

Sygn. akt: KIO 1189/19

## WYROK

z dnia 15 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2019r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2019 r. przez wykonawcę T-SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 747, 03-734 Warszawa.

przy udziale wykonawców, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- A. AIUT Sp. z o.o., ul. L. Wyczółkowskiego 113, 44-109 Gliwice
- B. Vetasi Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 65/79, 00-697 Warszawa

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie wymogu dostarczenia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia licencji SAP, wynikających z integracji rozwiązania informatycznego z systemem SAP, funkcjonującym u Zamawiającego, zawartego w pkt 6 ppkt 6.4 Opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 1 do SIWZ oraz w § 11 pkt 13 Projektu umowy - Załącznik nr 2 do SIWZ

1. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 747, 03-734 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T-SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 747, 03-734 Warszawa na rzecz T-SYSTEMS POLSKA Sp. z o.o., ul. Św. Antoniego 7, 50-073 Wrocław kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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: .....

Sygn. akt: KIO 1189/19

#### Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przygotowanie i budowa prototypu rozwiązania informatycznego Enterprise Asset Management. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12.06.2019r. nr 2019/S 111-273662. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) - zwanej dalej Pzp.

W dniu 24 czerwca 2019r. Odwołujący - T- Systems Polska Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zaskarżonych odwołaniem postanowień SIWZ w sposób zgodny z żądaniami zawartymi w treści odwołania przez usunięcie wymogu dostarczenia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia i wyceny w ofercie licencji SAP wynikających z integracji Rozwiązania Informatycznego z systemem SAP funkcjonującym u Zamawiającego (wymagania wyartykułowane w Załączniku nr 1 do SIWZ oraz Załączniku nr 2 do Umowy - OPZ

Odwołujący podniósł, że kwestionowane elementy opisu przedmiotu zamówienia ograniczają w sposób niezasadniony konkurencyjność postępowania. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług polegających na przygotowaniu i budowie prototypu rozwiązania informatycznego wspierającego procesy utrzymania infrastruktury kolejowej w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i wykonawca, czego nie kwestionuje, w ramach oferowanego rozwiązania informatycznego zobowiązany jest dostarczyć licencję na ww. rozwiązanie informatyczne. Oprócz tych licencji Zamawiający wymaga także dostarczenia dodatkowych licencji firmy SAP dla już posiadanych przez Zamawiającego systemów informatycznych. Oczekuje dostarczenia od wykonawców licencji SAP do systemów funkcjonujących u Zamawiającego, które to licencje nie mają bezpośredniego związku z rozwiązaniem informatycznym do wsparcia procesów utrzymania infrastruktury kolejowej, a stanowią jedynie niezależny element w zakresie potencjalnej integracji między rozwiązaniem wynikającym z postępowania zakupowego a systemami SAP funkcjonującymi u Zamawiającego. Licencje te, stanowiąc niezależny element mogą zostać przez Zamawiającego nabyte bez przeszkód w niezależnym postępowaniu zakupowym. Mimo długotrwałych prac przygotowawczych nad postępowaniem, w tym prowadzeniem dialogu technicznego, Zamawiający nie był w stanie określić, ile konkretnie licencji oprogramowania SAP wymaga w celu implementacji ww. rozwiązania - wskazując ogólnikowo w dokumentacji przetargowej, iż w zakresie realizacji postępowania zakupowego wymaga niezbędnych licencji SAP. Powyższe zaś poza nieokreśleniem przedmiotu zamówienia, co stanowi wprost naruszenie zasady określania przedmiotu zamówienia w sposób konkretny (każdy z wykonawców mógłby przy tak sformułowaniu opisu przedmiotu

zamówienia przyjąć różne ilości licencji), wprost zmusza w przedmiotowym postępowaniu Wykonawców innych technologii do tego, aby warunki i zakres ich dostarczania były dyktowane przez firmę SAP. Nawet zatem w sytuacji dookreślenia ilości licencji o których mowa powyżej w SIWZ, przewaga producenta od którego konieczne będzie otrzymanie wyceny tych licencji jest naturalna i oczywista i ma bezpośredni wpływ na konkurencyjność przetargu a ta przełoży się na wybór oferty najkorzystniejszej. W tej sytuacji samo doprecyzowanie ilości „niezbędnych” licencji nie przywróci właściwego stanu konkurencyjności procedury. Ponadto, Odwołujący wskazał, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający zaznaczył, że zapewni licencje na oprogramowanie innych dostawców: Oracle, Vmware, DellEMC, natomiast SAP nie. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający żądając dostarczenia oprogramowania firmy SAP, niezależnego wprost w stosunku do rozwiązania oczekiwanego przez Zamawiającego dot. wsparcia procesów utrzymania infrastruktury kolejowej, wprost chce doprowadzić do sytuacji nierównego traktowania Wykonawców oraz postawienia SAP na pozycji uprzywilejowanej.

Odwołujący wskazał, że dany wykonawca nie może bez uzyskania odpowiednich uprawnień nabyć czy dostarczyć od klienta oprogramowania firmy SAP. Wymagane są do tego odpowiednie uprawnienia tzw. partnerstwo. Bez partnerstwa dana firma nie może takich licencji dostarczyć do klienta. Jednocześnie, w przypadku podmiotów mających taki status jedynym źródłem oferty i jej wyceny będzie sam SAP, który w tym postępowaniu jest konkurencyjnym wykonawcą. Nie można zatem mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w przypadku gdy wykonawca ma konkurować z producentem oprogramowania, którego wycena jest konieczna do złożenia oferty, a tymczasem sam producent także taką ofertę i wycenę tych samych licencji w postępowaniu ma zaprezentować Zamawiającemu. Zadaniem Odwołującego Zamawiający świadomie doprowadził do sytuacji nierównego traktowania Wykonawców oraz postawienia firmy SAP na uprzywilejowanej pozycji w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia. Można wręcz stwierdzić, iż Zamawiający doprowadził do sytuacji gdzie, Wykonawcy chcący złożyć ofertę w oparciu o inny produkt niż SAP nie są w stanie tego dokonać względnie składać będą oferty nieporównywalne i nie potrafią właściwie ustalić ilości licencji co ma bezpośrednie przełożenie na wycenę oferty. Część wykonawców nie jest w stanie bez pozyskania tzw. partnerstwa z firmą SAP dostarczyć oprogramowania tej firmy (nawet jeżeli mówimy tylko i wyłącznie o oprogramowaniu do systemów trzecich - już funkcjonujących u Zamawiającego).

W ocenie Odwołującego przedmiotowe postępowanie jest jedynym, gdzie Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zawarł w specyfikacji przetargowej tego typu postanowienia tj.

zapis, który zmusza Wykonawców do dostarczenia produktów do systemów integrowanych SAP Zamawiającego. Przykładem w tym zakresie może być postępowanie zakupowe Zamawiającego pn. „Wdrożenie i utrzymanie systemu informatycznego wspierającego proces zakupowy w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A”. W tym postępowaniu Zamawiający również precyzyjnie zdefiniował warunki integracji rozwiązania do wsparcia procesów zakupowych z rozwiązaniami SAP funkcjonującymi u Zamawiającego. Natomiast nie oczekiwał od wykonawcy dostarczenia licencji na oprogramowanie SAP.

W ocenie Odwołującego Zamawiający, nie tylko może nabyć niezależnie licencje SAP poprzez realizację odrębnego zamówienia, ale również takie podejście jest dla niego dużo bardziej korzystne, przede wszystkim z uwagi na brak przeniesienia kosztów wcześniejszego zakupu licencji SAP przez Wykonawców na Zamawiającego. Z uwagi na harmonogram realizacji przedmiotowego projektu licencje SAP dla systemów integrowanych Zamawiającego wymagane są na sam koniec projektu - etap „IV Przygotowanie startu”. Z punktu widzenia ryzyka związanego z brakiem wymaganych licencji SAP dla ww. systemów integrowanych, Zamawiający może bez przeszkód takowe licencje nabyć w trakcie realizacji przedmiotowego projektu. Wcześniejsze prace będą się odbywały tylko i wyłącznie na środowiskach rozwojowo-testowych Zamawiającego, a w odniesieniu do polityki licencyjnej SAP, licencje wymagane są tylko na działania w środowiskach produkcyjnych - czyli na sam koniec przedmiotowego projektu - konkretnie od produktu zdefiniowanego przez Zamawiającego pn. „PR35”). Jeżeli Wykonawcy nabędą produkty licencyjne SAP (zgodnie z aktualnym SIWZ) to nastąpi to już na początku projektu, czyli za cały okres wsparcia od nabycia ww. licencji przez wykonawców do końcowej fazy projektu (czyli do momentu, kiedy faktycznie będą wymagane) zapłaci za nie Zamawiający (pomimo iż licencje nie będą wykorzystane) takie są warunki ofertowe SAP a koszty te zostaną przeniesione na Zamawiającego, co przesądza o nieracjonalnym gospodarowaniu środkami. Odwołujący podniósł także, że w interesie Zamawiającego winno być przeprowadzenie jak najbardziej konkurencyjnego postępowania zakupowego, gdzie mogą zaoferować swoje rozwiązanie informatyczne różni producenci. Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy każdy z wykonawców, będzie musiał uwzględnić w ofercie i skalkulować dostarczenie identycznego zakresu oferty - m.in. rozwiązanie informatyczne i licencje z nim związane - oferty staną się porównywalne. Ważne jest również, iż nie dojdzie do sytuacji nierównego traktowania Wykonawców oraz postawienia firmy SAP na uprzywilejowanej pozycji. Ponadto Odwołujący podkreślił, że bez względu na zaoferowane przez wykonawców w aktualnym postępowaniu rozwiązania informatyczne, ilości licencji SAP, o których wyłącznie z przedmiotu niniejszego przetargu Odwołujący wnosi, nie powinny być znacząco różne.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji. W ocenie

Zamawiającego sformułowany przez niego opis przedmiotu zamówienia nie narusza przepisów wskazanych w treści odwołania i nie ogranicza konkurencyjności postępowania. Opis został sporządzony w sposób uzasadniający zaspokojenie potrzeb Zamawiającego. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek tak kształtować opis przedmiotu zamówienia, aby jak najlepiej odpowiadał jego uzasadnionym potrzebom. Skonkretyzowane, obiektywne potrzeby zamawiającego mogą usprawiedliwiać ograniczenie konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający może wprowadzić wymogi, które ograniczą krąg potencjalnych podmiotów, po to aby uzyskać przedmiot zamówienia faktycznie odpowiadający jego obiektywnym potrzebom. Zamawiający wskazał, że z opisu interfejsów określonego w załączniku nr 6 do OPZ i pkt 8.10 OPZ wynika, że dla model „Zapis” oraz „odczyt i zapis” wystąpi dostęp pośredni i niezbędne będą dla tych modeli interfejsów licencje SAP. W przypadku interfejsu „odczyt” jeżeli dane wysyłane z SAP ERP będą zdarzeniem zainicjowanym w ramach SAP ERP, nie będzie występował dostęp pośredni, a co za tym idzie nie będą wymagane dodatkowe licencje na oprogramowanie SAP. Natomiast, w przypadku jeśli proces odczytu danych z SAP ERP i/lub SAP NetWeaver BW jest inicjowany z zewnątrz, to w takim modelu będzie występował dostęp pośredni i niezbędne będą licencje na oprogramowanie SAP. Odnośnie zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego określenia liczby licencji SAP Zamawiający wskazał, że na potrzeby projektu precyzyjnie zdefiniował 38 ról biznesowych, które wymienił w piśmie procesowym. Do tych ról w ramach planowanego pilotażu przypisanych jest 407 pracowników, których licencje Zamawiający podał w piśmie. Zamawiający w oparciu o te dane mógłby precyzyjnie określić ilość licencji SAP, jednak rozwiązania innych dostawców mają różną architekturę, co skutkuje różnym zapotrzebowaniem na licencje SAP rozwiązań poszczególnych dostawców. Podkreślił, że pilotaż jest przeprowadzany tylko w jednym z 23 Zakładów i w jednej z 77 sekcji m a jednym z celów pilotażu jest oszacowanie całkowitych kosztów pełnego wdrożenia rozwiązania EAM, w tym jak deklarowana liczba licencji na etapie postępowania ma się do rzeczywistej na etapie wdrożenia. Ponadto, zauważył, że jeśli Zamawiający będzie pokrywał koszty zakupu licencji SAP powstaje zagrożenie, że potencjalny wykonawca w trakcie projektowania rozwiązania będzie wybierał taką konfigurację architektury rozwiązania oraz sposobu obsługi procesów, by było dla niego jak najbardziej wygodne i jak najmniej czasochłonne, generując tym samym zapotrzebowania na większą ilość licencji SAP. Nie ma, zdaniem Zamawiającego podstaw aby nabywał on samodzielnie w ramach odrębnego postępowania licencje SAP. Nie jest także zasadne, aby zamówienia zostało udzielane w częściach. Ustawa Pzp ani akty wykonawcze nie nakładają bezwzględnego obowiązku podziału zamówienia na części oraz nie nakładają minimalnej lub maksymalnej części zamówienia, czy też sposobu merytorycznego podziału zamówienia na części.

Wykonawcy AIUT Sp. z o.o. oraz Vetasi Sp. z o.o. zgłosili przystąpienie po stronie Odwołującego, popierając argumentację przedstawioną w odwołaniu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania podtrzymały swoje pisemne stanowiska .

Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie i budowa prototypu rozwiązania informatycznego Enterprise Asset Management. W pkt 6 pkt 6.4 Załącznika nr 1 do SIWZ podano „Wykonawca zapewni pozostałe niezbędne licencje SAP wynikające z integracji rozwiązania informatycznego z systemem SAP funkcjonującym u Zamawiającego”. W § 11 pkt 13 Własność intelektualna Projektu umowy - Załącznik nr 2 do SIWZ podano: „Wykonawca zobowiązany jest zapewnić Zamawiającemu pozostałe niezbędne licencje SAP wynikające z integracji rozwiązania informatycznego z systemem SAP funkcjonującym u Zamawiającego”. Zakres przedmiotu zamówienia został podany w Załączniku nr 1 i obejmuje on m.in.: przeprowadzenie analizy i zamodelowanie procesów biznesowych utrzymania „jak jest” i jak powinno być”, opracowanie Specyfikacji Biznesowej oraz Specyfikacji Technicznej, wdrożenie rozwiązania informatycznego składającego się z aplikacji stacjonarnej oraz mobilnej, dostarczenie licencji dla rozwiązania informatycznego wraz z Asystą Techniczną, dostosowanie działających u Zamawiającego modułów SAP ERP w zakresie projektu

biznesowego i technicznego oraz integrację rozwiązania informatycznego z systemami dziedzicznymi Zamawiającego.

Izba, oceniając istotę sporu między stronami, rozważyła z jednej strony obiektywne potrzeby zamawiającego w realizacji przedmiotu zamówienia a z drugiej konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji między wykonawcami i stwierdziła, że w tym stanie faktycznym

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wedle utrwalonego stanowiska Izby przejawem naruszenia uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego dostawcę, wyrób ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nawet w sposób pośredni mogą prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Podkreślenia wymaga, że dla uznania naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, co w ocenie Izby Odwołujący uczynił w toku rozprawy. Odwołujący wykazał, że przez wprowadzenie wymogu dostarczenia w ramach realizacji przedmiotu zamówienia licencji SAP, wynikających z konieczności integracji rozwiązania informatycznego z systemem SAP funkcjonującym u Zamawiającego doszło do preferowania rozwiązań opartych na systemie SAP i tym samym może dojść do zachwiania konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, zdolnymi do realizacji tego zamówienia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia biorą bowiem udział nie tylko sam producent SAP, ale także inne podmioty, które oferują rozwiązania oparte na systemie SAP oraz podmioty, oferujące inne rozwiązania techniczne posiadające lub nie posiadające status partnera SAP. Uwzględniając fakt, że dostarczenie licencji SAP ma istotny wpływ na cenę oferty należy uznać, że wymóg dostarczenia licencji SAP, które są elementem towarzyszącym zamówieniu podstawowemu jakim jest przygotowanie prototypu rozwiązania informatycznego wspierającego procesy utrzymania infrastruktury kolejowej, stawia w uprzywilejowanej sytuacji samego producenta SAP i wykonawców, oferujących rozwiązania informatyczne oparte na systemie SAP. Działanie takie może w efekcie doprowadzić do wyeliminowania konkurencji między wykonawcami oferującymi różne rozwiązania techniczne prototypu rozwiązania informatycznego Enterprise Asset Management, które jest głównym elementem tego zamówienia publicznego. Zauważyć trzeba, że niektórzy wykonawcy jak np. przystępujący AIUT, który nie są partnerami SAP, nie będą mogli samodzielnie złożyć oferty bez pozyskania partnerstwa SAP, co stawia takich wykonawców w gorszej konkurencyjnie pozycji.

Poza tym, jak wykazał Odwołujący i Przystępujący po jego stronie wykonawcy, na etapie składania oferty nie jest znana jeszcze dokładna ilość licencji SAP, która jest zależna od przyjętej przez wykonawcę architektury rozwiązania i będzie ona ostatecznie znana w późniejszej fazie realizacji projektu (etap IV Przygotowanie startu). Okoliczność ta powoduje, że wykonawcy szacując cenę oferty mogliby wliczyć ryzyko związane z dostarczeniem licencji SAP na zbyt wygórowanym poziomie, przez co mogłoby dojść do zawyżenia całkowitych kosztów realizacji zamówienia publicznego, które w efekcie obciążąby Zamawiającego.

Izba nie neguje przy tym konieczności zakupu licencji pośrednich SAP, które są niezbędne do integracji rozwiązania informatycznego, zaproponowanego przez wykonawców z istniejącym u Zamawiającego systemem. W tym aspekcie Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniu, iż licencje SAP nie mają bezpośredniego związku z rozwiązaniem informatycznym. Są one koniecznym elementem uruchomienia systemu, ale ich zakup może zostać z powodzeniem zrealizowany w odrębnym postępowaniu o zamówienie publiczne, w momencie gdy znane będą niezbędne ilości licencji SAP.

Uwzględniając powyższe, mając na uwadze konieczność zapewnienia równowagi konkurencyjnej między wykonawcami, Izba nakazała wykreślenie postanowień SIWZ dotyczących wymogu dostarczenia przez wykonawcę licencji SAP, wynikających z integracji rozwiązania informatycznego z systemem SAP funkcjonującym u Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: .....