

WYROK

z 16 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 16 grudnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 grudnia 2021 r. przez odwołującego: Redge Technologies Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Centrum Kultury Filmowej im. Andrzeja Wajdy z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Redge Technologies Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Centrum Kultury Filmowej im. Andrzeja Wajdy z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Dostawa, uruchomienie oraz utrzymanie Platformy VOD Warszawa wraz z aplikacjami”, numer referencyjny: 01/ZP/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 grudnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00297382/01.

7 grudnia 2021 r. wykonawca Redge Technologies Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 99 ust. 1 Pzp w związku z art. 99 ust. 4 Pzp w związku z art. 16 ust. pkt 1 i 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny oraz uniemożliwiający wykonawcom ustalenie rzeczywistego zakresu świadczenia i prawidłową wycenę oferty, co dodatkowo naruszało zasadę uczciwej konkurencji i zasadę przejrzystości prowadzenia postępowania, polegające na określeniu w postanowieniach § 4 wzoru umowy (załącznik nr 5 do SWZ) terminu:

- a) uruchomienia Platformy nie później niż 1 stycznia 2022 r. o godz. 00.00;
- b) zakończenia Etapu I - obejmującego przygotowanie platformy do uruchomienia i migracji danych - nie później niż do dnia 27 grudnia 2021 r.;
- c) zakończenia Etapu II - obejmującego uruchomienie aplikacji mobilnych oraz aplikacji telewizyjnych i udostępnienie ich użytkownikom końcowym - nie później niż do dnia 17 stycznia 2022 r.;
- d) zakończenia Etapu III - obejmującego uruchomienie funkcjonalności objętych Usługami Rozwoju - w przypadku zagwarantowania wykonania Usług Rozwoju przez wykonawcę w Ofercie - nie później niż do dnia 28 lutego 2022 r.;
- e) wykonania szkolenia dla operatorów Zamawiającego i wybranych operatorów z Instytucji obsługujących system - w terminie od dnia 27 grudnia 2021 r. do dnia 17 stycznia 2022 r.;
- f) momentu uruchomienia środowiska produkcyjnego platformy - na dzień 1 stycznia 2022 r. godz. 00:00;
- g) świadczenia usług związane z utrzymaniem Systemu od dnia 1 stycznia 2022 r. godz. 00:00 do dnia 31 grudnia 2022 r. godz. 23:59;

które to terminy były nierealne i niemożliwe do spełnienia przez wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmian w specyfikacji (§ 4 wzoru umowy - załącznik nr 5 do SWZ) w zakresie terminu realizacji przedmiotu umowy, w następujący sposób:

- a) uruchomienie Platformy nie później niż 1 czerwca 2022 r. o godz. 00.00;
- b) zakończenie Etapu I - obejmującego przygotowanie platformy do uruchomienia i migracji danych - nie później niż do dnia 31 marca 2022 r.;
- c) zakończenie Etapu II - obejmującego uruchomienie aplikacji mobilnych oraz aplikacji telewizyjnych i udostępnienie ich użytkownikom końcowym - nie później niż do dnia 31 maja 2022 r.;
- d) zakończenie Etapu III - obejmującego uruchomienie funkcjonalności objętych Usługami Rozwoju - w przypadku zagwarantowania wykonania Usług Rozwoju

przez Wykonawcę w Ofercie - nie później niż do dnia 31 maja 2022 r.;

e) wykonanie szkolenia dla operatorów Zamawiającego i wybranych operatorów z Instytucji obsługujących system - w terminie od dnia 1 marca 2022 r. do dnia 31 marca 2022 r.;

f) moment uruchomienia środowiska produkcyjnego platformy - na dzień 1 czerwca 2022 r. godz. 00:00;

g) świadczenie usług związanych z utrzymaniem Systemu od dnia 1 kwietnia 2022 r. godz. 00:00 do dnia 31 marca 2023 r. godz. 23:59;

ewentualnie:

2. odpowiedniego wydłużenia i przesunięcia terminu realizacji poszczególnych etapów o czas pozwalający na ich spełnienie przez wykonawców, tj. o co najmniej 3 miesiące w stosunku do obecnie wskazanych w § 4 wzoru umowy terminów.

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Odwołujący, ze względu na fakt upływu terminu składania ofert w postępowaniu oraz otwarcia ofert przez Zamawiającego zmodyfikował żądanie odwołania i wniósł o unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa, uruchomienie oraz utrzymanie Platformy VOD Warszawa wraz z aplikacjami. Zgodnie z SWZ, wdrożenie Platformy zostało (§ 4 ust. 1 oraz § 4 ust. 5 wzoru umowy) podzielone na następujące etapy:

a) uruchomienie Platformy nie później niż 1 stycznia 2022 r. o godz. 00.00;

b) zakończenie Etapu I - obejmującego przygotowanie platformy do uruchomienia i migracji danych - nie później niż do dnia 27 grudnia 2021 r.;

c) zakończenie Etapu II - obejmującego uruchomienie aplikacji mobilnych oraz aplikacji telewizyjnych i udostępnienie ich użytkownikom końcowym - nie później niż do dnia 17 stycznia 2022 r.;

d) zakończenie Etapu III - obejmującego uruchomienie funkcjonalności objętych Usługami Rozwoju - w przypadku zagwarantowania wykonania Usług Rozwoju przez Wykonawcę w Ofercie - nie później niż do dnia 28 lutego 2022 r.;

e) wykonanie szkolenia dla operatorów Zamawiającego i wybranych operatorów z Instytucji obsługujących system - w terminie od dnia 27 grudnia 2021 r. do dnia 17 stycznia 2022 r.;

f) moment uruchomienia środowiska produkcyjnego platformy - na dzień 1 stycznia 2022 r. godz. 00:00;

g) świadczenie usług związane z utrzymaniem Systemu od dnia 1 stycznia 2022 r. godz. 00:00 do dnia 31 grudnia 2022 r. godz. 23:59.

Z praktyki wynika, że czas wdrożenia systemów o podobnym charakterze wynosi minimalnie 3 - 6 miesięcy. Mając na uwadze, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane przez Zamawiającego 2 grudnia 2021 r., a termin składania ofert ustalony został na 10 grudnia 2021 r., na realizację Etapu I - warunkującego realizację dalszych etapów i prac objętych przedmiotem umowy, potencjalny wykonawca będzie miał jedynie 2 tygodnie (10 dni roboczych), co jest terminem nierealnym i niemożliwym do spełnienia przez potencjalnych wykonawców.

W przypadku utrzymania terminu wdrożenia ustalonego we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, zachodzi duże prawdopodobieństwo, że wdrożenie nie zostanie

wykonane w terminie, co będzie wiązać się z uprawnieniem Zamawiającego do naliczenia kar umownych, a także odstąpienia od umowy, które to okoliczność może mieć odzwierciedlenie w cenie ofertowej. Powyższe może też oznaczać, że z uwagi na niemożliwe do spełnienia wymagania postawione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zostanie złożona żadna oferta.

Termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę wskazane w przepisie art. 29 ust. 1 Pzp wymagania i okoliczności, mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy.

Zamawiający w przetargu o symetrycznym stopniu złożoności wdrożenia (tj. przetargu na wykonanie i wdrożenie platformy cyfrowej dla warszawskiej kultury, który został ogłoszony w analogicznym okresie ubiegłego roku) ustalił realny termin realizacji odpowiadający wytycznym Pzp i orzecznictwu Krajowej Izby Odwoławczej. Jako dowód Odwołujący przedstawił Załącznik nr 6 - SWZ przetargu na wykonanie i wdrożenie platformy cyfrowej dla warszawskiej kultury.

Odwołujący wskazał ponadto, że odwołanie zostało złożone wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności. Jednocześnie Odwołujący wystosował w trybie art. 284 ust. 2 Pzp pytania dotyczące kwestii poruszanych odwołaniem. Odwołujący liczył się zatem z koniecznością cofnięcia poszczególnych zarzutów niniejszego odwołania, a nawet cofnięcia go w całości, jeżeli Zamawiający wprowadzi do specyfikacji zmiany prowadzące do zapewnienia zgodności wskazanych jej postanowień z przepisami Pzp.

15 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Poza postawieniem zarzutu Odwołujący nie udowodnił, a nawet nie podjął próby uprawdopodobnienia, że wykonanie świadczenia jest obiektywnie niemożliwe przez każdego potencjalnego wykonawcę.

Poza Odwołującym żaden inny wykonawca nie zakwestionował terminu realizacji przedmiotu zamówienia, do czego był uprawniony na etapie składania wniosku o wyjaśnienie/zmianę treści SWZ czy wnosząc odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Żaden z wykonawców nie skorzystał również z przysługującego mu prawa do przystąpienia po stronie Odwołującego do postępowania toczącego się w skutek wniesionego odwołania.

Określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w sytuacji, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, jest on uprawniony do wprowadzenia wymogów, które mogą zawęzić krąg potencjalnych wykonawców. Uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego mogą zatem usprawiedliwiać ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robot budowlanych, o ile wynikają one z celu, dla którego zamawiający wszczął określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu. Zamawiający nie jest obowiązany do takiego formułowania wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym złożenie oferty. Okoliczność, że wykonawca lub wykonawcy nie posiadają w swojej ofercie przedmiotu zamówienia publicznego, który pozwoliłby im na ubieganie się o udzielenie zamówienia z powodu niespełniania wymagań określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie przesądza o tym, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada wyrażona w przepisie art. 16 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem.

Według wiedzy Zamawiającego termin realizacji przedmiotu umowy określony w § 4 ust. 1 i 5 projektowanych postanowień umowy jest możliwy do zachowania przy odpowiednim wdrożeniu przez wykonawcę oferowanego rozwiązania pod kątem funkcjonalnym, odpowiedniej gotowości wykonawcy do uruchomienia potrzebnej infrastruktury oraz zaangażowaniu odpowiedniego potencjału osobowego. Co istotne, wszystkie rodzaje koniecznych do wykonania usług wynikające z opisu przedmiotu zamówienia mogą być wykonywane równoległe przez niezależne zespoły osób, ponieważ dotyczą innych kompetencji, dlatego czas trwania ich wykonania należy liczyć od dnia podpisania umowy. Określając termin realizacji przedmiotu umowy Zamawiający uwzględnił

w szczególności czas na:

1. uruchomienie systemu: ok. 6 dni w tym:
 - a) konfiguracja potrzebnej infrastruktury opartej na rozwiązaniu chmurowym: 3 dni,
 - b) uruchomienie Platformy w zakresie Backendu, CMS i strony Web na podstawie istniejącego kodu: powyższe 3 plus dodatkowo 1 dzień,
 - c) konfiguracja portalu pod kątem ustawień: powyższe 4 dni na analizę + 2 dni wykonanie odpowiednich ustawień konfiguracyjnych.
2. migracja danych: ok 10 dni, w tym:
 - a) eksporty z obecnego systemu: 3 dni,
 - b) analiza przełożenia danych na własne struktury: powyższe 3 dni + dodatkowe 2 dni,
 - c) napisanie skryptów wykonujących importy danych: 3 dni.
 - d) testy i weryfikacja wykonanych danych: powyższe 3 dni + dodatkowe 2 dni.
3. przygotowanie wizualnej strony portalu: ok. 9 dni, w tym:
 - a) otrzymanie makiet źródłowych od CKF: 1 dzień,
 - b) konfiguracja plików css: 3 dni,
 - c) development brakujących elementów: 3 powyższe + dodatkowe 3 dni,
 - d) weryfikacja z Zamawiającym i ewentualne poprawki: 2 dni.

Odwolujący kwestionując określony termin realizacji przedmiotu umowy porównał zakres przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu z prowadzonym wcześniej postępowaniem przez Zamawiającego dotyczącym Budowy platformy cyfrowej dla warszawskiej kultury. Zamawiający zaprzeczył temu podobieństwu i wskazał na podstawowe różnice zakresów koniecznych do wykonania prac w każdym z postępowań, które miały bezpośrednie przełożenie na termin realizacji:

1. Postępowanie dotyczące Budowy platformy cyfrowej dla warszawskiej kultury:
 - a) prace uwzględniały warsztaty z możliwością precyzowania i uszczegółowienia wymagań funkcjonalnych na etapie realizacji umowy, które podlegały późniejszemu wykonaniu, prace uwzględniały przygotowanie koncepcji wizualnej i makiety, które podlegały późniejszemu wykonaniu,
 - b) wykonanie (budowa od początku) wszystkich powyższych wymagań.
2. Postępowanie dotyczące Dostawy, uruchomienie oraz utrzymanie Platformy VOD

Warszawa wraz z aplikacjami:

- a) zakładane jest uruchomienie istniejącej już Platformy spełniającej w całości skonkretyzowane w opisie przedmiotu zamówienia funkcjonalności,
- b) prace dotyczą jedynie uruchomienia platformy, migracji danych i dostosowania wyglądu.

Powyżej wskazane odmienne zakresy koniecznych do wykonania usług w każdym ze wskazanych postępowań w ocenie Zamawiającego czyniły dokonane przez Odwołującego porównanie terminów realizacji nietrafnym.

Odwolujący poza postawieniem zarzutu w przedmiocie niemożliwego do dochowania terminu realizacji nie podjął nawet próby wykazania obiektywnie istniejących uwarunkowań, które czyniłyby nierealnym termin realizacji przedmiotu umowy. Kwestionując termin realizacji przedmiotu umowy Odwołujący zobowiązany jest do udowodnienia braku możliwości realizacji świadczenia w ustalonym przez Zamawiającego w terminie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte

w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. dokumentów załączonych do odwołania w charakterze dowodów,
3. dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Przedmiotem sporu między stronami były poniższe terminy realizacji przedmiotu zamówienia:

- a) uruchomienie Platformy nie później niż 1 stycznia 2022 r. o godz. 00.00;
- b) zakończenie Etapu I - obejmującego przygotowanie platformy do uruchomienia i migracji danych - nie później niż do dnia 27 grudnia 2021 r.;
- c) zakończenie Etapu II - obejmującego uruchomienie aplikacji mobilnych oraz aplikacji telewizyjnych i udostępnienie ich użytkownikom końcowym - nie później niż do dnia 17 stycznia 2022 r.;
- d) zakończenie Etapu III - obejmującego uruchomienie funkcjonalności objętych Usługami Rozwoju - w przypadku zagwarantowania wykonania Usług Rozwoju przez Wykonawcę w Ofercie - nie później niż do dnia 28 lutego 2022 r.;
- e) wykonanie szkolenia dla operatorów Zamawiającego i wybranych operatorów z Instytucji obsługujących system - w terminie od dnia 27 grudnia 2021 r. do dnia 17 stycznia 2022 r.;
- f) moment uruchomienia środowiska produkcyjnego platformy - na dzień 1 stycznia 2022 r. godz. 00:00;
- g) świadczenie usług związane z utrzymaniem Systemu od dnia 1 stycznia 2022 r. godz. 00:00 do dnia 31 grudnia 2022 r. godz. 23:59.

Odwołujący dążył do zmiany, tj. wydłużenia powyższych terminów, ale w ocenie Izby jego stanowisko było niezasadne. Podkreślenia wymaga, że odwołujący kwestionując realność ww. terminów powinien w pierwszym rzędzie wykazać, że realizacja poszczególnych etapów zadania z uwzględnieniem dat wymaganych przez Zamawiającego była nierealna. Odwołujący podniósł taki argument, ale nie poparł go żadnym dowodem, poza odwołaniem się do swojego doświadczenia. Odwołujący nie wykazał, by istniały obiektywne przyczyny, dla których niemożliwa byłaby realizacji zamówienia na warunkach określonych w SWZ. Tym samym, w ocenie Izby stanowisko Odwołującego ograniczało się do gołosłownych twierdzeń.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Niedopełnienie przez Odwołującego obowiązku dowodowego określonego w przytoczonym przepisie skutkowało uznaniem przez Izbę zarzutów odwołania za niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....