autoryzację serwisową producenta macierzy Hewlett Packard poziomie minimum Silver.*
2. Załącznika nr 1 do SIWZ – polegającej na usunięciu zawartego w pkt 1.2 oraz 2.2 postanowienia: *Wykonawca zapewni możliwość bezpośredniego zgłaszania problemów*

technicznych do producenta oprogramowania lub spółki zależnej producenta drogą elektroniczną poprzez dedykowaną stronę producenta lub telefonicznie.

Ponadto Odwołujący w uzasadnieniu odwołania sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie w szczególności następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

{zarzut nr 1}

Odwołujący zauważył, że należyte wykonanie przedmiotu zamówienia jest możliwe bez posiadania statusu autoryzowanego partnera, gdyż wykonywanie serwisu pogwarancyjnego przez podmioty nieposiadające autoryzacji nie może spowodować utraty gwarancji. Co więcej przez okres poprzednich 3 miesięcy serwis był wykonywany przez Odwołującego, który nie posiada takiej autoryzacji, a zamówienie zostało zrealizowane prawidłowo. Wymaganie określonych powiązań wykonawcy z producentem nie gwarantuje, że zamówienie będzie wykonane przez doświadczonego wykonawcę.

Według Odwołującego zamiast tego Zamawiający, opisując warunki udziału i sposób dokonywania oceny ich spełniania, może i powinien skoncentrować się na weryfikacji doświadczenia wykonawcy (prawidłowej realizacji podobnych zamówień) i weryfikacji kwalifikacji osób uczestniczących w realizacji zamówienia.

Odwołujący opisał, że Zamawiający wymaga w tym postępowaniu, aby wykonawca wykazał się następującym doświadczeniem: *1) Co najmniej 1 zamówienie obejmujące swoim zakresem następujące elementy: a. świadczenie przez okres minimum 1 roku usług serwisowych dla macierzy dyskowej HP EVA 4100 i 4400, b. świadczenie przez okres 1 roku usługi asysty technicznej, wsparcia technicznego dla oprogramowania IBM Tivoli Storage Manager i VMware. 2) Co najmniej 1 zamówienie polegające na realizacji serwisu oraz świadczeniu wsparcia dla macierzy dyskowej HP EVA. 3) Co najmniej 1 zamówienie polegające na wykonaniu migracji, rekonfiguracji systemu backup'u opartego o IBM TSM.* Ponadto Zamawiający wymaga udziału w realizacji zamówienia inżynierów z konkretnym doświadczeniem i certyfikatami.

W ocenie Odwołującego powyższe wymagania Zamawiającego są wystarczające dla zapewnienia realizacji zamówienia przez podmiot dający rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podsumował, że wymagania Zamawiającego odnoszące się do autoryzacji są zbędne z punktu widzenia możliwości należytego wykonania zamówienia i powodują, że dostęp do zamówienia zostaje ograniczony do grupy wykonawców legitymujących się określonymi powiązaniem z producentem.

{zarzut nr 2}

Odwołujący podniósł, że z art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 pzp wynika konieczność eliminacji

Sygn. akt KIO 520/16

z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (wyrok SO w Lublinie z 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.). Także w wyroku z 20 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1273/08) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *zasadę uczciwej konkurencji narusza zbyt rygorystyczne określenie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jeżeli nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia*. Przy czym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie.

Odwołujący zarzucił, że wymagania określone w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 1.2 oraz 2.2 istotnie ograniczają dostęp do zamówienia, a jednocześnie nie są konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia. Wszelkie zdarzenia wymagające reakcji serwisu powinny być zgłaszane bezpośrednio u wykonawcy, który jest odpowiedzialny za podjęcie odpowiednich działań. Odwołujący wskazał, że tak realizowany był serwis przez okres poprzednich 3 miesięcy. Odwołujący stwierdził, że wymóg, aby problemy były zgłaszane do producenta lub spółek od niego zależnych, prowadzi do wyeliminowania możliwości realizacji zamówienia przez podmioty spoza grupy kapitałowej producenta.

Pismem z 12 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 11 kwietnia 2016 r. zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

Izba ustaliła, że do upływu terminu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 pzp, do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

12 kwietnia 2016 r. wpłynęło również do Izby pismo Zamawiającego zawierające odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że na podstawie art. 186 ust. 2 pzp uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że kwestie objęte zarzutami odwołania były również przedmiotem pytań zgłoszonych 7 kwietnia 2016 r. przez Odwołującego, na które nie był w stanie udzielić odpowiedzi następnego dnia.

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 rozpoznania zarzutów odwołania.

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 bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zadeklarował usunięcie postanowień objętych żądaniem, w tym zaprezentował brzmienie pkt III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu i rozdziału 8 pkt 2 s.i.w.z. bez zakwestionowanych postanowień, a także skreślenie pkt 1.2 oraz 2.2 załącznika nr 1 do s.i.w.z.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust.

Sygn. akt KIO 520/16

1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: