

Sygn. akt: KIO 1159/23

POSTANOWIENIE

z dnia 11 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę: **Engave S.A., ul. Czarodzieja 16, 03-116 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3/5, 01-748 Warszawa,**

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **Engave S.A., ul. Czarodzieja 16, 03-116 Warszawa** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ((t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejsze postanowienie w terminie 14 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 postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.) pn. „Zakup usługi serwisowej oprogramowania ORACLE Tuxedo oraz ORACLE Salt”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.04.2023 r. pod numerem 2023/S 074-221045. Dokumentacja zamówienia została opublikowana przez Zamawiającego w tym samym dniu.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. wykonawca: Engave S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści dokumentacji zamówienia w zakresie postanowień opisu przedmiotu zamówienia zawartych w § 4 ust. 10 lit. a) i b) oraz ust. 14 Projektowanych Postanowień Umowy w brzmieniu:

- § 4 ust. 10 lit. a) i b)

„Wykonawca zapewni Zamawiającemu:

a) *dostęp do aktualizacji Oprogramowania oraz wszelkich poprawek dla wersji 12.2 i wyższych poprzez stronę web producenta oprogramowania,*

b) *dostęp do portalu pomocy technicznej Producenta Oprogramowania zawierającego: bazę wiedzy Oprogramowania oraz informacje o dostępnych aktualizacjach i poprawkach do Oprogramowania.”*

- § 4 ust. 14

„Wykonawca przekaze Zamawiającemu kody dostępu do strony web Producenta Oprogramowania, na której widoczne jest potwierdzenie objęcia Usługami Serwisowymi Oprogramowania (nazwa Oprogramowania, CSI, data wygaśnięcia Usług Serwisowych)”

jako naruszających zasady opisu przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 2, 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie zasad świadczenia usługi serwisowej w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia, utrudniający (ograniczający) konkurencję na skutek wprowadzenia wymogu zapewnienia wsparcia producenta dla wersji Oprogramowania, dla których Producent Oprogramowania faktycznie nie wykonuje żadnych aktualizacji ani poprawek.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 4 ust. 10 lit. a) i b) Projektowanych Postanowień Umowy w następujący sposób:

„W zakresie wersji 12.2 lub wyższych Oprogramowania Wykonawca zapewni Zamawiającemu:

c) dostęp do aktualizacji Oprogramowania oraz wszelkich poprawek dla wersji 12.2 i wyższych poprzez stronę web producenta oprogramowania;

d) dostęp do portalu pomocy technicznej Producenta Oprogramowania zawierającego: bazę wiedzy Oprogramowania oraz informacje o dostępnych aktualizacjach i poprawkach do Oprogramowania.”

oraz § 4 ust. 14 Projektowanych Postanowień Umowy w następujący sposób:

„W zakresie wersji 12.2 lub wyższych Oprogramowania Wykonawca prześle Zamawiającemu kody dostępu do strony web Producenta Oprogramowania, na której widoczne jest potwierdzenie objęcia Usługami Serwisowymi Oprogramowania (nazwa Oprogramowania, CSI, data wygaśnięcia Usług Serwisowych).”

Odwołujący podniósł, że w efekcie wprowadzonych przez Zamawiającego do dokumentacji zamówienia postanowień opisu przedmiotu zamówienia (zaskarżonych niniejszym odwołaniem), doszło zdaniem Odwołującego do istotnego zakłócenia konkurencji, poprzez wprowadzenie wymagań nieadekwatnych i nieproporcjonalnych do celów zamówienia. Za takie należy bowiem uznać wymogi, wskazujące na: (i) konieczność zapewnienia aktualizacji Oprogramowania (wszystkich posiadanych przez Zamawiającego licencji) poprzez stronę web producenta oprogramowania, (ii) konieczność zapewnienia dostępu do portalu pomocy technicznej Producenta Oprogramowania zawierającego wymagane przez Zamawiającego informacje, (iii) konieczność przekazania Zamawiającemu kodów dostępu do strony web Producenta Oprogramowania, na której widoczne jest potwierdzenie objęcia Usługami Serwisowymi Oprogramowania. Powyższe wskazuje na konieczność zapewnienia faktycznego wsparcia producenta Oprogramowania w odniesieniu do wszystkich posiadanych przez Zamawiającego licencji, pomimo że aktualizacje i poprawki są przez Producenta Oprogramowania wydawane wyłącznie do wersji 12.2 lub wyższych. W ocenie Odwołującego, tak szeroki wymóg wsparcia producenta Oprogramowania jest nieproporcjonalny do celu postępowania i nie jest konieczny do prawidłowego wykonania zamówienia. Natomiast wymóg ten skutkuje istotnym zakłóceniem konkurencji, polegającym na tym, że producent Oprogramowania – np. poprzez różnicowanie warunków handlowych współpracy – pozostaje de facto podmiotem decydującym o tym, który wykonawca i na jakich warunkach cenowych złożony w niniejszym postępowaniu swoją ofertę. W skrajnej sytuacji niektórym wykonawcom (zdolnym i zainteresowanym pozyskaniem zamówienia) Producent może nawet odmówić wsparcia producenckiego z powołaniem się na zasady polityki wewnętrznej. Odwołujący widzi tym samym realne i nieuzasadnione celami postępowania przeszkody, uniemożliwiające złożenie oferty na warunkach niczym nie zakłóconej konkurencyjności. Z kolei brak złożenia oferty, a tym samym brak pozyskania zamówienia,

może powodować szkodę w majątku Odwołującego, który nie osiągnie przychodu i zysku na poziomie zakładanej przez niego oferty cenowej, będąc jednocześnie podmiotem zdolnym do wykonania zamówienia.

Pismem z dnia 10 maja 2023 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie, że cofa wniesione odwołanie. Powyższe pismo wpłynęło do KIO w dniu 10 maja 2023 r., tj. na co najmniej jeden dzień przed wyznaczonym terminem posiedzenia Izby z udziałem stron. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp.

Zamawiający w toku posiedzenia potwierdził otrzymanie ww. pisma i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Uwzględniając oświadczenie Odwołującego z dnia 10 maja 2023 r. o cofnięciu odwołania w całości, Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 oraz art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 lit.a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty stanowiącej 90% uiszczanego przez Odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: